ПРИЛОЖЕНИЕ № 2 К СЕМИНАРУ № 1
II КУРС МАГИСТРАТУРЫ

M. Issad

Le droit international privé

Office des Publications Universitaires
Alger. 1983. 1984

М. Иссад

Международное частное право

Редакция и послесловие докт. юрид. наук проф. *М. М. Богуславского*

Примечания докт. юрид. наук *Л. Р. Сюкияйнена*

Перевод с французского яз. *А. Л. Афанасьевой* и *Е. Б. Гендзехадзе*

Москва
Прогресс
1989

гражданства определяется гражданскими судами.

Там, где личный закон занимает в коллизионной системе важное место, гражданство лица будет оказывать прямое влияние на снятие коллизии. Одно оказывает влияние на другое, и наоборот.

То же самое относится к положению иностранцев. То, является ли данное лицо иностранцем, зависит от того, кого государство относит к своим гражданам. Кроме того, по крайней мере в области личного статуса иностранное гражданство является предпосылкой коллизии закона.

Все четыре рассмотренные нами сферы вопросов в силу существующей между ними связи должны входить в международное частное право. Помимо этой связи, мы выявили их общие черты. С одной стороны, они подчинены суверенитету государства и его интересам, с другой — они затрагивают международные частноправовые отношения. Их частноправовой характер и цель, которую они преследуют, затрудняют их включение в какие-либо другие отрасли. И поэтому они справедливо нашли здесь свое место.

1.1.3. ЧАСТНОПРАВОВОЙ ХАРАКТЕР КОЛЛИДИРУЮЩИХ ЗАКОНОВ

В международном частном праве коллизия в основном возникает между частноправовыми нормами. Объясняется это просто: в частном праве речь идет о коллизиях частных интересов, и, если решение вопроса коллизионная норма отсылает к иностранному закону, это не может повредить общественным интересам. Напротив, публичноправовые нормы, к которым, в частности, надо отнести уголовное право, действуют в интересах общества и государства. В то время как в частном праве речь идет о коллизиях законов, в публичном праве речь может идти только об установлении границ действия в пространстве национального закона. Подобное ограничение сферы действия является односторонним в том смысле, что оно игнорирует компетенцию или сферу действия иностранного закона.

Такое положение, однако, следует уточнить, поскольку очень часто отсылка к иностранному закону заставляет судью если не применить, то по крайней мере учесть иностранный закон, даже если речь идет о норме иностранного публичного права.

Проблема состоит в том, чтобы определить, могут ли включаться в международное частное право в качестве его составных частей международное налоговое право, международное уголовное право и международное административное право.

Нибуайе без колебаний относит к области коллизионного права административные и налоговые проблемы. Такие страны, как США и ФРГ, также придерживаются в этом вопросе расширительной концепции международного частного права.

И действительно, существует определенная связь этих отраслей с международным частным правом.

§ 1. Международное уголовное и международное частное право

Общим и универсальным принципом является территориальный характер уголовных законов. Алжирский уголовный закон применяется только на алжирской территории, но он применяется ко всем лицам, находящимся в Алжире, в том числе к иностранцам. Иностранные уголовные законы действуют только в пределах границ соответствующих государств, но применяются они также ко всем лицам, в том числе и к иностранцам. Однако даже в уголовном праве иностранный закон, уголовный или гражданский, может оказать влияние на процесс, проходящий в Алжире.

Большое число правонарушений является результатом нарушения норм гражданского права, например адюльтер, оставление семьи, двоеженство. Если иностранец преследуется законом в Алжире за адюльтер или оставление семьи, он может с успехом оспорить действительность своего брака, заключенного за границей. В этом случае алжирский судья должен будет обязательно обратиться к компетентному иностранному закону для того, чтобы определить, является брак действительным или нет; так бывает всякий раз, когда один из составляющих элементов правонарушения затрагивает вопрос об иностранном гражданском праве.

Иностранный уголовный закон может быть также принят во внимание алжирским судьей по уголовным делам. Так, ст. 583 Уголовно-процессуального кодекса позволяет привлекать к уголовной ответственности алжирского гражданина, который признан виновным за границей, за действие, квалифицируемое как деликт «как алжирским законом, так и законом страны, где оно было совершено». В этом случае алжирский судья по уголовным делам также обязан обратиться к иностранному уголовному закону для определения того, квалифицирует ли последний инкриминируемый факт как деликт. Такие же положения содержатся в ст. 582 о действиях, квалифицируемых как преступления, и в ст. 585 о соучастии в преступлении или деликте.

Эти примеры иллюстрируют влияние гражданского права и иностранного уголовного права на алжирское уголовное право.

§ 2. Международное административное и международное частное право

Принцип такой же: административные законы носят территориальный характер и исключают всякую возможность коллизии законов. На территории государства применяются только его административные законы.

Тем не менее иностранный административный закон может оказывать прямое влияние на правовую ситуацию, возникшую в Алжире. Статья 95 Ордонанса от 19 февраля 1970 г. о гражданском состоянии указывает, что акты, совершенные в иностранном государстве, признаются действительными, если была соблюдена форма, предусмотренная законом этого государства. В соответствии со ст. 97 признается действительным брак, заключенный за границей между алжирскими гражданами или между алжирцем и иностранкой, если этот брак был заключен в форме, предусмотренной законом соответствующего государства. Если в Алжире, например, будет оспорена компетенция чиновника, выдавшего документ или зарегистрировавшего брак, алжирский судья должен будет в таком случае обратиться к иностранному административному закону для определения того, обладал ли чиновник достаточной компетенцией. Такой же вопрос встает и при применении ст. 19 Гражданского кодекса, которая подчиняет форму актов закону места, где эти акты были совершены.

Если встает вопрос о недействительности составленного за рубежом акта или заключенного за рубежом брака по причине некомпетентности иностранного чиновника, необходимо обращение к иностранному закону.

§ 3. Международное налоговое и международное частное право

В международном частном праве возникают вопросы, связанные с налоговым правом. Так, чтобы избежать выполнения некоторых обязательств, предусмотренных Торговым кодексом, торговое товарищество может сослаться на свою принадлежность к иностранному государству. В таком случае потребуется определить национальность этого товарищества, что относится к сфере международного частного права. Так же, чтобы уклониться от уплаты алжирских налогов, физическое или юридическое лицо может сослаться на французское гражданство с целью воспользоваться привилегиями, которые предоставляет алжирско-французская налоговая конвенция. В этом случае также потребуется определить, действительно ли данная компания имеет французскую национальность и облагается ли она налогом по французскому налоговому закону.

* * *

Несмотря на взаимопроникновение отраслей, нельзя включать в международное частное право отрасли только на том основании, что иногда затрагивается иностранный элемент.

Международное частное право и три рассмотренные отрасли имеют фундаментальные различия. В то время как коллизионные нормы по своей природе и функциям являются двусторонними в том смысле, что они могут указывать на применение как алжирского, так и иностранного закона, административные, налоговые и уголовные нормы являются односторонними и тесно связаны с суверенитетом государства. В этих случаях алжирский судья обязан применять только алжирский закон. Если он считает, что данный закон неприменим, он может в крайнем случае объявить себя некомпетентным, но не может применить иностранный закон. Разумеется, он может обратиться к последнему с целью выяснения, можно ли применить алжирский закон, но не может применить иностранный закон для разрешения спора по существу. Принцип суверенитета государства, лежащий в основе всех публично-правовых законов, препятствует их включению в международное частное право.

закону на основании объективной локализации правоотношения, но не гражданства одной из сторон. Государство устанавливает сферу применения своего права или для защиты своих интересов, или для защиты своих граждан. Однако в данном случае ни одна из этих целей достигнута быть не может. Такая причудливая смесь принципа двусторонности и одностороннего характера норм способна лишь увеличить число позитивных коллизий и препятствовать предоставлению экзекватуры иностранным судебным решениям, что может привести к реторсионным мерам.

2.2.2. ПОЛИЦЕЙСКИЕ ЗАКОНЫ* И ЗАКОНЫ ПРЯМОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

«Законами прямого регулирования» называются законы, которые применяются к правоотношению непосредственно, минуя классическую коллизионную норму, которая указывала бы на их применение. Критерием отличия является интерес или воля государства, которое, руководствуясь определенной целью, желает применить (или не применять) в данном случае свое право. Там, где действует классический коллизионный метод, государству практически безразлично, будет применяться его право (право суда) или иностранное право. Если же государство a priori хочет исключить риск привязки к иностранному праву, оно создает императивные нормы. Это не что иное, как отступление от классического метода, отказ от двусторонней коллизионной нормы.

Следует, однако, отметить, что законы прямого регулирования — это разновидность коллизионного метода, поскольку при их принятии учитываются факторы привязки. Норма международного частного права разрешает коллизию между законом прямого регулирования и другими коллидирующими с ним законами или же между двумя законами прямого регулирования в пользу полицейского закона суда. Это родовое понятие, включающее в себя в настоящее время несколько видов актов, наиболее важным или по крайней мере первым по времени возникновения из которых является полицейский закон.

---

* Законы административного характера, применение которых отдано на усмотрение органов власти.— *Прим. перев.*

§ 1. Понятие полицейского закона

Сфера действия классического коллизионного метода ограничивается не только путем разработки материальных норм международного частного права, но и в результате отказа от его применения в ряде случаев.

Международный характер коллизионного метода основывается на выборе между отечественным и иностранным правом, причем этот выбор зависит от объективного элемента привязки. Но этот метод иногда приводит к применению иностранного права в той области, где необходимо применение именно отечественного права.

Решение этой проблемы заключается в замене коллизионной нормы «полицейским законом» или «законом прямого регулирования». Коллизионная норма основана на элементе привязки и согласуется с предметом (личный статус, юридические акты и т. п.), а полицейский закон или закон прямого регулирования соответствует воле законодателя применять лишь свое право для достижения определенной цели. Этот метод, состоящий в привязке a priori данного вопроса к определенному правопорядку, используется не только потому, что закон императивно требует применения, а и в силу того, что его цель делает необходимым его применение в конкретном случае.

Сама по себе проблема «полицейских законов и законов безопасности» не нова. Она отражена уже в ч. 1 ст. 3 ФГК, воспроизведенной затем в ст. 5 алжирского ГК.

Смысл данного положения, редакция которого представляется сегодня неудачной, не был четко определен с самого начала. Это понятие не было известно французскому праву до принятия Гражданского кодекса, куда оно вошло как личная доктрина Буйе.

Под «полицейскими законами» понимались законы, которые подразумевали вмешательство в сферу частного права, под «законами безопасности» — уголовные законы.

В традиционном понимании полицейские законы и законы безопасности имеют территориальный характер. Они создают исключение в экстерриториальном действии личного статуса, принцип которого был сформулирован еще в эпоху подготовки французского Гражданского кодекса. Поэтому они применяются лишь в отношении «тех, кто живет на данной территории».

Полицейские законы и законы безопасности определяются как «законы, соблюдение которых необходимо для поддержания политической и социально-экономической организации страны». Однако их применение только к тем лицам, которые проживают на данной территории, с самого начала не обеспечивало цели законодателя. Полицейские законы, сама идея которых заключается в защите государственного устройства, окажутся неприменимыми к лицам, которые только представлены на данной территории или находятся за пределами территории, и к юридическим фактам, имевшим место за рубежом.

Легко уяснить, учитывая их цель, что полицейские законы подразумевают определенную экстерриториальность. Наличие же слов «те, кто проживает на данной территории» в ст. 3 ФГК и ст. 5 алжирского Гражданского кодекса подчеркивает территориальный характер полицейских законов и законов безопасности. Для того чтобы расширить сферу действия этих законов, прибегают к понятию «публичный порядок» (loi d'ordre public).

§ 2. Понятие публичного порядка

В обычном понимании так называемые законы публичного порядка — это те законы, которые применяются в целях исключения действия иностранного закона. Законодательство лишь предусматривает использование концепции публичного порядка, но не раскрывает ее содержания. Так, ст. 24 ГК гласит, что иностранный закон не применяется, если он противоречит публичному порядку и добрым нравам в Алжире. Согласно ст. 96 и 97, договор объявляется ничтожным, если его предмет или основания противоречат публичному порядку или добрым нравам.

Понятие «закон публичного порядка» восходит к итальянской школе Манчини, оно было воспринято во Франции благодаря ученикам Манчини — Вейсу и Валери. Сам Манчини не выделял в чистом виде законы публичного порядка, поскольку он говорит вообще о «законах публичного порядка и полицейских законах как средствах поддержания порядка и общественного покоя»[1].

Определенное развитие это понятие получило у Пилле. По мнению этого ученого, коллизия законов неизбежно приводит к тому, что закон должен пожертвовать одним из двух своих отличительных признаков — всеобщностью и постоянством. Законы, в которых преобладает постоян-

[1] *Journal du droit international*, 1894, P., 296.

ство, обычно защищают интересы личности,— это законы личного статуса, они должны применяться к лицу, даже если оно находится за пределами страны своего происхождения. Напротив, законы, в которых главным признаком является всеобщность, должны применяться на территории данного государства и не допускать применения в этой области иностранного закона — это так называемые законы «социальной гарантии» или «публичного порядка». По словам Пилле, критерием различия этих двух категорий является «социальная цель»[1].

Исходя из того, что законы публичного порядка применяются только на территории принявшего их государства, поскольку последнее не имеет ни права, ни власти обеспечить их применение за рубежом, доктрина, следуя за Манчини, сделала вывод, что законы публичного порядка имеют территориальный характер. Здесь имеет место пагубное влияние плохо понятой идеи территориальности, поскольку все законы, включая коллизионные нормы и личные законы, имеют территориальный характер. Ни одно государство не может заставить другие государства соблюдать его право, но оно может заставить соблюдать его на своей территории и не допустить действия иностранного права.

Во французской доктрине, на которую оказал влияние Манчини, под законами публичного порядка понимаются законы, которые применяются на французской территории, не допуская применения иностранных законов, даже если данные лица или акты не имеют никакой связи с этой территорией. То есть понятие законов публичного порядка шире, чем понятие полицейских законов и законов безопасности.

Современная доктрина интернационалистов отказалась от самой идеи существования законов публичного порядка. В соответствии с ней публичный порядок существует независимо от законов и может отражаться в неписаных принципах. Роль его в таком случае будет заключаться не в обязательном применении закона суда, а в неприменении иностранного закона, к которому отсылает коллизионная норма. Публичный порядок является скорее исключением, элементом, который мешает нормальному действию коллизионной нормы.

[1] См.: *Pillet*, Principes de droit international privé, Paris, 1903; Traité pratique de droit international privé, Paris, 1923, 1924.

Это объяснение роли публичного порядка в международном частном праве не распространяется на коллизии законов частного права. Существуют области права, в которых коллизии законов решаются путем разграничения сферы действия законов. Последние применяются, поскольку они сами определяют сферу своего действия или поскольку судья решает применить их независимо от иностранного закона, учитывая волю и цель законодателя. Эти законы, называемые законами публичного порядка, имеют преимущество в применении.

В судебной практике используется как понятие «закон публичного порядка», так и понятия «полицейский закон» и «закон безопасности». Поскольку их содержание строго не определено и не ограничено, эти термины несут определенную двусмысленность, затрудняющую анализ. Чтобы избежать этих трудностей, Франсескакис предлагает ввести новое понятие — «законы прямого регулирования».

§ 3. Законы прямого регулирования

По словам самого автора[1], это название необходимо для того, чтобы объединить все, что судебная практика понимает под «полицейскими законами», «законами безопасности» и «законами публичного порядка», и чтобы преодолеть двусмысленность этих терминов.

«Законы прямого регулирования» — это предписания внутригосударственного права (как публичного, так и частного), представляющие особый интерес для национального сообщества, и вместо них не допускается применение иностранного закона. Сфера их действия определена с учетом цели их принятия. Они применяются непосредственно («прямо»), то есть без посредства коллизионной нормы — понятия, свойственного коллизии частноправовых норм. Это законы, регулирующие те вопросы, в которых общественный интерес превалирует над индивидуальными частными интересами. Они отражают сферу государственных интересов, которая не терпит вмешательства иностранных законов. Применение их,

[1] См.: *Francescakis*, La théorie du renvoi, Sirey, 1958, p. 11; Quelques précisions sur les "lois d'application immédiat" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois.— "Revue Critique de Droit International Privé", 1966, 1; *Graulich*, Règles de conflits et règles d'application immédiate. Melanges Dabin, p. 629, *Francescakis*, Encyclopédie de droit international, P. 480, N 122, 126; *Batiffol*, Droit International Privé, p. 246.

являясь «прямым», носит в то же время «обычный» характер в том смысле, что оно не является исключением из применения иностранных законов, к которым отсылает коллизионная норма.

Термин «государственные интересы» следует понимать широко, включая сюда все организационные нормы, даже если инициатива их принятия исходит не от государства. Все, что входит в сферу действия такой нормы, должно регулироваться ею.

§ 4. Полицейские законы и законы прямого регулирования

Если в основании законов прямого регулирования лежит идея государственной организации, это означает, что мы возвращаемся к традиционному смыслу, который вкладывался в понятие «полицейский закон» ст. 3, ч. 1, ФГК. Эти полицейские законы означают то же, что и «законы прямого регулирования». Возникает вопрос: не является ли новое название просто теоретическим домыслом? Однако есть определенные различия в сфере применения этих двух видов законов. Как мы отмечали, ст. 3, ч. 1, полностью воспринятая ст. 5 алжирского ГК, включая даже некоторые устаревшие понятия (например, безопасность), указывает на свое строго территориальное применение. Имея в виду только «тех, кто проживает на данной территории», есть риск исключить из сферы ее применения лиц, находящихся в Алжире проездом, и факты, имевшие место за рубежом.

Но «законы прямого регулирования» не имеют исключительно территориального характера. Следовательно, этот термин охватывает также понятие «законы публичного порядка». Приведем несколько примеров, указывающих на более широкую сферу их применения.

а) В силу ст. 586 УПК «правонарушение считается совершенным на территории Республики, если один из составляющих его элементов был совершен в Алжире». Традиционно считается, что правонарушение характеризуется совокупностью всех составляющих его элементов с точки зрения уголовного закона места его совершения. Но территориальный характер уголовного закона был бы препятствием для возбуждения дела по деянию, составляющие элементы которого разбросаны по территориям нескольких стран. В этом случае прибегают к искусственной локализации состава на алжирской территории, если совокупность всех его элементов образует правонарушение с точки зрения алжирского закона.

Так же обстоит дело и со ст. 588 УПК, которая разрешает уголовное преследование и осуждение на основании алжирского закона иностранного гражданина, который за пределами алжирской территории признан виновным или соучастником преступления против безопасности алжирского государства, подделке алжирских денежных знаков или банковских чеков, причем речь идет о фактах, имевших место за границей, то есть вне сферы действия алжирского уголовного права. Последнее имеет в этих случаях экстерриториальное действие. Защита политической, социальной и экономической организации государства выходит за рамки традиционного правового принципа.

б) Последняя часть ст. 3 Ордонанса 1975 г. о борьбе с перевозкой наркотиков предусматривает, что указанные в законе санкции могут быть применены, даже если действия, являющиеся составными элементами правонарушения, «были совершены в различных странах». Здесь так же, как и в предыдущем примере, только искусственная локализация в Алжире совокупности элементов правонарушения позволяет возложить наказание за социально опасное поведение, что было бы невозможным, если строго придерживаться принципа территориального действия уголовных законов.

в) Еще одним примером может служить ст. 50 ГК, предусматривающая, в частности, что «торговые товарищества, место оседлости которых находится за рубежом, но осуществляющие свою деятельность в Алжире, рассматриваются национальным правом как имеющие место оседлости в Алжире».

Это положение служит подтверждением тенденции обеспечивать для определенного вида законов наиболее широкую сферу действия или путем искусственной локализации, или односторонним определением сферы применения этих законов, которая выходит далеко за пределы национальной территории.

По характеру полицейские законы, законы прямого регулирования и иные законы не различаются. По мнению Франсескакиса, «полицейскими законами называются законы, применение которых необходимо для защиты политической, социальной и экономической защиты

страны; их отличительная особенность заключается именно в этом»[1].

Определение это критикуется из-за неточности. Луссуарн писал: «Точно определить признаки полицейских законов невозможно, поскольку не существует различия в природе полицейских законов и всех других законов. В современном государстве целью практически любого закона является защита экономических или социальных интересов. Это не привилегия полицейских законов. На самом деле между полицейскими и другими законами существует различие лишь в степени защиты, что делает их разграничение еще более сложной задачей. Это вопрос меры»[2].

Рассматривая его и исследуя каждый случай, Франсескакис указывает, что выражение «законы прямого регулирования» может ввести в заблуждение, поскольку оно используется также при коллизии законов во времени. Вот почему лучше было бы использовать термин «полицейские законы», но при условии отказа от его строгого территориального действия, которое подразумевается в ст. 3, ч. 1, ФГК. «Законы прямого регулирования» стали бы тогда полицейскими законами «в обновленном смысле» этого термина[3]. Основной характеристикой этого вида законов является их прямое, без коллизионной нормы, применение, исключающее применение иностранного закона.

§ 5. Сфера применения полицейского закона

А. Полицейские законы страны суда

Законодатель редко определяет сферу применения издаваемых им полицейских законов. Имея в виду принцип, закрепленный алжирским законодателем в ст. 5 ГК, следует рассматривать все внутреннее право для выявления полицейских законов и последующего определения сферы применения каждого из них. Иногда закон сам указывает на ситуации, которые он регулирует. Так, ст. 13 ГК подчиняет алжирскому закону заключение

[1] "Y a-t-il du nouveau en matiére d'ordre public?", Dans: "Travaux du comité français de droit international privé" 1971, 149.

[2] Droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de la Haye, 1973, II, p. 328—329.

[3] См.: *Francescakis.* Encyclopédie de droit international privé, p. 480—481, № 136.

и расторжение брака, если один из вступающих в брак является алжирским гражданином. Основная коллизионная привязка — гражданство мужа — носит двусторонний характер и может привести к применению иностранного закона. Статья 13 дает одностороннюю коллизионную норму, в которой привязкой является алжирское гражданство.

Чаще всего именно судья должен определить, является ли данный закон полицейским и, следовательно, применимым в конкретной ситуации. Для этого он обосновывает свое решение, используя какой-либо критерий. Первым оказывается критерий территориальности. Однако, как мы уже отмечали, этот критерий не может обосновать охват всех сфер, на регулирование которых претендуют полицейские законы. Приведенные примеры показывают, что алжирские законы претендуют на применение в случаях, где имеются иные «привязки» к Алжиру, нежели территориальность,— например, покушение на безопасность алжирского государства, совершенное иностранцем за пределами алжирской территории.

Возникает проблема установления связи данной ситуации и алжирского суда — необходимое условие применения алжирского полицейского закона. Действительно, применение его было бы абсурдом, если бы Алжир совершенно не был заинтересован в урегулировании данной ситуации. Основанием для применения алжирского закона является привязка к государственной организации или общим интересам Алжира.

Следует в таком случае определить критерий (или критерии) привязки. Привязка конкретного правоотношения к какой-либо стране может иметь различные формы. Ею может быть совершение акта или возникновение факта в данной стране, домицилий, пребывание или гражданство. Иначе говоря, это обычные коллизионные привязки. Чтобы действительно выделить полицейские законы в особую категорию, следует создать присущие только им привязки, совершенно отличные от тех, которые используются в классических коллизионных нормах. Наука международного частного права использовала практически все критерии, поэтому некоторые современные авторы оспаривают то, что полицейские законы по своей природе находятся за пределами коллизионного метода. Можно говорить лишь об адаптации, приспособлении классических критериев. Так, если в коллизионных нормах

используется домицилий — юридическое понятие, то в полицейских законах чаще прибегают к фактическим обоснованиям, например пребыванию в налоговом праве. Гражданство может быть использовано как основание для обязательного применения национального права, но этот же критерий в коллизионной норме может привести к применению иностранного права. Примером может служить уже упоминавшаяся ст. 13 ГК. Наконец, следует отметить, что законодатель или судья стремится подчинить местным полицейским законам как можно больший круг отношений. Это увеличение роли полицейского закона, наряду с усилением государственного вмешательства в экономическую деятельность, объясняет тот факт, что судьи чаще всего прибегают к местным полицейским законам, поскольку классическая коллизионная норма может привести к другому результату.

Б. Иностранные полицейские законы

Иностранные государства также имеют свои полицейские законы, в одностороннем порядке определяющие сферу своего применения. Должен ли судья, рассматривающий спор, применять эти законы?

Полицейские законы, как видно из самого определения, направлены на регулирование отношений в области, где особое значение придается суверенитету. Их основная функция — обеспечить защиту государственной организации и общих интересов. Это область, где, как и в публичном праве, международное сотрудничество если и имеет место, то очень небольшое. Поскольку полицейские законы имеют односторонний характер, первое решение может заключаться в игнорировании вопроса, если полицейский закон суда объявляет себя некомпетентным в данном случае. Но подобное решение даже не упоминается в международном частном праве, поскольку оно приводит к отказу от осуществления правосудия. Предлагалось также в этом случае обратиться к классической коллизионной норме, которая бы указала на применимое право. Если она укажет на иностранный полицейский закон, возникает вопрос, должен ли суд, рассматривающий спор, применить его.

На этот вопрос можно ответить отрицательно, учитывая, что односторонний характер полицейских законов и преследуемая ими цель явятся препятствием для их применения судом, рассматривающим спор. Однако такое

жесткое решение не было принято. Считается, что, если суд признал себя компетентным рассматривать данный спор и закон суда неприменим в конкретном случае, нельзя отказываться от применения иностранного закона на том основании, что он является полицейским законом, служащим интересам иностранного государства.

Существует еще одна проблема: каким образом определить применимый иностранный полицейский закон? Мы уже отмечали, что критерии привязки в полицейских законах носят иногда чрезвычайный характер, а привязки, используемые в коллизионных нормах, не всегда применимы. Но все же единственным решением остается обращение к классическим коллизионным нормам. Франсескакис полагает, что, если полицейский закон суда неприменим, проблема должна быть решена при помощи обычных коллизионных норм. Это мнение подвергалось критике, поскольку такая позиция может привести к применению другого закона вместо иностранного полицейского закона. Кроме того, обращение к коллизионному методу означает отрицание за иностранным законом его полицейского характера.

Процесс применения полицейских законов и законов, на применение которых указывает односторонняя коллизионная норма, различен. Законы, на применение которых указывает односторонняя коллизионная норма, не принимают во внимание коллизионных норм суда. Напротив, иностранные полицейские законы применяются судьей только в случае указания коллизионной нормы суда. В последнем случае возможно учесть интересы иностранного государства в той сфере, в которой оно приняло свой полицейский закон, но при условии соблюдения публичного порядка страны суда.

2.2.3. СФЕРА КОЛЛИЗИОННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

§ 1. Международный характер коллизии

Коллизия законов возникает в том случае, если правоотношение связано с несколькими правовыми системами. Но поскольку правовая система — это порождение суверенного государства, возникает две группы вопросов: во-первых, когда государство действительно суверенно и проблема непризнанных государств; во-вторых, о последствиях немеждународных коллизий для международных — как в случае отсутствия унифицированного зако-

Cheshire, North & Fawcett

Private International Law

FOURTEENTH EDITION

J J Fawcett LLB, PhD, Solicitor
Professor of Law, University of Nottingham

J M Carruthers LLB (Hons), Dip LP, PhD, Solicitor
Reader in Conflict of Laws, University of Glasgow

CONSULTANT EDITOR
Sir Peter North CBE, QC, MA, DCL, FBA
Former Principal of Jesus College, Oxford, and Vice-Chancellor of Oxford University

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Furthermore, foreign expropriatory laws will, in some circumstances, not be recognised, and, in other circumstances, although recognised, will not be enforced. Finally, the mandatory rules of the forum may be applied, with the result that, to that extent, a foreign law is excluded.

We will now deal separately with these four[2] cases.

1. FOREIGN REVENUE, PENAL AND OTHER PUBLIC LAWS

Dicey, Morris and Collins[3] employs a three-fold classification of foreign laws which will not be enforced by English courts, ie revenue laws, penal laws and other public laws. This classification, which was first adopted by Lord DENNING in *A-G of New Zealand v Ortiz*,[4] has been endorsed by the Court of Appeal on a number of occasions,[5] has been given the support of the House of Lords in *Re State of Norway's Applications (Nos 1 and 2)*,[6] and was enshrined in statutory form for the area of tort choice of law by the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.[7] The same classification has also been adopted by the High Court of Australia,[8] the Court of Appeal in New Zealand[9] and in the High Court in Ireland.[10] "Public laws" is, seemingly, the umbrella concept which encompasses both revenue and penal laws, but also allows for a category of "other public laws".[11] The common thread running through the exclusionary rule in relation to revenue, penal and other public laws is that laws will not be enforced if they involve an assertion of sovereign authority by one state within the territory of another.[12] If the exclusionary rule applies it has been said that, in conceptual terms, what the court is doing is declining to exercise its jurisdiction.[13] Whether the claim sought to be enforced in the English courts is one

[2] There is also the doctrine of foreign Act of State, which is beyond the scope of this book, see *Buttes Gas and Oil Co v Hammer (No 3)* [1982] AC 888; distinguished in *Kuwait Airways Corpn v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883; Dicey, Morris and Collins, paras 5-041–5-050.

[3] Dicey, Morris and Collins, para 5R-019.

[4] [1984] AC 1 at 20 et seq. Cf ACKNER LJ at 34 and O'CONNOR LJ at 35. The House of Lords decided the case on a narrow point of construction: infra, p 128, n 63.

[5] See *Williams & Humbert Ltd v W & H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368 at 394, 401; see also in the House of Lords the judgment of Lord MACKAY at 437, cf Lord TEMPLEMAN at 428; *Re State of Norway's Application* [1987] QB 433 at 477–478; *United States of America v Inkley* [1989] QB 255 at 265–265; *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No 2)* (1997) CLC 714, CA; *Mbasogo v Logo Ltd* [2006] EWCA Civ 1370 at [51], [2007] QB 846; Briggs (2006) 77 BYBIL 554.

[6] [1990] 1 AC 723.

[7] S 14(3)(a)(ii); the 1995 Act is discussed infra, pp 767–768. Choice of law for non-contractual obligations is now largely governed by the Rome II Regulation; discussed infra, pp 770–858.

[8] *A-G (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd (No 2)* (1988) 165 CLR 30.

[9] *A-G for the United Kingdom v Wellington Newspapers Ltd* [1988] 1 NZLR 129.

[10] *Bank of Ireland v Meeneghan* [1995] 1 ILRM 96 at 101.

[11] *USA v Inkley*, supra, at 264–265.

[12] *Re State of Norway's Applications (Nos 1 and 2)*, supra, at 807–808. See also *Mbasogo v Logo Ltd* [2006] EWCA Civ 1370 at [41], [50], [51], [2007] QB 846; Mills [2007] CLJ 3; Scott [2007] LMCLQ 296 and (2007) 2 J Priv Int L 309; *Tasarruff v Demirel* [2006] EWHC 3354 (Ch) at [63], [2007] IL Pr 8; affd without discussion of this point [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 WLR 2508. According to the *Mbasogo* case, the same principle underlies both the exclusion of foreign revenue, penal and other public laws and the act of state doctrine. See also *President of the State of Equatorial Guinea v Royal Bank of Scotland International* [2006] UKPC 7 at [23]–[28]; Briggs (2006) 77 BYBIL 554.

[13] *Re State of Norway's Applications (Nos 1 and 2)*, supra, at 807–808. The practical consequence is that the claim will be struck out as not justiciable. This means that the standard of proof in relation to the issue of exclusion is whether the claimant has a real prospect of succeeding (a serious issue to be tried) on the claim, rather than that of a good arguable case: *Tasarruff v Demirel* [2006] EWHC 3354 (Ch) at [62], [2007] IL Pr 8; affd without discussion of this point [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 WLR 2508, leave to appeal to the House of Lords dismissed [2007] 1 WLR 3066.

which involves a penal, revenue or other public law is an issue to be determined according to the criteria of English law.[14] It is irrelevant whether a foreign law so regards it.[15] The three related concepts of revenue, penal and other public laws will now be examined.

(a) Foreign revenue laws[16]

(i) The prohibition on enforcement

Although it has been generally accepted, at any rate since the time of Lord MANSFIELD,[17] that no action lies in England for the enforcement of a foreign revenue law, authority for the proposition long remained a little nebulous, with the issue only being raised clearly on just one or two occasions.[18] All doubts were, however, stilled in 1955 by the decision of the House of Lords in *Government of India v Taylor*,[19] where, after a company, registered in England but carrying on business in India, had gone into voluntary liquidation, a demand was made on it by the Indian Commissioner of Income Tax for the payment of a large sum of income tax in respect of the capital gain derived from the earlier sale of the business. The Commissioner claimed to prove for this debt in the liquidation, but his claim was rejected by the liquidator and by the lower courts. It was argued for the appellants in the House of Lords that the alleged rule excluding the recognition of foreign revenue laws did not extend to taxes similar to those imposed in England, but was confined to penal laws, and that in any event it demanded modification in the case of a foreign country belonging to the Commonwealth. Further, it was said that the rule, even if accepted in toto, did not apply to liquidation proceedings, for a liquidator is under a statutory duty to discharge all the "liabilities" of the company, which is a word of wide import not confined to debts directly enforceable by action.

These arguments were rejected. Their Lordships were unanimous in holding that the rule expressed by Lord MANSFIELD rested on a solid basis of authority and convenience.[20] They also held, with one dissentient,[21] that the duty of a liquidator in the winding up of a company is confined to the discharge of such liabilities as are legally enforceable.

[14] *USA v Inkley*, supra, at 265.

[15] *Tasarruff v Demirel* [2006] EWHC 3354 (Ch) at [65], [2007] IL Pr 8; affd without discussion of this point [2007] EWCA Civ 799, [2007] 1 WLR 2508, leave to appeal to the House of Lords dismissed [2007] 1 WLR 3066.

[16] See especially M Mann (1954) 3 ICLQ 465, and the judgment of KINGSMILL MOORE J in the Irish case of *Peter Buchanan Ltd and Macharg v McVey* [1955] AC 516 n, [1954] IR 89. See also Albrecht (1950) 30 BYBIL 454, 459–465; Castel (1964) 42 Can Bar Rev 277; Stoel (1967) 16 ICLQ 663, 671 et seq; F A Mann (1971) I Hague Recueil 115, 172–181; Carter (1984) 55 BYBIL 111.

[17] *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341 at 343.

[18] See eg *Sydney Municipal Council v Bull* [1909] 1 KB 7; *Re Visser* [1928] Ch 877. See also *The Eva* [1921] P 454; *King of the Hellenes v Brostrom* (1923) 16 Lloyd's Rep 167 and 190; *Metal Industries (Salvage) v Owners of the S T Harle* 1962 SLT 114; cf *The Acrux* [1965] P 391; Webb (1965) 28 MLR 591.

[19] [1955] AC 491; see also *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368 at 428, discussed infra, pp 135–137; *USA v Harden* (1963) 41 DLR (2d) 721; *Rothwells v Connell* (1993) 119 ALR 538 at 548–549.

[20] But the rule will only operate if the English court classifies the claim as a tax or revenue claim, eg, *Weir v Lohr* (1967) 65 DLR (2d) 717; *Connor v Connor* [1974] 1 NZLR 632; the former case also indicates that the rule may well not operate between the states of a federal country; see also *Permanent Trustee Co (Canberra) Ltd v Finlayson* (1967) 9 FLR 424; revsd on another point (1968) 122 CLR 338.

[21] Lord KEITH.

(ii) Indirect enforcement

The rule that no action lies to recover foreign taxes is not affected by the identity of the claimant or by the form in which the action is brought. "In every case the substance of the claim must be scrutinised, and if it then appears that it is really a suit brought for the purpose of collecting the debts of a foreign revenue it must be rejected."[22] That an indirect evasion of the rule will not be tolerated is well illustrated by *Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co Ltd*:[23]

> The plaintiff was an Egyptian national resident in Alexandria, who brought an action to recover money due under three policies of life insurance issued by the defendant, an insurance company with a head office in Toronto and branches in many other countries. The first two policies required payment in London in pounds sterling; the third directed payment at New York in dollars.

One defence raised by the defendant was that two garnishee orders[24] had been served on three of its branches in Cairo which would render it responsible for the payment of certain taxes alleged to be due from the plaintiff to the Egyptian government if it paid him before he had satisfied this fiscal liability. The defence failed, for to allow the garnishee orders, which related solely to taxation debts, to defeat the plaintiff's cause of action would constitute an indirect enforcement of a foreign revenue law. The obvious result of dismissing the action would be the recovery of the taxes by the Egyptian government.[25]

However, the prohibition on indirect enforcement of foreign revenue laws does not prevent an English court from assisting a foreign state to obtain evidence against one of that state's taxpayers. Thus an English court will accede to a request by a foreign state that witnesses in England give oral evidence pursuant to the Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975,[26] even though this is in connection with proceedings in the foreign state against one of its taxpayers.[27] Seemingly, this is the case regardless of whether the taxpayer supports the request.

It is questionable whether the general ban on indirect enforcement is not too rigid. If, for instance, in the *Rossano Case*, the defendants had in fact paid the taxes due to the government, would not an action based upon the unjust enrichment of the plaintiff have succeeded? It may even be questioned whether such a decision as that reached in *Municipal*

[22] *Peter Buchanan Ltd and Macharg v McVey* [1955] AC 516 n at 529, [1954] IR 89 at 107; approved by the House of Lords in *Government of India v Taylor*, supra; *QRS 1 ApS v Fransden* [1999] 1 WLR 2169, CA; *Air India Ltd v Caribjet Inc* [2002] 2 All ER (Comm) 76. But see on the first two of these cases *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368 at 440; see also *Re Lord Cable* [1977] 1 WLR 7 at 13. It is suggested in this last case that proceedings in England by a foreign government for direct enforcement of that government's currency control regulations, even against a citizen of that country, would be contrary to the principle of non-enforcement of foreign revenue laws; but cf *Kahler v Midland Bank Ltd* [1950] AC 24 at 46–47, 57; see also *A-G of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 at 24 (per Lord DENNING MR in the Court of Appeal).

[23] [1963] 2 QB 352.

[24] As to garnishment (third party debt orders), see infra, pp 1238–1239.

[25] See, eg, *Peter Buchanan Ltd and Mackay v McVey* [1955] AC 516 n, [1954] IR 89; *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368 at 437–441; cf *Ayres v Evans* (1981) 39 ALR 129.

[26] Supra, pp 86–87.

[27] *Re State of Norway's Applications (Nos 1 and 2)* [1990] 1 AC 723.

Council of Sydney v Bull,[28] where the plaintiff failed in its bid to recover a contribution imposed by a local statute in respect of certain street improvements effected in the area where the defendant owned property, accords with the practice of states and their subordinate bodies to furnish services in return for payment.

The narrow dividing line is illustrated by *Brokaw v Seatrain UK Ltd*:[29]

> In this case goods were shipped from the USA to England in an American ship. Whilst the ship was at sea, the US Treasury served a notice of levy, in respect of taxes unpaid by the owners of the goods, on the shipowners demanding that the goods should be surrendered. When the ship arrived at Southampton, the shipowners refused to deliver the goods to the consignee, who claimed delivery or their value.

By reason of interpleader proceedings, the court had to consider the claim of the US Treasury, which was rejected on the basis that to allow it amounted to indirect enforcement of a foreign revenue law by seizure of goods. However, had the notice of levy been effective to reduce the goods into the possession of the US Treasury, their claim would have been upheld, for the court would then have been enforcing a possessory title rather than a revenue law.

It is now necessary to consider the extent to which the rule against the indirect enforcement of foreign revenue laws has been affected by United Kingdom accession to the European Economic Community. It has not been affected by the United Kingdom becoming a Contracting State to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 1968 (the Brussels Convention), now replaced for virtually all purposes by the Brussels I Regulation.[30] The Court of Appeal in *QRS 1 ApS v Fransden*, [31] which involved a claim that undeniably fell foul of the English exclusionary rule, held that this was a revenue matter within the meaning of Article 1 of the Brussels Convention.[32] As such, it fell outside the scope of that Convention. Moreover, the English exclusionary rule was not incompatible with the EEC Treaty.[33] However, the exclusionary rule has been affected by the European Community Regulation on Insolvency Proceedings.[34] Art 39 of the Regulation gives tax authorities and social security authorities of Member States the right to lodge proof as creditors in insolvency proceedings conducted in other Member States, provided that the proceedings come within the scope of the Regulation.[35] More importantly, European Community Directives provide for mutual assistance and recovery as between Member States in relation to duties and taxes.[36]

[28] [1909] 1 KB 7.

[29] [1971] 2 QB 476; see *A-G of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 at 31–32 (per ACKNER LJ in the Court of Appeal). See also *Re Van de Mark and Toronto-Dominion Bank* (1989) 68 OR (2d) 379.

[30] And by the EC/Danish Agreement, see infra, pp 204–342.

[31] [1999] 1 WLR 2169, CA; Briggs (1999) BYBIL 341; Smart (2000) 116 LQR 360.

[32] Discussed infra, p 215. If it had been a matter within the scope of the Convention, the English exclusionary rule could not be invoked because it would impair the effectiveness of the Convention, [1999] 1 WLR 2169 at 2177–2178, CA.

[33] In particular Art 59, [1999] 1 WLR 2169 at 2178–2180, CA.

[34] Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000, OJ 2000 L 160/1.

[35] See Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (2005) 2nd edn, para 2.94.

[36] Council Directive (EEC) No 76/308 (the Mutual Assistance Recovery Directive as amended by Council Directive (EEC) No 79/1071 and Council Directive (EC) No 2001/44 and as implemented by Commission Directive (EC) No 2002/94); implemented in the United Kingdom by SI 2004/674.

(iii) Recognition of a foreign revenue law

This rule that no action will lie at the instance of a foreign state to enforce a revenue law does not mean, despite what Lord MANSFIELD said in *Holman v Johnson*,[37] that such a law is to be totally ignored.[38] Refusal to enforce it implies no disclaimer of its lawful existence, and circumstances may require that its existence be recognised. Thus, on the ground that public policy demands the maintenance of harmonious relations with other nations, the courts will not countenance any transaction, such as a fraudulent tax-evasion scheme, which is knowingly designed to violate a revenue law of a foreign and friendly state.[39] If personal representatives have had personally to pay taxes on a foreign estate under foreign revenue laws, those foreign laws will be recognised here so as to enable the personal representatives to be indemnified from assets of the estate situated here.[40] Furthermore, in such cases the personal representatives should be given leave to remit the assets to the foreign country for payment of the taxes.[41]

(b) Foreign penal laws[42]

It is well settled that an English court will not lend its aid to the enforcement, either directly or indirectly, of a foreign penal law.[43] The imposition of a penalty normally reflects the exercise by a state of its sovereign power, and it is an obvious principle that an act of sovereignty can have no effect in the territory of another state.

(i) The meaning of a penalty

The word "penalty" is equivocal, and if understood without qualification it comprises penalties to the enforcement of which there can be no objection, as for example one incorporated in a commercial contract with the object of inducing the prompt performance of his contract by one of the parties.[44] What, therefore, is the meaning of the word in the present context? The answer given by the Privy Council in *Huntington v Attrill*,[45] the leading English authority on the subject, is that it is limited to a fine or other exaction imposed by the state for some violation of public order of a criminal complexion.[46]

[37] (1775) 1 Cowp 341 at 343: "No country takes notice of the revenue laws of another."

[38] *Regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd* [1956] 2 QB 490 at 515; affd [1958] AC 301 at 319; *X, Y and Z v The Bank* [1983] 2 Lloyd's Rep 535 at 546–547; cf *Sharif v Azad* [1967] 1 QB 605 at 617; *Mackender v Feldia AG* [1967] 2 QB 590 at 601. See also *Bank of Ireland v Meeneghan* [1995] 1 ILRM 96.

[39] *Re Emery's Investment Trusts* [1959] Ch 410; *Pye Ltd v BG Transport Service Ltd* [1966] 2 Lloyd's Rep 300 at 308–309. See also *Euro-Diam Ltd v Bathurst* [1990] 1 QB 1 at 39–40.

[40] *Re Lord Cable* [1977] 1 WLR 7 at 25–26; and see *Re Reid* (1970) 17 DLR (3d) 199.

[41] *Re Lord Cable* [1977] 1 WLR 7 at 25–26; and see *Scottish National Orchestra Ltd v Thomson's Executor* 1969 SLT 325.

[42] See especially FA Mann (1954) 40 Grotius Society 25; M Mann (1956) 42 Grotius Society 133, and see Stoel (1967) 16 ICLQ 663.

[43] *Ogden v Folliott* (1790) 3 Term Rep 726; *Wolff v Oxholm* (1817) 6 M & S 92; *Huntington v Attrill* [1893] AC 150; *Frankfurther v WL Exner Ltd* [1947] Ch 629; *Empresa Exportadora de Azúcar v Industria Azucarera Nacional SA, The Playa Larga* [1983] 2 Lloyd's Rep 171; *X, Y and Z v The Bank* [1983] 2 Lloyd's Rep 535; *A-G of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1; *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368. For Canada see *Pro Swing Inc v Elta Golf Inc* 2006 SCC 52.

[44] *Huntington v Attrill* [1893] AC 150 at 156.

[45] [1893] AC 150.

[46] See also *Lewis v Eliades* [2003] EWCA Civ 1758 at [50], [2004] 1 WLR 693 a penalty "normally means a sum payable to the state, and not to a private individual", leave to appeal to the House of Lords refused [2004] 1 WLR 1393; *Schemmer v Property Resources Ltd* [1975] Ch 273.

Applying this definition, an order made pursuant to a criminal statute confiscating a convicted person's assets will not be enforced, nor will a restraint order,[47] nor will an order committing a person to prison for contempt of court.[48] Nor will an order for contempt of court arising out of an action between private parties be enforceable.[49] Lord DENNING MR has indicated[50] that, in the context of recognition of foreign judgments, a judgment for exemplary damages is not to be denied recognition as being in respect of "a penalty".[51] A Canadian court has come to the same conclusion in relation to a judgment for punitive damages.[52] It may well be, therefore, that a foreign law as to exemplary or punitive damages will be applied here and will not be castigated as a penal law.[53] On the other hand, there is a statutory prohibition on the enforcement of foreign judgments for multiple damages,[54] such as treble damages under the USA anti-trust laws. These laws have been described as penal.[55] More recently, the Court of Appeal has accepted, obiter, that this is arguable but found it unnecessary to decide the point.[56]

(ii) Examples of the prohibition on indirect enforcement of a penal law

An example of an attempt to enforce a foreign penalty indirectly is *Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbón y Austria*[57] where the facts were these:

> The former King of Spain had bought certain securities with his own money and had instructed that they should be held by a London bank to the order of his agents, the Banco de Vizcaya, a Spanish concern. The Spanish Republican Government later decreed that all his property, wherever situated, should be confiscated and that anything deposited with Spanish banks should be delivered to the Treasury. The plaintiffs claimed delivery of the securities from the London bank on the ground that they had a contractual right of recovery by virtue of the instructions given by King Alfonso at the time of the original deposit.

[47] *Bank of Ireland v Meeneghan* [1995] 1 ILRM 96.

[48] *Gersten v The Law Society of New South Wales* [2002] NSWCA 344.

[49] *Pro Swing Inc v Elta Golf Inc* 2006 SCC 52.

[50] *SA Consortium General Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd* [1978] QB 279 at 299–300. See also *Old North State Brewing Co v Newlands Services Inc* [1999] 4 WWR 573, BC CA. But cf the decision of the German Federal Supreme Court in *Re the Enforcement of a United States Judgment for Damages* (Case IX ZR 149/91) [1994] IL Pr 602.

[51] Infra, p 557.

[52] *Old North State Brewing Co v Newlands Services Inc* [1999] 4 WWR 573, BC CA. See also *Benefit Strategies Group Inc v Prider* [2005] SASC 194, (2005) 91 SASR 544. cf *Schnabel v Yung Lui* [2002] NSWSC 115, 1 February 2002 (unreported)—punitive damages consituting a penal award because of a public element (failure to comply with a court order).

[53] Cf *Travelers Casualty and Surety Co of Europe Ltd v Sun Life Assurance Co of Canada (UK) Ltd* [2004] EWHC 1704 at [77], [2004] IL Pr 50.

[54] Protection of Trading Interests Act 1980, s 5; infra, pp 561–563. Under the 1980 Act the Secretary of State can make orders prohibiting persons in the United Kingdom from complying with foreign extra-territorial measures which are damaging to United Kingdom trading interests; see ss 1–3.

[55] *British Airways Board v Laker Airways Ltd* [1984] QB 142 at 163 per (PARKER J), and in the Court of Appeal at 201; Paterson [1995] UBCLR 241. But cf *Old North State Brewing Co v Newlands Services Inc* [1999] 4 WWR 573, BC CA (treble damages based on an unfair and deceptive trade practice statute not anti-trust).

[56] *Lewis v Eliades* [2003] EWCA Civ 1758 at [50], [2004] 1 WLR 693; discussed infra, pp 562–563.

[57] [1935] 1 KB 140. A similar case is *Frankfurther v W L Exner Ltd* [1947] Ch 629. For an early example, see *Ogden v Folliott* (1790) 3 Term Rep 726.

Lawrence J held that the plaintiffs were not in reality asserting their own contractual rights as they originally existed, but the rights of the Spanish Republic. Therefore their claim failed, since to countenance it would in effect be to enforce an admittedly penal law of the Republic.

A more recent case to discuss the question of enforcement of a foreign penal law is *A-G of New Zealand v Ortiz*:[58]

> A Maori carved door was removed from New Zealand without permission of the appropriate authorities and was eventually offered for sale by the first defendant by auction in London. The Attorney-General of New Zealand (the plaintiff) alleged that the state was the owner of the door and sought an injunction in the English courts restraining the sale and an order for delivery up of the door. The basis of this claim was a New Zealand statute which, in certain circumstances, provided for the forfeiture, without compensation, of historic articles.

Staughton J, at first instance, gave judgment for the plaintiff. The Court of Appeal allowed an appeal on the basis of a point of construction of the New Zealand statute.[59] It was held that the statute only provided for the forfeiture of historic articles when the goods had been seized by the appropriate New Zealand authorities, and this had not happened in the present case. However, the Court of Appeal went on to discuss the wider point of the nature of the New Zealand statute. Lord Justices Ackner and O'Conner held, obiter, that the New Zealand statute was a penal law and, therefore, would not be enforced in England.[60] The claim was made by the Attorney-General on behalf of the state, the cause of action concerned a public right—the preservation of historic articles within New Zealand, and vindication of the right was sought through forfeiture of the property without compensation.[61] Lord Denning expressed himself in different terms; he regarded the New Zealand statute as coming within the category of a public law[62] rather than a penal law.[63]

(iii) Characterisation of the foreign law/right of action

It is undeniable that the English court must itself characterise the alleged penal, revenue or other public law, but regard will be had to the attitude adopted in the courts in the

[58] [1984] AC 1; Nott (1984) 33 ICLQ 203. See generally on claims by foreign states for return of their property, Collins, *Essays*, pp 118–129.

[59] [1984] AC 1 at 17–18, 29, 35.

[60] At 31–34, 35.

[61] At 33–34 (per Ackner LJ).

[62] At 20–24; see infra, pp 130–131.

[63] On appeal to the House of Lords, the decision of the Court of Appeal was upheld solely on the narrow point of construction of the New Zealand statute. The Law Lords, at 45–49 (per Lord Brightman), having heard no argument on the point relating to the enforcement of a penal law, declined to express any opinion on the correctness of the obiter dicta on this matter in the Court of Appeal. The result of the case is to leave a problem over the return of unlawfully exported cultural heritage. But see now *Islamic Republic of Iran v Barakat* (2008) Times, 7 January—claim to allow recovery of Iranian cultural heritage allowed. For attempts to solve the problem by international arrangements, see the Commonwealth Scheme for the Protection of the Material Cultural Heritage, 1993; O'Keefe (1995) 44 ICLQ 147; the UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995) 34 ILM 1322. For the position within the European Community see SI 1994/501, SI 1997/1719, SI 2001/3972, implementing Council Directive (EEC) No 93/7 of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State.

foreign jurisdiction.[64] According to the Privy Council in *Huntington v Attrill*[65] nothing can be regarded as a penalty unless it is "recoverable at the instance of the State or of an official duly authorised to prosecute on its behalf, or of a public informer".[66] The facts of the case were as follows:

> A New York statute, designed, inter alia, to protect the public against company promoters, provided that the directors of a corporation should be personally liable for its debts on proof that false reports of its financial condition had been published. Sums recoverable under this provision were payable to creditors in satisfaction pro tanto of their claims. A creditor instituted a suit under the statute in a New York court and obtained judgment for a large sum. He later brought an action on the judgment in Ontario. The New York courts had decided that actions brought under the statute were of a penal character.

The Privy Council held, first, that it was for the Ontario court to put its own interpretation on the statutory provision; and, secondly, that the statute was remedial, not penal, since it permitted a subject to enforce a liability in his own interests and for the protection of his own private rights.[67]

In *United States of America v Inkley*,[68] the Court of Appeal was faced with a more complex case involving an action by a foreign state, but which was clothed in civil form.

> An action was brought by the US government for enforcement of a judgment for the amount of an appearance bond plus interest obtained in a federal court in Florida, sitting as a civil court, against the defendant who had been released on bail but had subsequently failed to appear to answer criminal charges.

The Court of Appeal refused to enforce the judgment on the basis that this was an action by a foreign state to enforce the execution of its own public/penal law. Dicey, Morris and Collins's three-fold classification of the exclusionary rule was adopted. "Public laws" was seen as the wide overall exclusionary category, and a foreign penal law will necessarily also be a foreign public law. Whether the right of action which it is sought to have enforced in England is public or private was said to depend on three considerations: the party in whose favour the right is created; the purpose of the law on which the right is based; the general context of the case as a whole. The Court of Appeal held[69] that the action was concerned with the right of the US government to ensure the due observance of its criminal law; the purpose of the action was part of a public law process aimed to ensure the attendance of persons accused of crime before the criminal courts; the general context was criminal or penal. The essentially public/penal law nature of the action was not affected by the fact that it was dressed up in civil form. Applying these considerations

[64] *United States of America v Inkley* [1989] QB 255 at 265.

[65] [1893] AC 150; and see *Metal Industries (Salvage) Ltd v Owners of S T Harle* 1962 SLT 114 at 116.

[66] At 157, 158. See *A-G of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 at 32 (per Ackner LJ). See also *Bank of Ireland v Meeneghan* [1995] 1 ILRM 96.

[67] The Supreme Court of the US reached the same conclusion: (1892) 146 US 657.

[68] [1989] QB 255; Carter (1988) BYBIL 347. Cf *United States Securities and Exchange Commission v Cosby* 2000 BCSC 338—judgment in civil action by SEC ordering disgorgement of ill-gotten gains not penal; see also *US (SEC v Shull)* (1999) BCSC.

[69] At 265–266.

to the facts of the case it was concluded that: "Notwithstanding its civil clothing, the purpose of the action initiated by the writ issued in this case was the due execution by the United States of America of a public law process aimed to ensure the attendance of persons accused of crime before the criminal courts."[70]

(iv) Recognition of foreign penal laws

The enforcement of a foreign penal law must be distinguished from its application or recognition.[71] Although enforcement will not be allowed, it is going too far to assert that "the penal laws of one country cannot be taken notice of in another".[72] This is scarcely true for, subject to the possible intervention of the doctrine of public policy,[73] such a law must be regarded as operative even in English proceedings if it is part of the foreign legal system which, according to the relevant rule for the choice of law, governs the transaction that is sub judice.[74] If, for example, a Ruritanian statute makes the export of certain raw materials a crime punishable by fine and confiscation of property, in no circumstances will the fine be recoverable by an action in England. Nevertheless, if a Ruritanian businessman, by a contract that falls to be governed by the law of that country, agrees to sell the prohibited materials to an Englishman, an action brought against him in England for non-delivery must necessarily fail. The illegality of the contract according to its governing law, though springing from a crime and from a penal law devoid of extra-territorial effect, cannot be ignored.[75]

(c) Other foreign public laws[76]

Judicial and statutory adoption[77] of Dicey, Morris and Collins's three-fold classification of foreign laws which will not be enforced means that this third category is now firmly established. What we are concerned with here are public laws which are not revenue or penal ones. It is not difficult to find examples of "other public laws". Dicey, Morris and Collins[78] give the following as illustrations: import and export regulations; trading with the enemy legislation; price control regulations; and anti-trust legislation.[79] However, it is much more difficult to give a precise definition to the concept of "public laws", since the common law does not as yet recognise any clear distinction between public and private laws.[80] In *A-G of New Zealand v Ortiz*[81] Lord DENNING admitted that the concept

[70] At 266.
[71] M Mann (1956) 42 Grotius Society 133, 135–136.
[72] *Ogden v Folliott* (1790) 3 Term Rep 726 at 733.
[73] Infra, pp 139–150.
[74] See *A-G of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 at 31 (per ACKNER LJ in the Court of Appeal). See also *Bank of Ireland v Meeneghan* [1995] 1 ILRM 96.
[75] The same principle affects a foreign revenue law, supra, p 126.
[76] See generally Baade (1995) 30 Texas Int LJ 429. For an exception in Australia and the USA see the Australia-United States Free Trade Agreement, Art 14.7, Hogan-Doran (2006) 80 ALJ 361.
[77] Supra, p 122. But cf *United States of America v Ivey* (1996) 139 DLR (4th) 570, Ont CA; discussed infra, p 132.
[78] Dicey, Morris and Collins, para 5-033. See also *United States of America v Ivey* (1996) 139 DLR (4th) 570, Ont CA.
[79] Anti-trust laws may be penal, see supra, pp 126–127.
[80] *Re State of Norway's Application* [1987] QB 433 at 475, affd by the House of Lords without discussion of this specific point [1990] 1 AC 723, 458. The problem of identifying public laws also arises in the context of jurisdiction under the Brussels/ Lugano system, see infra, pp 215–217.
[81] [1984] AC 1.

of "other public laws" was very uncertain, but went on to explain that they are laws which are eiusdem generis with penal or revenue laws.[82] He found a common thread underlying these three categories in the principles applied in international law; in particular, in the principle that laws will not be enforced if they involve an exercise by a government of its sovereign authority over property beyond its territory.[83] He concluded that legislation providing for the automatic forfeiture to the state of works of art should they be exported would come within this principle, and, accordingly, within the category of other public laws. In *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No 2)*,[84] the Court of Appeal held that the English courts would not entertain proceedings to enforce a civil cause of action that, it was argued,[85] the Bank of Zambia had under Zambian law against a Zambian mining company to recover foreign exchange due under a direction issued by the bank, on the basis that this would constitute enforcement of Zambian public law. In giving the direction the bank was exercising its authority under a Zambian statute as the agent responsible for administering exchange control. That legislation was part of the public law of Zambia enforceable by right of the authority of the Zambian State rather than by way of a private right in the bank.

The exclusion of other public laws has been accepted by the High Court of Australia and the Court of Appeal in New Zealand in the *Spycatcher Cases*,[86] which involved the important issues of confidentiality and state security. The Attorney-General of the United Kingdom sought, inter alia, injunctions in Australia and New Zealand to prevent publication in those respective countries of the whole or parts of *Spycatcher*, the memoirs of Peter Wright—a former intelligence officer of the British Security Services. The Attorney-General's argument, that Wright was acting in breach of duties of confidence (fiduciary and contractual) owed to the United Kingdom government, was assumed to be correct. One of the defences in both cases was that the Australian and New Zealand courts will not enforce a foreign penal or other public law.

Both the Australian and New Zealand courts refused to grant the relief sought, albeit on different grounds. The High Court of Australia regarded the action as one whereby the United Kingdom government sought to protect the efficiency of its Security Services as part of the defence of the country; as such, it fell within the exclusion of "other public laws". The New Zealand Court of Appeal, however, took a different view. The duty of confidentiality was said to arise from the relationship between the parties as employer

[82] At 20.
[83] See also *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No 2)* (1997) CLC 714; *Gotha City v Sotheby's (No 2)* (1998) Times, 8 October; *Robb Evans v European Bank Ltd* (2004) 61 NSWLR 75, NSWCA 82 (proceedings to secure a governmental interest), Thomas (2005) 121 LQR 380. But cf *Islamic Republic of Iran v Barakat* (2008), Times 7 January, CA.
[84] (1997) Times, 28 January 1997, CA; Briggs (1997) 68 BYBIL 369. The issue of enforcement of a foreign public law arose in the context of garnishment (now called a third party debt order) of a debt, see infra, pp 1238–1239.
[85] This argument was rejected by the Court of Appeal.
[86] In Australia: *A-G (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd (No 2)* (1988) 165 CLR 30; see also *Trade Practices Commission v Australia Meat Holdings Pty Ltd* (1988) 83 ALR 299 at 360–363; *Robb Evans v European Bank Ltd* (2004) 61 NSWLR 75, NSWCA. In New Zealand: *A-G for the United Kingdom v Wellington Newspapers Ltd* [1988] 1 NZLR 129. Criticised by Mann (1988) 104 LQR 497; Collier [1989] CLJ 33; see also Lord KEITH in *A-G v Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1990] 1 AC 109, 264–265. The exclusion of "other public laws" has also been accepted in Hong Kong in a different context: *Nonus Asia Ltd v Standard Chartered Bank* [1990] 1 HKLR 396.

and employee. An action for damages (an injunction having earlier been refused on the basis that the contents of the book were already in the public domain) was therefore not barred by the exclusionary rule in relation to foreign penal or other public laws. Nonetheless, this was not thought to be a proper case for protecting the United Kingdom's security secrets since there had been prior publication abroad of the information in *Spycatcher*; moreover, the New Zealand public interest justified publication.

In contrast, the Ontario Court of Appeal has regarded the public law exception as resting on a rather shaky foundation, without though closing the door on such an exception.[87] On the assumption that there was such an exception, a US law which allows the US government to bring an action for compensation under a US statute for the cost of cleaning up environmental damage was not regarded as being a public law.[88] There were two reasons for this. First, the claim was concerned with clearing up damage in the USA.[89] Secondly, although asserted by a public authority the action was said to be so close to a claim for nuisance that it was in substance of a commercial or private law character. Relevant to this was the fact that such an action could be brought between private parties or against the government.

There is some controversy[90] over whether an English court "will refuse to enforce all public laws . . . or whether the court should only refuse to enforce a foreign public law if enforcement is contrary to public policy".[91] The uncertainty over this is reflected in the wording of the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.[92] This does not simply provide an exception to the normal statutory tort choice of law rules for cases involving a foreign penal, revenue or other public law. It qualifies this by referring to a foreign penal, revenue or other public law "as would not otherwise be enforceable under the law of the forum". This deliberately does not answer the question when such a foreign law would not be enforceable at common law.

2. FOREIGN EXPROPRIATORY LEGISLATION

A somewhat troublesome question is the extent to which foreign expropriatory legislation is recognised in England when it is directed, not against a particular person, as in

[87] *United States of America v Ivey* (1996) 139 DLR (4th) 570, Ont CA.

[88] As a result, judgments granted in the USA were enforceable, see infra, p 561.

[89] The Ontario Court of Appeal approved the reasoning of SHARPE J (1995) 130 DLR (4th) 674, who stressed this point at 689. See also *Gotha City v Sotherby's (No 2)*, supra.

[90] See Dicey, Morris and Collins, para 5-040.

[91] Collins, Proceedings of the Special Public Bill Committee, Private International Law (Miscellaneous Provisions) Bill, Further Memorandum *HL Paper* 36 (1995), p 68; see also Beaumont, p 77. The former view is seemingly supported by Lord DENNING in the *Ortiz* case; the latter by STAUGHTON J in the same case, by Brennan J in the High Court of Australia in the *Spycatcher* case, supra at 50–52, and by the Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v Barakat* (2008) Times, 7 January. See generally Vischer (1992-I) 232 Hague Recueil 9 at 150–153.

[92] S 14 (3)(a)(ii); the 1995 Act is discussed infra, pp 767–768. Tort choice of law is now largely governed by the Rome II Regulation on non-contractual obligations, infra, pp 770–858.

Don Alfonso's Case,[93] or a particular item, as in the *Ortiz Case*,[94] but against national property generally. It would seem that legislation of this nature may take four forms.[95]

> First, *requisition*, which term is generally confined to the seizure of property in the public interest for a limited period, usually until the end of some emergency, and in return for compensation.
>
> Secondly, *nationalisation*, which is the permanent absorption of property into public ownership in furtherance of some political aim and in return for compensation.
>
> Thirdly, *compulsory acquisition*, which is the permanent seizure of property in fulfilment of some economic or social aim, and in exchange for compensation.
>
> Fourthly, *confiscation*, which is the permanent seizure of private property without payment of compensation.[96]

The main question of private international law in this connection is the extent to which, in the eyes of English law, a decree of a foreign state implementing one of these forms of expropriation affects property belonging either to nationals of that state or to aliens.

The general principles that have a bearing on the question defy simple harmonisation, for against the principles that neither foreign legislation nor foreign penal laws have extra-territorial effect, stands the equally fundamental doctrine that a foreign sovereign cannot normally be impleaded.[97] If, for instance, the Ruritanian government obtains possession of jewellery held by a London bank on the ground that it falls within the scope of a Ruritanian decree of confiscation and if the decree is not regarded by English law as applicable to property in England, how can this view be rendered effective against a sovereign power that is immune from the jurisdiction?

Another obstacle to a simple generalisation of the law is the doubt whether all forms of property stand on the same footing for the purpose of determining the effect of expropriation. The suggestion, for instance, by no means unsupported by authority, has been made that a merchant ship stands in a category of its own, since it has a permanent situs in the country to which it belongs.[98] If this is correct, a state which requisitions or confiscates its national ships exercises a quasi-territorial, not an extra-territorial, act of authority.

If an English judge is required to determine the effect of foreign expropriatory legislation, his decision will depend on three main factors, namely the interpretation of the foreign legislation; the situs of the property at the time of the legislative decree; and the question whether the foreign sovereign was in actual possession or control of the property outside his territory at the time when the facts giving rise to the litigation occurred. The present law appears to be as follows.

[93] Supra, pp 127–128.

[94] Supra, p 128.

[95] See *I Congreso del Partido* [1983] 1 All ER 1092 at 1103, CA, revsd on a different point [1983] 1 AC 244; *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368; infra, pp 135–136.

[96] See in relation to discharge of a debt by governmental act, *Wight v Eckhardt Marine GmbH* [2003] UKPC 37, [2004] 1 AC 147.

[97] Infra, pp 491–501.

[98] McNair (1946) 31 Grotius Society 30.

(a) Property within the foreign jurisdiction at time of decree

The English courts recognise without hesitation that the ownership of property is conclusively and finally determined by the terms of the foreign decree of expropriation if the property is situated within the jurisdiction of the sovereign at the time of the decree, notwithstanding that it is later brought to England and is still there at the time of the action. For instance, in *Luther v Sagor*:[99]

> Timber, situated in Russia and belonging to the plaintiff, a private company incorporated according to the law of Russia, was seized by the Soviet authorities under a decree that had nationalised all profits belonging to industrial and commercial establishments. Part of the timber was later brought to England and there sold to the defendants by a Soviet agent. The plaintiff sued for damages in what is now called conversion (formerly trover) on the ground that the ownership of the timber was still vested in it.

The Court of Appeal, on grounds which were not identical, found for the defendant.

In the view of WARRINGTON LJ, no sovereign state must sit in judgment upon the acts of another foreign state affecting property within its own territory.[100] BANKES LJ found it impossible to ignore the law of Russia, the law of the situs at the time of the decree, under which the seller had acquired a good title to the goods.[101] SCRUTTON LJ, following perhaps a more doubtful line of reasoning, argued that, since the doctrine of immunity would have prevented any investigation of the Russian sovereign's title had the timber been found in England in the possession of a Russian official, it followed that no such investigation was possible where possession had been given to a private purchaser. "What the court cannot do directly, it cannot do indirectly."[102]

But surely the simple and decisive justification of the decision is the rule that a title to movables, valid according to the law of the situs at the time of its acquisition, is recognised by English law.[103] The law of the situs must prevail in such circumstances unless the rule of that law under which the title has been acquired is so immoral or so alien to the principles of justice as understood in England that it must be disregarded as being contrary to public policy. The Court of Appeal considered this objection, but found it impossible to regard the nationalisation decree as anything else but the expression of a policy designed, whether mistakenly or not, to promote the best interests of Russians. This can be contrasted with *Kuwait Airways Corpn v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*[104] where an

[99] [1921] 3 KB 532 at 548. Followed in *Princess Olga Paley v Weisz* [1929] 1 KB 718; and see *Oppenheimer v Cattermole* [1976] AC 249 at 282–283; *Buttes Gas and Oil Co v Hammer (No 3)* [1982] AC 888 at 931; *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368; *Westland Ltd v AOI* [1995] QB 282. Cf *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No 2)* [1967] 1 AC 853. Quaere whether the decision would be the same if the owner escaped with his property from the country after the decree but before he had been deprived of possession by the local authorities.

[100] [1921] 3 KB 532 at 548–549.

[101] Ibid, at 545.

[102] Ibid, at 555–556.

[103] See the remarks of DEVLIN J in *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953] 1 QB 248 at 260. See also *Peer International Corpn v Termidor Music Publishers Ltd* [2003] EWCA Civ 1156, [2004] Ch 212.

[104] [2002] 2 AC 883, HL; Rogerson [2003] CLP 265; Carruthers and Crawford (2001) 52 ICLQ 761; discussed further infra, pp 145–146; distinguished in *Peer International Corpn v Termidor Music Publishers Ltd* [2003] EWCA Civ 1156, [2004] Ch 212.

Iraqi Resolution divesting the Kuwaiti owners of aircraft situated in Iraq of their title was not simply a governmental expropriation of property within its territory, but was part of an attempt to extinguish every vestige of Kuwait as a separate state. The House of Lords held that enforcement or recognition of the Resolution would be manifestly contrary to the public policy of English law.[105]

The principle of *Luther v Sagor* was followed by the House of Lords in *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd.*[106] One point that should be noted from the outset about this case is that at first instance and in the Court of Appeal the case was regarded as one of confiscation of property, ie expropriation *without* payment, whereas the House of Lords treated it as a case of compulsory acquisition, ie expropriation *with* payment. Nonetheless, the principle in *Luther v Sagor* was still applied in all three courts. The facts of the case, according to the House of Lords, were as follows:

> The Spanish government compulsorily acquired all the shares of a company incorporated in Spain, Rumasa, and of the subsidiary companies of Rumasa incorporated in Spain, including two banks—"Jerez" and "Norte". Rumasa also held all the shares in an English company, Williams and Humbert; this company was now, therefore, indirectly controlled by the Spanish government. The plaintiffs, the English company and the three above-named Spanish companies, at the instigation of the Spanish government, brought actions in England against the defendants, the original owners of the Spanish companies, the Mateos family, and a Jersey company, for the return of property (in the form of trade marks and money), which it was alleged had been improperly diverted from the English company and one of the Spanish companies, and for damages. The defendants argued that the proceedings were an attempt to enforce a foreign penal law and/or it would be contrary to public policy to grant the relief sought.

NOURSE J ordered that the defence be struck out, as disclosing no reasonable defence, and this was upheld by a majority of the Court of Appeal. There were appeals to the House of Lords.

The House of Lords unanimously dismissed the appeals. Lord TEMPLEMAN, with whom the other Law Lords concurred, examined the decision in *Luther v Sagor* and then stated the principle that "an English court will recognise the compulsory acquisition law of a foreign state and will recognise the change of title to property which has come under the control of a foreign state and will recognise the consequences of that change of title".[107] Here, the property was the shares in the Spanish companies and this property was situated in Spain, the companies being incorporated there. The change in ownership of the shares was, accordingly, recognised. The Spanish government would have no right to confiscate the English property, ie the shares in Williams and Humbert; but, according to Lord TEMPLEMAN, it did not purport to do so, since this property would remain in the

[105] Public policy operated as an exception to tort choice of law rules, but if there had been an action asserting title to the aircraft, public policy would have operated as an exception to the lex situs rule, at 192 (per Lord SCOTT).

[106] [1986] AC 368; F A Mann (1986) 102 LQR 191; (1987) 103 LQR 26; (1988) 104 LQR 346; (1985) 56 BYBIL 316; Carter (1986) 57 BYBIL 439.

[107] At 431.

ownership of Rumasa, one of the Spanish companies.[108] In reality though, the Spanish government would control Williams and Humbert. The Spanish government would, therefore, be able to achieve by indirect means (confiscation of Rumasa) what it could not achieve by direct confiscation.

When it came to the specific allegation that what was involved was enforcement of a foreign penal law, Lord TEMPLEMAN doubted if the Spanish law could be regarded as penal.[109] Even if it was accepted that it was a penal law there was no attempt directly to enforce this law in England,[110] since the objective of the law, to acquire and control various companies, had already been achieved in Spain. Nor was there an attempt indirectly to enforce the Spanish law, since the actions were brought by the companies, and under well-established principles of company law these were distinct entities from the Spanish government which owned the companies.[111] If the argument that it was a penal law were to be accepted, it would produce the anarchic result that none of the companies could pursue actions outside Spain and wrongdoers vis à vis the companies would be released from liability.[112]

The *Williams and Humbert* case is also interesting for its discussion at first instance[113] and in the Court of Appeal[114] of foreign confiscatory laws. The Court of Appeal[115] agreed with NOURSE J, at first instance, that confiscatory laws should be classified as follows:

Class 1 laws, which the English courts will not recognise:

A. Foreign confiscatory laws which, by reason of their being discriminatory on grounds of race, religion or the like, constitute so grave an infringement of human rights that they ought not to be recognised as laws at all.
B. Foreign laws which discriminate against nationals of this country in time of war by purporting to confiscate their moveable property situated in the foreign state.

Class 2 laws,[116] which will be recognised, but to which effect will not be given:

A. Foreign laws confiscating property situated in the foreign state, if they are penal.
B. Foreign laws which purport to confiscate property situated in this country.

Class 3 laws, to which effect will be given provided they do not fall within Class 1: Foreign laws which confiscate property in the foreign state and where title has been perfected there.[117]

It was argued, at first instance, by counsel for the defence that there was a further category within Class 1 of foreign confiscatory laws which are aimed at confiscating the property

[108] At 428, 433.
[109] At 428; see also 437 (per Lord MACKAY).
[110] At 428–429; see also 437–441 (per Lord MACKAY).
[111] At 429.
[112] At 429–430. Lord TEMPLEMAN rejected the suggestion that a receiver should be appointed to deal with English assets and to recover debts; cf F A Mann (1962) 11 ICLQ 471; (1986) 102 LQR 191.
[113] [1986] 1 AC 375 at 379.
[114] [1986] 1 AC 389; Forsyth [1985] CLJ 376.
[115] At 392, 414.
[116] On which see *Gotha City v Sotheby's (No 2)* (1998) Times, 8 October.
[117] This quotation is from *Settebello Ltd v Banco Totta* [1985] 1 WLR 1050 at 1056 where the Court of Appeal adopted the classification of NOURSE J in the *Williams and Humbert* case.

of particular individuals or classes of individuals,[118] but NOURSE J denied the existence of any such category. It was at this point that it was argued, unsuccessfully,[119] that on the facts of the case there was an attempt to enforce a foreign confiscatory law which was penal or a public law (Class 2A).

One final point to note about the *Williams and Humbert* case is that, seemingly, it introduces a principle that, for reasons of comity, a party cannot plead in a case of compulsory acquisition that the foreign government has acted in an oppressive way.[120] Neither will the English courts consider the merits of the compulsory acquisition or the motives of the foreign government.[121] What is new is the suggestion that such matters cannot even be pleaded by a party.

The last question which has to be asked is whether the principle of *Luther v Sagor* applies where the confiscated property, though situated within the jurisdiction of the confiscating state, belongs to aliens. This was the main issue raised in *Anglo-Iranian Oil Co v Jaffrate*, better known as *The Rose Mary*,[122] where the court took the view that *Luther v Sagor* does not condone the confiscation of movables belonging to an owner who is not a national of the confiscating state unless adequate compensation is paid to him in return. It has subsequently been held by UPJOHN J, however, that neither the nationality of the dispossessed owner nor the payment of compensation to him affects the general principle laid down in *Luther v Sagor* and other cases.[123] The principle is that English law recognises the extra-territorial effectiveness of confiscatory legislation passed by a foreign state in respect of movables situated within its territory or of contracts governed by its law, unless the object is to confiscate the property of individual persons or classes of persons.

(b) Property outside the foreign jurisdiction at time of decree

If the property was outside the territory of the confiscating or requisitioning sovereign at the time of the decree, whether in England, in a foreign country or on the high seas, the first task of the judge is to construe the decree in order to ascertain whether it is in terms confined to property within the jurisdiction or whether it purports to affect property outside the territory. It is for the judge to form his own opinion on this question after hearing the evidence of expert witnesses.

If he comes to the conclusion that the decree was neither expressly nor implicitly directed against property in other countries or on the high seas, then the question is no longer significant. This was the substantial basis of the House of Lords decision in *Lecouturier v Rey*.[124] Under a French statute, the Carthusian monks had been expelled from France and deprived of their property. They continued, but now in Spain, to

[118] [1986] 1 AC 375 at 381.
[119] See the judgment of NOURSE J at 382–386; the argument was also rejected in the Court of Appeal, LLOYD LJ dissenting; for the House of Lords see supra, pp 135–136.
[120] [1986] AC 368 at 431, 434, 436.
[121] See also *Settebello Ltd v Banco Totta* [1985] 1 WLR 1050—a case involving the issue of letters of request.
[122] [1953] 1 WLR 246.
[123] *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch 323. However, see O'Connell (1955) 4 ICLQ 270; Wortley, *Expropriation in Public International Law*, pp 33–36, 95; F A Mann (1954) 70 LQR 181, 188–190.
[124] [1910] AC 262; *The Jupiter (No 3)* [1927] P 122.

manufacture the liqueur known as Chartreuse, according to its original secret formula. Their Lordships held that the monks, rather than the French liquidator, were still free to exploit in England the reputation which Chartreuse had obtained there. The statute neither expressly nor by implication affected property outside France.

If, on the other hand, the judge comes to the conclusion that the foreign legislation is intended to have extra-territorial operation, the first general principle to be considered is that legislation has no extra-territorial effect. Broadly speaking, jurisdiction is coincident with power, and how can power be exerted within the territory of another sovereign?[125]

The clear implication of the territorial principle is that property situated, say, in England cannot be affected by a foreign decree of expropriation and that the rights of the owner remain unimpaired. Thus a Cuban law purporting to confiscate the copyright (situated in England) in certain Cuban musical works has been held to be ineffective.[126] The only doubt is whether the decree is effective against a national of the foreign state, since historical authority is not lacking for the view that the right to expropriate property may be based on the allegiance of its owner as well as upon its situs.[127] Whether this view is justifiable or not, it has found few adherents.[128] Thus in one case MAUGHAM J held that a Soviet confiscatory decree was ineffective with regard to property in England although the owner was a Soviet subject at the time of the decree.[129] The application of the principle, however, that the legislative power of a state is only territorial, may be frustrated by the impact of the equally well-established principle[130] that a foreign state or sovereign cannot normally be impleaded, for if the sovereign is in possession or control of the expropriated property, even though it may be in England, the owner is unable to enforce his rights.[131]

If property is not in the possession or control of the foreign state at the time of the proceedings and if it was outside the territorial jurisdiction of that state at the time of the expropriatory decree, it is now established that the rights of the owner are unaffected.[132] A contrary rule would conflict not only with the principle that legislative power is territorial, but also in the particular case of confiscation with the doctrine that the penal laws of another country will not be indirectly enforced in England.[133] Since the foreign state is not in possession at the time of the proceedings, the principle that the state is immune from the jurisdiction of the court has no application, for if the foreign state commences the proceedings this amounts to submission and there is no immunity.[134]

[125] *Jabbour (F & K) v Custodian of Israeli Absentee Property* [1954] 1 WLR 139 at 150, and authorities there cited; *Williams and Humbert Ltd v W and H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368 at 427–428.

[126] *Peer International Corpn v Termidor Music Publishers Ltd* [2003] EWCA Civ 1156, [2004] Ch 212; Osborne [2004] CLJ 567. See also *Société Eram Shipping Co Ltd v Cie Internationale de Navigation* [2003] UKHL 30 at [54], [80], [2004] 1 AC 260.

[127] McNair (1946) 31 Grotius Society 30, 35 et seq.

[128] But see *Lorentzen v Lydden & Co* [1942] 2 KB 202, infra.

[129] *Re Russian Bank for Foreign Trade* [1933] Ch 745.

[130] Governed now by the State Immunity Act 1978, infra, pp 490–501.

[131] Eg *Compañía Naviera Vascongado v SS Cristina* [1938] AC 485, though there would now not appear to be immunity in such a case involving a ship used for commercial purposes, by reason of the State Immunity Act 1978, s 10(2).

[132] *Tallinna Laevauhisus (A/S) v Estonian State Steamship Line* (1947) 80 Lloyd's Rep 99; *Novello & Co Ltd v Hinrichsen Edition Ltd* [1951] Ch 595; *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953] 1 QB 248.

[133] *Frankfurther v W L Exner Ltd* [1947] Ch 629 at 636–637.

[134] State Immunity Act 1978, s 2(3).

(c) Requisition of property

Owing to the decision of ATKINSON J in *Lorentzen v Lydden & Co*,[135] it was for some time doubtful whether an extra-territorial effect should not be attributed to the requisition, as distinct from the confiscation, of property by a foreign state. In that case the public policy exception was used in a positive way to give effect to a foreign government's act of requisition in relation to property situated in England. However, in *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford*,[136] DEVLIN J followed an earlier Scots decision[137] in preference to that of ATKINSON J. DEVLIN J favoured "the simple rule that generally property in England is subject to English law and to none other".[138] The position is now finally settled by the Court of Appeal in *Peer International Corpn v Termidor Music Publishers Ltd*,[139] where this simple rule was applied and *Lorentzen v Lydden* was overruled. It was held that the public policy exception could not be used in a positive way to give effect to a foreign government's confiscatory act in relation to property situated in England, ie to give that act a validity that it would not otherwise have. The Court distinguished *Kuwait Airways Corpn v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*,[140] which was concerned with the very different situation where public policy was used in a negative way to deny recognition to a foreign government's confiscatory act in relation to property situated in that country, ie to deny that act a validity that it would otherwise have. The *Peer* Case involved confiscation but it supports the wider principle that English law will not enforce foreign laws that purport to have extra-territorial effect, a principle that applies equally to non-confiscatory cases as it does to confiscatory cases.

3. FOREIGN LAWS REPUGNANT TO ENGLISH PUBLIC POLICY[141]

(a) General principles

It is a well-established principle that any action brought in this country is subject to the English doctrine of public policy. Certain heads of the domestic doctrine of public policy command such respect, and certain foreign laws and institutions seem so repugnant to English notions and ideals, that the English view must prevail in proceedings in this country, for SCARMAN J has said that "an English court will refuse to apply a law which outrages its sense of justice and decency".[142] However, he also struck a note of caution in

[135] [1942] 2 KB 202.

[136] [1953] 1 QB 248.

[137] *The El Condado* (1939) 63 Lloyd's Rep 330, 1939 SC 413.

[138] [1953] 1 QB 248 at 260.

[139] [2003] EWCA Civ 1156, [2004] Ch 212.

[140] [2002] 2 AC 883, HL; discussed further supra, pp 134–135 and infra, pp 145–146.

[141] On this subject see Kahn-Freund (1953) 39 Grotius Society 39; Nygh (1964) 13 ICLQ 39; Kahn-Freund (1974) III Hague Recueil 139, 426–431; F A Mann, *Foreign Affairs in English Courts*, (1986), chapter 8; Sammartano and Morse, *Public Policy in Transnational Relationships* (1992); Lagarde, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol III, chapter II; Bucher (1993-II) 239 Hague Recueil 13; Carter (1993) 42 ICLQ 1; Enonchong (1996) 45 ICLQ 633; Leslie [1995] Jur Rev 477; Blom [2003] NILR 373.

[142] *Re Fuld's Estate (No 3)* [1968] P 675 at 698. See also *Kuwait Airways Corpn v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19 at [16] (per Lord NICHOLLS), [2002] 2 AC 883.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

by

M. WOLFF
Oxford University Press

1945

М. ВОЛЬФ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Перевод с английского
С. М. РАПОПОРТ

Под редакцией и с предисловием
проф. Л. А. ЛУНЦ

1948
Государственное издательство
ИНОСТРАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ
Москва

ствиям, не вызывающим каких-либо возражений[1]. Хотя полигамический брак, законно заключенный в Индии, не может быть признан в Европе, но не будет нарушением основных европейских принципов признание законнорожденности всех детей, рожденных от различных жен, или разрешение этим детям наследовать их отцу, умершему без завещания[2]. Не дело судов любой страны критиковать иностранные нормы как таковые; для них достаточно критически исследовать последствия применения иностранного права в данном отдельном случае.

162. Исключение применения иностранного публичного права

II. Иногда доктриной «публичного порядка» пользовались для объяснения исключения применения иностранного п у б л и ч н о г о п р а в а. Такое использование этой доктрины едва ли может быть оправдано. Верно, что ни одно государство не будет склонно принуждать к исполнению иностранного конституционного или административного закона, в частности, закона о налогах, или иностранного уголовного или процессуального права. Но причину этого следует искать не в собственном «публичном порядке» данного государства, а в том, что эти отрасли права имеют или, в соответствии с международным правом, должны были бы иметь строго территориальный характер, так как, вообще говоря, в задачи одного суверенного государства не входит защита интересов другого суверенного государства как такового.

В области международного частного права исключение применения иностранного публичного права проявляется в следующем:

163. Уголовное право

1) Иностранное уголовное право неприменимо[3]. Это правило означает не только то, что суды не могут осуждать за уголовный проступок, связанный с нарушением иностранной уголовной нормы, но подразумевает также, что они откажут в принудительном исполнении иностранных приговоров, вынесенных по уголовным делам[4]. Таким образом, иск об уплате

[1] Эта норма (включенная в ст. 30 германского Вводного закона) была разработана задолго до составления германского кодекса. См. *Fiore*, Trattato, 1, 257. *von Bar*, 1, 128 и др.

[2] Английское право еще не разрешило этого вопроса. См. об этом *Beckett*, 48 L. Q. R. 341; *Cheshire*, pp. 318, 380.

[3] По американскому делу The Antelope (цитированному в решении по делу Huntington v. Attrill (1893). A. C. (P. C.) 150, 156) судья Маршалл установил норму: «Ни в одной стране суды не применяют уголовных законов другой страны». См. Banco de Vizcaja v. Don Alfonso de Borbon y Austria (1935) 1 K. B. 140, 144[21].

[4] Huntington v. Attrill, loc cit., Raulin v. Fischer (1911). 2 K. B. 93.

денежного штрафа, наложенного иностранным судом, не может быть предъявлен в английском суде. Уголовное право в строгом смысле слова означает право, налагающее наказание за преступления против общества (государства, нации, городской общины и т. д.) или его представителей (правительства). Когда наказание заключается в штрафе, цель, для которой предназначаются деньги, не создает различия для характеристики природы нормы, на основании которой этот штраф наложен; она является карательной, независимо от того, поступают ли деньги государству, или государственному должностному лицу (чиновнику), или заявителю, или даже, если часть денег выплачивается частному лицу, пострадавшему от преступления. Однако частные штрафы,—например, удвоенная сумма претензии в случае неправильного отрицания долга должником[1],—не носят уголовного характера[2], и пеня, подлежащая уплате в случае неисполнения договора и установленная договаривающимися сторонами, может быть признана действительной английским судом и взыскана в принудительном порядке, согласно иностранному закону, даже если такая пеня считается недействительной по английскому внутреннему материальному гражданскому праву[3]. Когда речь идет о таком преступлении, как супружеская измена, наказание может заключаться в запрещении вступить в брак после развода: так, например, швейцарский закон запрещает виновной стороне вступить в новый брак в течение определенного периода[4], а закон Капской колонии запрещает второй брак до тех пор, пока пострадавшая сторона не вступит в брак. Ни одна из этих норм не рассматривается как применимая за границей[5]. Английское право придало термину «уголовный» очень широкое значение. Конфискация имущества испанского экс-короля

[1] Римское право: «*lis in itiatione crescit in duplum*» (отрицаемая претензия возрастает вдвое). Dig. 9, 2, 2, 1, Inst. IV, 6, 19, 23, 26.

[2] См. Huntington v. Attrill, loc. cit., p. 157, 159. Против: многие американские решения. См. *Goodrich*, pp. 13, 14.

[3] Law v. Local Board of Redditch (1892) I. Q. B. 127, 133: Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude (1915) 3 K. B. 66, 72.

[4] Швейцарский гражданский кодекс, ст. 150. См. решение берлинского апелляционного суда в Rabel's Z. I. P. Rechtspr. 1932, S. 179.

[5] Scott v. Att. Gen. (1886) II P. D. 128, *van Leeuwen*, Commentaries on Rom.—Dutch Law (2nd ed., 1921) I. 117. См. Warter v. Warter (1890) 15 P. D. 152, 155. Спрашивается: имеет ли действительно эта римско-голландская норма уголовный (карательный) характер? Так называемый развод (с точки зрения этого права) представляет собой нечто среднее между настоящим разводом (т. е. расторжением всех уз) и судебным разлучением; это—судебное разлучение, дающее невиновной стороне право вступать в новый брак. До тех пор, пока она не воспользуется этим правом, ее первый брак расторгнут quoad vinculum (как узы).

Альфонса во время испанской революции была квалифицирована как карательная мера[1] [21]. То же имело место в отношении французского закона 1901 г., касающегося ассоциаций, поскольку он ограничивал права религиозных конгрегаций и предписывал ликвидацию имущества неразрешенных религиозных обществ[2]. Статус осужденного расточителя[3] и, вообще говоря, любой личный статус, не известный английскому праву, рассматривается как «уголовный»* или, по крайней мере, игнорируется, как если бы он был уголовным[4]. Примерами могут служить: рабство, гражданская смерть, бесчестие, полигамический брак и все виды ограничений право- и дееспособности по религиозным, расовым или кастовым основаниям. Английский суд, следовательно, не признает препятствий к браку, основанных на *disparitas cultas* (различии культов) или *mixto religio* и разработанных каноническим правом. Он также (вероятно) отказался бы применять так называемые нюрнбергские законы германского «национал-социалистского» правительства[5], запрещавшие евреям-мужчинам нанимать в качестве домашних слуг немок-ариек в возрасте моложе тридцати пяти лет и воспрещавшие браки между немцами-арийцами и евреями (любого гражданства). Ибо статусы «ариец», «еврей», «полуеврей» и «четверть-еврей», на которых эти постановления основаны, неизвестны английскому праву[6]. Следовательно, ан-

[1] Banco de Vizcaja v. Don Alfonso di Borbon y Austria (1935) 1 K. B. 140, 144.

[2] Lecouturier v. Rey (1910) A. C. 262, 265.

[3] Worms v. De Valdor (1880) 49 L. J. Ch. 261. In re Selot's Trust (1902) 1 Ch. 488.

* Под уголовным статусом (penal status) автор разумеет статус, связанный с совершением какого-либо деликта или вытекающий из факта применения к лицу репрессивной меры. (*Прим. перев.*)

[4] Едва ли можно рассматривать статус лица, живущего в полигамическом браке, или монаха, или усыновленного (до издания закона от 1926 г. об усыновлении детей) как «уголовный» статус. Во всяком случае, статус ни одного из перечисленных лиц, за исключением усыновленных после издания закона от 1926 г., в Англии не признается.

[5] От 15 сентября и 14 ноября 1935 г.

[6] Большинство стран, повидимому, отказывается применять нюрнбергские законы, как противоречащие публичному порядку, если только они сами тоже не ввели у себя запрещений браков по расовым основаниям, как это сделано в большинстве южных штатов США в отношении браков между белыми и черными. (См. Restatement, 132. *Beale*. II, 691). Затруднения, однако, возникают для Нидерландов и Швейцарии, связанных Гаагской конвенцией от 1902 г. о коллизионных нормах в отношении браков. Согласно этой конвенции (ст. 2), странам, ее подписавшим, не разрешается отвергать по соображениям публичного порядка какие бы то ни было препятствия, установленные законом гражданства супругов, за исключением только препятствий, основанных на религиозных мотивах. В некоторых решениях голландских судов нюрнбергские запреты оставлены без внимания отчасти потому, что конвенция расовых различий неизвестна голландскому праву, отчасти по мотивам голландского публичного порядка [12]. См. Rabel's Z. II (1937) 206; *Sichel*, 45 Jale L. J. 1936, 1463; *Janowskt and Fogen*, International Aspects of German Racial Policies, N. York, 1937, *Foster*, Theorie anglaise, p. 129, частично отличается от *Cheshire*, 148, 149; *Schröder*, Nouv. Rev. 4, 275.

глийский суд, во-первых, отказался бы объявить брак недействительным на том основании, что он противоречит этим нормам, и, во-вторых, английский регистратор, вероятно, разрешил бы брак, даже если он знал бы, что одна из сторон — еврейского, а другая — «германо-арийского» происхождения.

164. Административное право

2) Иностранное административное право территориально по своему характеру и поэтому не может быть подвергнуто принудительному исполнению в Англии. Это, в частности, относится к иностранному законодательству о государственных доходах, например о налогах[1], о местных сборах[2], о претензиях иностранных местных властей (возникающих по закону о бедных) к родственникам недостаточных лиц об участии в расходах по их содержанию и т. п. Само собой понятно, что принудительное исполнение воинских обязанностей, предписанных иностранным полицейским приказом, всецело относится к компетенции властей той иностранной территории, на которой эти обязанности возникли. Но было бы преувеличением утверждать, как это часто делалось, что всякое «применение» иностранного публичного права исключается ввиду его территориального характера. Приведем следующие примеры:

165. Действительность иностранных государственных актов

а) Часто возникает вопрос о том, был ли определенный закон иностранного государства введен в действие законным образом, в частности, совместим ли он с конституцией этого государства; например, когда иностранное правительство, бежавшее в Лондон, издает там свои указы[3]. Ответ на такого рода вопросы может быть дан только конституционным законом соответствующего иностранного государства. Английский суд должен будет исследовать конституционность иностранного

[1] Holman v. Johnson (1775) Cowp. 341, 343. Foster v. Driscoll (1929) 1 K. B. 470, 496, 518. Queen of Holland v. Drukker (1928) Ch. 877, 884).

[2] Municipal Council of Sydney v. Bull (1909), K. B. 12: «этот иск аналогичен иску, предъявленному в одной стране, о приведении в исполнение налоговых законов другой страны».

[3] In re Amand (1941) 2 K. B. 239, 252; Fedozzi, 27 Rec. (1929, II) 221. *F. A. Mann*. 59 L. Q. R. (1943) 53, 155.

закона такими же методами, как это сделал бы иностранный суд в соответствии с законодательством своей страны.

б) В случае заключения договора между английской компанией и иностранным государством, вопрос о правомочности данного лица действовать от имени государства разрешается иностранным административным правом.

в) Если договор страхования, согласно «свойственному ему праву», недействителен потому, что в момент его заключения страховая компания не была надлежащим образом разрешена соответствующей административной властью[1],— английский суд должен будет принять во внимание такие последствия нарушения иностранного административного права (недействительности договора).

166. Иностранные ограничения торговли

г) Иностранные суды должны при вынесении решений по договорам о поставке или транспортировке запрещенных товаров в страну, установившую такой запрет, принимать во внимание законы, запрещающие ввоз некоторых товаров (вина, спирта, наркотических средств). Ибо если «свойственным договору» правом является право данной страны, договор является недействительным и суд обязан признать его таковым. Но если даже договор подчиняется другому праву—*lex fori* или закону третьей страны, английское право откажет в принудительном исполнении такого договора, так как английский суд «не будет содействовать или санкционировать нарушение законов других независимых государств»[2].

В других европейских странах такого правила, повидимому, не существует. Таким образом, на континенте, вообще говоря, договоры, нарушающие иностранные импортные ограничения, будут признаваться действительными, если только не имеется особых оснований рассматривать их как противоречащие добрым нравам. Германское право, например, считает договор недействительным, если ограничение импорта вызвано соображениями общественного здравоохранения, как это имеет место при издании противоалкогольных законов; договор действителен, если закон служит целям экономической политики государства[3].

д) Аналогичная проблема возникает при установлении иностранного валютного регулирования, запрещающего вывоз

[1] См. решение гамбургского апелляционного суда Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung, т. VII, Annex, p. 37, No. 372 (1907).

[2] Ralli Bros. v. Compañia Naviera Sota y Aznar (1920) 2 K. B. 287, 304 (судья Скраттон); Foster v. Driscoll (1929). 1 K. B. 470.

[3] Германский верховный суд. Jur. W., 1927. 2288.

денежных средств, распоряжение банковскими депозитами иностранцев, ввоз национальных банкнот и другие сделки, могущие отрицательно воздействовать на валютный курс. Если закон, установивший такие ограничения, является «свойственным данному договору правом», эти ограничения принципиально будут применяться, но может также случиться, что в их применении будет отказано по соображениям публичного порядка[1].

167. Иностранное военное право

е) Другая известная иллюстрация применимости иностранного административного права относится к бракам военнослужащих германских вооруженных сил. Такие лица должны получать разрешение на брак от своих высших офицеров. Гаагская конвенция по международному частному праву о браке содержит норму, по которой условия брака регулируются законом гражданства сторон. Препятствует ли это французскому или бельгийскому органу, регистрирующему браки, разрешать браки немецким дезертирам, которые, конечно, не имеют такого разрешения? В Германии на этот вопрос был дан утвердительный ответ; Франция и Бельгия противятся такому взгляду[2], так как германский военный закон не имел в виду конвенции по международному частному праву. Буквальный текст конвенции поддерживал германскую точку зрения, а ее дух—французскую.

168. Нарушение иностранных норм

ж) «Территориальный характер» иностранного публичного права не освобождает нарушителя иностранной нормы в пределах иностранного государства от обязанности возмещения убытков в Англии, при условии, что по английскому закону мог бы быть предъявлен иск о причиненном ущербе, если бы такой ущерб был причинен в Англии[3]. Бывает даже, хотя и редко, что закон какой-либо страны *X* прямо устанавливает, что нарушение определенных административных правил других стран создает ответственность в стране *X*[4].

[1] Об этом см. дальше, § 456.

[2] Три упомянутые страны были участниками конвенции: см. выше, § 40. Франция отказалась от участия в конвенции в 1914 г., Бельгия—в 1919 г.

[3] См. дальше, § 470.

[4] Пример: германский торговый кодекс 1897 г., § 515: «Если капитан судна не соблюдает за границей действующих там правил, в частности полицейских, налоговых и таможенных законов, он должен возместить убыток, возникающий из такого несоблюдения (например, собственнику судна или фрахтовщику)». См. *Neumeyer*, Internat. Verwaltungsrecht, III, 177; IV, 193.

3) В отношении налогового права следует отметить, что английские суды, хотя прямо и не принуждают к исполнению обязательств по уплате налогов или гербовых сборов, признают недействительность письменных договоров, не оплаченных гербовым сбором в соответствии с налоговым законодательством места их совершения [1].

169. Публичный порядок. Принцип

III. Континентальная концепция «публичного порядка» (ordre public), как исключающая применение иностранного права, в Англии появляется под термином «public policy»[2]. Но здесь эта концепция играет меньшую и менее существенную роль, чем на континенте. Английские суды не решаются поднимать вопрос о том, соответствует ли какая-либо иностранная норма английским принципам справедливости или не соответствует. Судья Скраттон сформулировал это положение следующим образом: «Должно казаться серьезным нарушением международной вежливости, если в отношении государства, признанного в качестве суверенного и независимого, предполагать, что его законодательство противно существенным принципам справедливости и морали; такое утверждение может легко стать *casus belli* для задетого им правительства[3], и должно, на мой взгляд, исходить от суверена, действующего через министров, а не от судьи»[4]. Другая причина такой позиции судов кроется в том, что обычные английские коллизионные нормы дают достаточно оснований для достижения тех же результатов, какие на континенте достигают через применение неопределенного понятия публичного порядка.

[1] См., например, Alves v. Hodgson (1797) T. R., 241; Clegg v. Levy (1812) 3 Camp. 166; Bristow. v. Sequeville (1850) 5, Ex. 275, 279.

[2] Когда составляется два аутентичных текста государственного договора на английском и французском языках, термины «ordre public» и «public policy» употребляются как равнозначащие. Пример: Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г., ст. 1 (e).

[3] Оставляя в стороне очевидное преувеличение, содержащееся в этих словах, следует указать, что, когда английский суд утверждает, что данное иностранное постановление несовместимо с «существенными принципами справедливости и морали», он имеет в виду английские понятия об этих качествах и не относится к расходящимся с ним иностранным мнениям с неуважением. Суд может считать, что иностранное понятие ниже английского, но он едва ли будет возражать иностранным судьям, подчеркивающим, наоборот, свое убеждение в превосходстве их собственных понятий о справедливости и морали.

[4] По делу A. M. Luther v. Sagor and Co. (1921) 3 K. B. 532, 558, 559 [13].

170. Английские заместители принципа публичного порядка

1. Английские суды рассматривают в качестве процессуальных многие правовые институты, которые было бы правильнее рассматривать как институты материального права. Германский верховный суд ссылался на принцип публичного порядка для того, чтобы исключить применение швейцарского постановления, по которому определенные долги не погашаются исковой давностью [1]. Английское право достигает такого же результата, устанавливая, что исковая давность является процессуальным вопросом [2] и, следовательно, регулируется законом суда (*lex fori*)[3].

2. В Англии исключение применения иностранного права по соображениям публичного порядка в континентальном его понимании достигается, кроме того, еще очень широким применением понятия «уголовное право». См. об этом выше, § 163.

3. Английские нормы о юрисдикции в некоторых случаях влекут за собой неприменение иностранного материального права. Так, например, в делах о разводе английским судам не может представиться случая для вынесения решения о том, противоречит ли английскому публичному порядку какое-либо основание для развода, признанное иностранной правовой системой, но неизвестное английскому праву. По французскому закону, развод регулируется законом гражданства супругов, и если, согласно этому закону, развод допустим при обоюдном согласии супругов или вследствие умопомешательства ответчика,—французские суды вынуждены прибегнуть к концепции публичного порядка для того, чтобы исключить применение таких оснований для развода во Франции [4]. В Англии такой вопрос не возникает, так как английский суд обладает юрисдикцией в отношении развода только в том случае, если муж имеет английский домицилий[5], и в этом случае применяется исключительно английское право. Приведем другой пример: в штате Массачусетс суды не обладают юрисдикцией в отношении исков, касающихся имущественных споров между супругами даже в том случае, если (материальное, субъективное) право, принудительного осуществления которого добивается один из супругов, законно возникло в иностранном государстве. В отношении коллизионного права Соединенных Штатов Бил устанавливает общее правило, гласящее, что

[1] Германский верховный суд, Off. Coll., 106, 83.

[2] См. *Husserl*, Virginia L. R., November 1939, 47 et seq.

[3] О других так называемых процессуальных нормах английского права, исключающих применение иностранного права, см. дальше, §§ 218—227.

[4] *Niboyet*, Manuel, No. 638.

[5] Не считая ст. 13 Matrimonial Causes Act, 1937; см. выше, § 73.

RESEARCH CENTER FOR PRIVATE LAW

MCGILL UNIVERSITY FACULTY OF LAW
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY

Series
MODERN FOREIGN
AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

A Collection of Foreign Statutes

Preface by Prof. A.L. Makovsky

Edited and compiled by A.I. Muranov and A.N. Zhiltsov

Introduction by A.I. Muranov and A.N. Zhiltsov

СТАТУТ
MOSCOW 2001

ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ УНИВЕРСИТЕТА МАК-ГИЛЛ
ИНСТИТУТ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

КАНАДСКОЕ АГЕНТСТВО МЕЖДУНАРОДНОГО РАЗВИТИЯ

Серия
СОВРЕМЕННОЕ ЗАРУБЕЖНОЕ
И МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Иностранное законодательство

Автор предисловия: профессор А.Л. Маковский

Составители, научные редакторы и авторы введения:
канд. юрид. наук А.Н. Жильцов
канд. юрид. наук А.И. Муранов

СТАТУТ
МОСКВА 2001

7. Процесс публицизации права также привел к переоценке роли принципа «односторонности» в современном коллизионном регулировании. Как известно, традиционный подход состоял в том, чтобы делить коллизионные нормы на односторонние и двусторонние, причем количество первых в национальных законодательствах было относительно невелико, так как считалось, что иностранное право применяется только в случаях, предусмотренных двусторонними коллизионными нормами, а за пределами таких случаев применяется *lex fori*, так что в итоге роль односторонних коллизионных норм, по большому счету, сводилась к установлению исключений из действия двусторонних норм в пользу применения в той или иной ситуации *lege fori* (или же просто к особому подчеркиванию его применимости, которая и так была очевидна). Иными словами, по общему традиционному правилу при помощи односторонних коллизионных норм специально очерчивались, расширялись или сужались пределы действия национального права применительно к отношениям с иностранным элементом: в одном случае такое правоотношение могло подпадать под *lex fori*, а в другом не подпадать. В современных условиях, учитывая сложность правоотношений с иностранными элементами, отличающиеся требования *lege fori* в различных ситуациях и большую наполненность его императивным содержанием, использование традиционных односторонних коллизионных норм привело бы к резкому увеличению их количества, что было бы с точки зрения юридической техники очень неудобно, а главное – бессмысленно: все варианты все равно не удалось бы предусмотреть. В таких условиях введение института применения сверхимперативных норм *lege fori* модифицировало односторонний подход в коллизионном регулировании за счет устранения традиционных коллизионных норм как, в целом, лишнего звена и за счет предложения определять применимость *lege fori* исходя в отдельных ситуациях из содержания и целей некоторых его особых материально-правовых положений. В том случае, когда такие содержание и цели указывают на настоятельную необходимость применения нормы *lege fori* к правоотношению с иностранным элементом, это применение должно быть осуществлено, несмотря на указание двусторонней коллизионной нормы, и тем самым пределы применения *lege fori* расширяются. Результат был бы тем же самым, если бы рядом с двусторонней нормой присутствовала бы односторонняя, действие которой было бы направлено на обеспечение применения тех же самых особых материально-правовых положений *lege fori*. Однако в первом случае достигается экономия в действии коллизионного механизма, а второй случай в сложных ситуациях вообще нереализуем. Описанный алгоритм именуется «односторонним» как раз потому, что он направлен на достижение односторонней задачи: установление границ действия только одного *lege fori*, а не *lege fori* в совокупности с *lex extraneae*.

Соответственно, на сегодняшний день регулирование правоотношений с иностранным элементом находится в состоянии, когда в нем наряду с материально-правовым методом регулирования и коллизионным методом, использующим традиционные двусторонние и односторонние коллизионные нормы, появился и третий, дополнительный метод, направленный на установление исключения из принципа действия двусторонних норм (или дополнение такого действия) за счет содержания и целей материально-правовых норм. Поскольку этот третий метод основан на использовании материально-правовых норм, но в то же время направлен на нейтрализацию в порядке исключения иностранного права (либо на дополнение применения последнего еще и другими нормами) за счет расширения сферы действия *lege fori* или третьего иностранного права, его можно было бы назвать «экстраординарно-односторонним материально-правовым методом». Впрочем, другое его наименование: «институт применения сверхимперативных норм» является гораздо более удачным, хотя, с другой стороны, слово «институт» не совсем дает почувствовать то, что в основе применения таких норм лежит особый метод, использование которого придает современному международному частному праву особую специфику (заметим также, что такой метод определения применимости закона исходя из его содержания и целей использовался еще в средние века в теории статутов, так что сегодня она в некотором смысле переживает возрождение, а это, в свою очередь, показывает также связь времен). При этом следует отметить следующее очень важное обстоятельство, без которого оценка нового места принципа «однородности» была бы неполной: *lex fori* во многом перестает быть средством отрицания применимости иностранного закона, но превращается в то, что можно назвать «последним убежищем» правоприменителя в сложных коллизионных ситуациях.

Таким образом, в современном международном частном праве значение традиционных односторонних коллизионных норм в итоге существенно снизилось, но, с другой стороны, принцип «односторонности» сам по себе укоренился достаточно глубоко. Можно утверждать, что это своего рода проявления баланса в международном частном праве между устремлением применять иностранный закон и необходимостью думать о применении закона суда: увеличение количества двусторонних коллизионных норм компенсировано укреплением принципа «односторонности» в новом его проявлении.

8. Современное коллизионное право также пришло к выводу о том, что традиционная методология использования заранее известных коллизионных норм с абстрактным объемом и негибкой привязкой не всегда отвечает современным реалиям международного гражданского и торгового оборота и может приводить к несправедливым или даже абсурдным результатам. В итоге в этой сфере права стали использоваться более гибкие подходы (например, закрепление принципа «наиболее тес-

Internationales Devisenrecht

von

Prof. Dr. Werner F. Ebke, LL.M. (Berkeley)
Ordinarius für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Steuerrecht
sowie Internationales Privatrecht an der Universität Konstanz
Attorney at Law, New York

Verlag Recht und Wirtschaft GmbH
Heidelberg

Вернер Ф. Эбке

Международное валютное право

Москва
«Международные отношения»
1997

B. Международное частное валютное право и Договор о МВФ

Английский текст ст. VIII, разд. 2(b) Договора о МВФ, относящийся к рассматриваемой теме, гласит:

> «(b) Валютные контракты, которые затрагивают валюту какого-либо из государств-членов и которые заключены в нарушение валютного контроля этого государства-члена, действующего или введенного в соответствии с настоящим Договором, лишены исковой силы на территории любого из государств-членов. Кроме того, государства-члены могут по взаимной договоренности сотрудничать в вопросах применения мер, направленных на усиление эффективности валютного контроля каждого из них, если такие меры и регулирование не противоречат настоящему Договору»[1].

Договор о МВФ был составлен лишь на английском языке. Ныне он переведен на многие языки[2]. Но Фонд ни один из них не признал в качестве официального. Это относится и к немецкому переводу, опубликованному в «Федеральном юридическом вестнике»[3]. Поэтому с точки зрения международного права юридическую силу имеет только английский оригинал. Изменения и дополнения к Договору о МВФ 1968 и 1976 годов не затронули оригинального текста ст. VIII, разд. 2(b). В немецком же переводе в связи с внесением в Договор повторных изменений ст. VIII, разд. 2(b), была редакционно переработана и гласит:

> «(b) Те из валютных контрактов, которые касаются валюты одного из государств—членов Фонда и нарушают нормы его валютного контроля, действующие или введенные в соответствии с настоящим Договором, не могут быть обжалованы в судебном порядке»[4].

Таким образом, немецкий перевод в ряде мест неточен и, соответственно, неясен. Это касается прежде всего перевода термина «валютные контракты» (exchange contracts) и предписанных правовых последствий: «Не подлежат удовлетворению в судебном порядке» (shall be unenforceable). Этими неточностями и неясностями объясняются особенности применения ст. VIII, разд. 2(b) немецкими судами, которые исходят в своей практике из необязательного в международно-правовом смысле немецкого перевода.

Статья VIII, разд. 2(b) создала после окончания Второй мировой войны «новый юридический климат» (un nouveau climat juridique)[5], хотя законодатели многих государств—членов МВФ, трансформируя ст. VIII, разд. 2(b) в национальное право, вряд ли могли в полной мере оценить важность его норм[6]. Статья VIII, разд. 2(b) обязывает государства—члены Фонда соблюдать не противоречащие Договору о МВФ нормы валютного контроля (exchange control regulations) (Devisenkontrollbestimmungen; contrôle des changes), даже если эти нормы не являются нормами (международного) договорного права[7] (lex contractus). Согласно этой статье, не действует и принцип территориальности. Отныне государство суда, являющееся членом МВФ, не может на его основании отказать в признании норм валютного регулирования другого государства-члена, если эти нормы соответствуют Договору о МВФ[8].

Не действует и устаревший принцип неприменимости иностранного публичного права (revenue rule)[9]. Признание норм валютного контроля иностранного государства в стране суда, согласно ст. VIII, разд. 2(b), не зависит от того, установлены между ними дипломатические отношения или нет. Определяющую роль играют лишь факт их членства в МВФ[10] и обязательство признавать соответствующие Договору о МВФ нормы валютного контроля, которое действует независимо от того, конвертировали ли члены МВФ свою валюту согласно ст. VIII, разд. 2(b), 3 и 4 или пользуются оговоркой ст. XIV, разд. 2 Договора о МВФ 1978 года[11].

Действие ст. VIII, разд. 2(b) подтверждено во многих международных контрактах и договорах. Так, например, в Договор о дружбе, торговле и мореплавании между Германией и США от 29 октября 1954 г.[12] включена норма, согласно которой этот Договор не нарушает обязательств сторон, вытекающих из их членства в МВФ[13]. Все договоры США подобного типа содержат аналогичные нормы[14]. То же самое относится и к договорам о защите капиталовложений, которые ФРГ заключила с рядом иностранных государств в интересах своих граждан и компаний, осуществляющих инвестиции за рубежом.

Кодексы ОЭСР о либерализации международных расчетов и движения капиталов не оставляют сомнений в том, что международные обязательства, уже взятые на себя членами этой организации в данной сфере, не затрагиваются этими актами[15]. Это относится и к Договору о ЕС. В его ст. 234 подчеркивается, что Договор о ЕС не затрагивает договоров государств—членов ЕС с третьими странами[16]. К международным договорам в смысле ст. 234 относятся Договоры о МВФ и о МБРР, а также Лондонский договор о германских долгах 1953 года[17]. Наконец, следует упомянуть Свод (третий) законов США о международных отношениях, в котором содержится норма, полностью воспроизводящая ст. VIII, разд. 2(b).

I. Общие принципы

Прежде чем перейти к детальному рассмотрению особенностей ст. VIII, разд. 2(b), представляется целесообразным обратиться к общим принципам этой нормы[18].

1. Норма непрямого действия[19]

Статья VIII, разд. 2(b) не является нормой прямого действия. Она не наделяет частных лиц правами и обязанностями, что видно из ст. XX, разд. 2(a) Бреттон-Вудского соглашения. Эта статья обязывает государства—члены Фонда предпринять в соответствии с их национальными правопорядками необходимые шаги для выполнения своих обязательств по этому соглашению. Государства-члены сами выбирают способы реализации этих обязательств[20]. Первоначаль-

ные члены МВФ обязаны уведомлять[21] Фонд о выполнении ст. VIII, разд. 2(b), точно так же, как и присоединившиеся позднее[22].

ФРГ выполнила свои обязательства, вытекающие из ст. XX, разд. 2(a) Бреттон-Вудского соглашения[23]. Это относится и почти ко всем членам МВФ, в частности к Франции[24], Великобритании[25], Италии[26] и США[27]. Не ясно, трансформировали ли Австралия[28], Мексика[29] и Швеция[30] ст. VIII, разд. 2(b) в национальное законодательство. Для немецкого судьи отсутствие трансформации в указанных странах несущественно. Статья VIII, разд. 2(b) применяется и к странам, которые не трансформировали ее собственное законодательство[31].

Трансформация статьи государствами—членами МВФ делает ее частью национального правопорядка. И она как таковая становится нормой прямого действия, наделяя частных лиц правами и обязанностями. Сфера ее действия ограничивает применение общего коллизионного права[32]. Эта статья обязывает не только суды и исполнительную власть государств-членов, но и весь их «государственный аппарат»[33]. Это четко и однозначно подтверждено в 1949 году первым (и пока единственным) обязательным для государств-членов толкованием Исполнительной дирекции МВФ ст. VIII, разд. 2(b)[34]. Однако нет никаких сведений о практическом ее применении их исполнительной властью МВФ[35].

2. Статья VIII, разд. 2(b) Договора о МВФ и арбитражная юрисдикция

Вопрос о применении ст. VIII, разд. 2(b) арбитражами до сих пор мало изучен. Научная дискуссия по данной проблеме находится еще в зачаточном состоянии. Нет и всеобъемлющего анализа арбитражной практики по применению ст. VIII, разд. 2(b)[36]. Это не в последнюю очередь связано с тем, что решения арбитражей редко публикуются и потому труднодоступны для научных исследований. Недавно Голд[37] и Сандрок[38] занялись выяснением вопроса о компетенции арбитражей в отношении ст. VIII, разд. 2(b). Беглого взгляда на немногочисленные опубликованные решения международных и национальных арбитражей достаточно, чтобы убедиться, что ст. VIII, разд. 2(b) ими редко применяется, иногда неправильно толкуется и в большинстве случаев вообще не принимается во внимание[39]. Наглядный пример приводит Лев, описывая ход арбитражного разбирательства при Международной торговой палате, в процессе которого ответчик защищался с помощью ст. VIII, разд. 2(b) от обвинений, выдвинутых истцом[40].

а) Пример из практики

Суть дела заключалась в следующем: пакистанский производитель цемента по контракту с индийской фирмой обязался погасить долг поставками определенного количества цемента в четко оговоренные сроки. Ответчик, пакистанский банк, обязался, в свою очередь, в гарантийном контракте с этой индийской фирмой выплачивать ей по 94 пакистанской рупии за каждую тонну цемента, если пакистанский должник не выполнит контрактных обязательств по поставке цемента. Из-за индийско-пакистанского конфликта были введены ограничения на взаимные поставки, и пакистанский производитель не смог в этой связи поставить обещанный цемент в Индию. Ответчик, пакистанский банк, отказался осуществить согласованные в контракте платежи. В последующем арбитражном разбирательстве он апеллировал к ст. VIII, разд. 2(b). Арбитр счел эту

статью неприменимой в данном случае, поскольку Договор о МВФ обязывает только государства (а не частных лиц). Как отмечалось в арбитражном решении,

> «физические и юридические лица не наделяются по Договору правами. Ответчики не могут в данном случае ссылаться на имевшее место или предполагаемое нарушение Индией норм пакистанского валютного контроля, так как... (ii) любое такое нарушение является нарушением норм межгосударственного договора. Эти нормы не действуют ни в отношении ответчика, ни в отношении истца»[41].

Эти выводы представляются спорными. Арбитры правильно определили ст. VIII, разд. 2(b), как норму непрямого действия[42]. Но они игнорировали тот факт, что Индия[43] и Пакистан[44] трансформировали эту статью в свои национальные правопорядки. И, соответственно, на нее могли ссылаться и частные лица этих стран. Арбитраж не имел права в любом случае уклониться от применения ст. VIII, разд. 2(b), если одна или обе стороны в процессе на нее ссылаются.

б) Применение ex officio

Но подлежит ли применению арбитражем ст. VIII, разд. 2(b), если стороны на нее не ссылаются? Как будет показано, суды и исполнительная власть государств—членов МВФ, исходя из императивной природы[45] и целей данной статьи, обязаны применять ее ex officio, если применение нормы вытекает из сути рассматриваемого спора[46]. Это действует в отношении немецких и международных арбитражей, так как в противном случае защитная цель ст. VIII, разд. 2(b) в арбитражных разбирательствах, значение которых постоянно растет, может быть легко сведена на нет[47].

Ничего не меняет в этом вопросе и тот факт, что положения о международных арбитражах предоставляют арбитрам довольно широкое поле деятельности в том, что касается применения коллизионных норм[48]. В частности, арбитражи не могут применить другую коллизионную норму, обычно применявшуюся еще до вступления в силу Бреттон-Вудского соглашения (например, даже если она «более уместна», чем ст. VIII, разд. 2(b)). Однако следует учитывать, что не существует единства мнений в международном праве по вопросу о том, является ли ст. VIII, разд. 2(b) коллизионной нормой[49]. И хотя этому не стоит придавать большого значения[50], тем не менее такой вопрос может сыграть определенную роль при применении ст. VIII, разд. 2(b) арбитражами, особенно в том, что касается упомянутых положений о международных арбитражах[51]. Национальные арбитражи по-разному решают вопрос о том, коллизионное право какой страны следует применять[52]. В противоположность более современным кодексам МЧП ряда стран, в немецком праве отсутствует законодательная норма на этот счет. Немецкий арбитраж вынужден поэтому опираться в общем и целом на действующие в Германии принципы коллизионного права[53].

в) Применимость ст. VIII, разд. 2(b) при арбитражных разбирательствах

Спорным является вопрос о компетенции арбитражей в отношении споров по валютным контрактам в смысле ст. VIII, разд. 2(b). Право страны местонахождения арбитража, как правило, решает эту проблему[54]. По немецкому праву соглашение об арбитраже действительно лишь в том случае, если стороны правомочны по взаимной договоренности решать вопрос о предмете спора

(§ 1025, абз. 1 ГПК)[55]. На вопрос, компетентны ли стороны и, если да, то в какой мере прибегать к арбитражному разбирательству споров в связи с валютными контрактами в смысле ст. VIII, разд. 2(b), немецкая судебная практика не дает ответа до сих пор. Ее анализ требует дифференцированного подхода.

Если спор касается требований по бесспорно важным «валютным контрактам» о самостоятельной или совместной ответственности должника или сроков давности требования, то соглашение об арбитраже допустимо без всякого сомнения[56]. Если же оспаривается квалификация правоотношений из «валютных контрактов» в смысле ст. VIII, разд. 2(b), нарушение норм валютного контроля государства—члена МВФ или вопрос о наличии условий для применения ст. VIII, разд. 2(b), то соглашение сторон об арбитраже исключается. По крайней мере, в последних из названных случаев, несмотря на обоснованную мотивировку Сандрока в пользу унифицированного арбитражного решения[57], каждый раз при применении немецкого права прибегают к судебным решениям[58].

3. Статья VIII, разд. 2(b) Договора о МВФ и Lex mercatoria

Особенно трудные вопросы возникают при рассмотрении вопроса об отношении ст. VIII, разд. 2(b) к самостоятельному праву международной торговли.

а) Положение дел

В процессе развития международных торгово-экономических отношений было разработано большое количество типовых контрактов, условий поставки и платежей, а также определений. Сюда следует отнести и ряд торговых обычаев (usages), что нашло частичное отражение в арбитражных решениях. И с течением времени они приобрели характер важных регулирующих норм[59]. Известные авторы Кан[60], Фухар[61], Гольдман[62], Мустил[63] и Шмитхофф[64] признали правовой характер этих норм, так как в международной арбитражной практике они реализовались в качестве объективного права.

Если и поскольку стороны подчиняют «валютный контракт» в смысле ст. VIII, разд. 2(b) юрисдикции арбитража на основании самостоятельного права международной торговли (Lex mercatoria) и это арбитражное рассмотрение дела признается национальным правом, то у арбитра, по мнению упомянутых авторов, появляется возможность независимо от национального права и коллизионных привязок обратиться к автономному (по большей части отраслевому) праву международной торговли и разработать решения, независимые от национальных правопорядков. Такие арбитражные решения, по мнению этих авторов, проводятся в жизнь с помощью экономических и дисциплинарных средств давления со стороны предпринимательских кругов, так что самостоятельное функционирование международного торгового права обеспечивается без посредства властных государственных структур.

б) Критика

Тезис о существовании самостоятельного международного торгового права довольно скептически воспринимается судебной практикой. Верховный земельный суд Вены расценивает его как «всемирное право сомнительной значимости»[65]. В литературе против самостоятельного характера права международной торговли высказывались такие известные авторы, как Манн, Ланге, Вульф-

Хеннинг, Рот, Сандрок и Шлоссер[66]. Правовой анализ, по мнению Рота, пока не подтверждает правильности этого тезиса[67]. Скепсис действительно уместен, когда говорят о существовании самостоятельного международного торгового права, которое в одинаковой степени действует во всех сферах международной торговли и в экономике[68]. Правовые исследования, подобные, например, эмпирическому исследованию Тракмана[69], показывают, однако, что нормы международного торгового права стали столь широко применимы в отдельных отраслях, что можно говорить о действии в них международно признанного Lex mercatoria[70].

Этому не противоречит тот факт, что в отдельных случаях при конкретизации содержания Lex mercatoria могут возникать трудности. Преодоление трудностей — при освоении права — ежедневный хлеб юристов. Подобные проблемы возникают, например, при конкретизации правовых аспектов основ профессиональной деятельности. Законодатель уступил эту работу в первую очередь известным профессорам[71]. То же самое происходит и при конкретизации неопределенных по содержанию обязательств в частных правоотношениях[72]. Трудности, связанные с реализацией Lex mercatoria, не обязательно свидетельствуют против него. При осуществлении Lex mercatoria выигравшей таким образом иск стороне может потребоваться помощь государственных инстанций, если средств давления и санкций со стороны союза предпринимателей окажется недостаточно. Возможности для исполнения Lex mercatoria и его фактический успех не могут служить порукой его существования. Решающим фактором с этой точки зрения является степень зрелости реальной правовой среды для восприятия самостоятельного международного торгового права.

в) Распределение бремени рисков

Иногда возникает вопрос: является ли регулируемое ст. VIII, разд. 2(b) распределение материального риска[73] между участниками международных договоров составной частью Lex mercatoria? На этот вопрос следует ответить положительно. За 40 прошедших лет ст. VIII, разд. 2(b) превратилась в норму, сфера действия которой распространяется на международный товарообмен и предоставление услуг. Она обязывает суды и исполнительную власть государств—членов МВФ[74], включая промышленно развитые страны с рыночной экономикой из Западной Европы[75], Северной Америки и Азии, а также социалистические (например, КНР и Вьетнам), многие страны Восточной Европы[76] (в том числе Польшу, Румынию, Венгрию, страны Африки и Латинской Америки). Вступив в МВФ, все эти государства обязались создать систему многосторонних расчетов и оказывать друг другу взаимопомощь при урегулировании трудностей с платежным балансом. В этой связи они обязались признавать нормы валютного контроля по отношению друг к другу при условии, что эти нормы не противоречат Договору о МВФ [ст. VIII, разд. 2(b)]. Хотя ст. VIII, разд. 2(b) по-разному толкуется государствами—членами МВФ, они пришли к согласию, что после вступления в силу Бреттон-Вудского соглашения в интересах стабильности международной валютной системы следует признать широко распространенную точку зрения, согласно которой нормы иностранного валютного контроля игнорировались по принципиальным соображениям, утратившим актуальность. Как следствие этого почти все государства—члены Фонда трансформировали все обязательства ст. VIII, разд. 2(b) в национальное законодательство. И таким образом большинство государств превратили ст. VIII, разд. 2(b) в материально- и коллизионно-правовой инструмент распределения рисков в связи с междуна-

родными валютными контрактами, заключаемыми частными лицами. Ирано-американский арбитраж[77] констатировал поэтому вполне обоснованно, что существуют веские причины, заставляющие международные арбитражи учитывать соответствующие нормы Договора о МВФ при принятии своих решений[78].

4. Значение ст. VIII, разд. 2(b) Договора о МВФ

Статья VIII, разд. 2(b) — комплексная норма. Она поднимает большое число трудных правовых и экономических вопросов. Федеральный верховный суд недавно вновь справедливо обратил на это внимание ученых и практиков[79]. Упрощенный подход выхолащивал народнохозяйственное и политико-правовое значение этой статьи. Толкование всех аспектов ст. VIII, разд. 2(b) давало повод в прошлом для жарких дебатов среди ученых и практиков. Проблемы подобного рода были столь многочисленны, что уже в 1959 году Бидлински усомнился в возможности найти «точные и всеобъемлющие решения»[80].

Одного взгляда на судебную практику основных членов МВФ достаточно, чтобы убедиться в невозможности найти даже в отдаленной перспективе единое международно-правовое решение многообразных спорных вопросов[81]. Все согласны лишь в одном: нет единства в толковании и применении ст. VIII, разд. 2(b). И потому нет ничего удивительного в «раздражающем» влиянии этой статьи на международное частное валютное право[82]. Правда, в судебной практике большинства государств—членов МВФ наметились определенные тенденции, позволяющие компаративисту осуществить основополагающее исследование. Однако в устойчивости данной тенденции можно будет убедиться лишь в том случае, если суды будут иметь достаточно возможностей, чтобы определить свою позицию в отношении ст. VIII, разд. 2(b).

а) Судебная практика

Наиболее богата примерами в этом плане судебная практика США. Вопросы экстерриториального применения этой страной ограничений международных расчетов и движению капиталов стояли особенно остро в Соединенных Штатах в связи с иммиграцией из охваченных войной регионов[83]. К началу 60-х годов на Кубе произошла смена политического строя, и она покинула МВФ в интересах «национальной безопасности». Все это явилось причиной судебных споров о территориальных границах сферы действия норм валютного контроля Кубы и, как следствие этого, о значении ст. VIII, разд. 2(b) для трансграничных сделок частных лиц[84].

В конце 60-х — начале 70-х годов эта статья играла определенную роль в судебной практике США в первую очередь в связи с торговлей с развивающимися странами[85]. С конца 70-х годов картина резко изменилась в американской судебной практике и решающую роль стали играть вопросы экстерриториального применения норм валютного контроля почти исключительно в связи с международным финансированием и вкладами американских граждан в иностранных банках[86]. В середине 80-х годов в дискуссии вокруг ст. VIII, разд. 2(b) возобладала точка зрения о «национальной безопасности» со ссылкой на решения ирано-американского арбитража[87].

Во Франции[88], Англии[89] и ФРГ[90] международная торговля служила основной причиной дискуссии вокруг ст. VIII, разд. 2(b). МВФ лишь однажды высказался

в этой связи по поводу толкования данной статьи в решении своей Исполнительной дирекции от 10 июня 1949 г.[91] Однако это решение касалось толкования в смысле ст. XXIX Договора о МВФ 1978 года[92] и совсем не облегчало практику применения ст. VIII, разд. 2(b)[93]. И вряд ли в обозримом будущем Фонд примет дополнительное решение о толковании в смысле ст. XXIX[94].

О стремительно возросшей судебной практике, касающейся ст. VIII, разд. 2(b), можно судить по книге сэра Джозефа Голда «Договор о МВФ в судебной практике» («The Fund Agreement in the Courts»). В ней Голд рассматривает, как судебная практика государств—членов Фонда решает правовые проблемы применения Договора о МВФ. Статье VIII, разд. 2(b) отводится большое место. В первом томе (1962 г.) — 159 с.[95], во втором, вышедшем через 20 лет, — уже 449 с.[96], а в третьем, увидевшем свет еще через 4 года, автору потребовалось 850 с.[97], чтобы изложить и оценить судебные решения. При этом Голд подчеркивает, что последнее слово по данному вопросу еще впереди[98].

Это тем более верно, что суды в своей практике часто вообще проходят мимо ст. VIII, разд. 2(b). Наглядными примерами тому могут служить решения Земельного суда Берлина от 7 апреля 1959 г.[99], 3-й палаты по торговым делам Земельного суда г. Франкфурта от 18 апреля 1984 г.[100] и решения Верховного суда Австрии от 30 марта 1976 г.[101] и 29 июля 1978 г.[102] Особое удивление вызывают решения немецких судов, поскольку, согласно практике Федерального верховного суда, ст. VIII, разд. 2(b) следует применять по долгу службы. То же самое относится и к австрийскому праву[104]. Вне германской правовой семьи эта статья также часто остается незамеченной. Для этого достаточно сослаться на решения бельгийских[105] и французских[106] судов. В последнем случае это связано, по-видимому, с тем, что стороны в деле на данную статью не ссылаются. А это главное. По мнению французских судов, ст. VIII, разд. 2(b) должна приниматься ими во внимание не по долгу службы, а только если стороны на него ссылаются. Без подобной ссылки к ст. VIII, разд. 2(b) не обращаются[107].

В странах общего права суды рассматривают ст. VIII, разд. 2(b) только в тех случаях, если стороны прямо на нее ссылаются[108]. В Великобритании и некоторых штатах США стороны сознательно не ссылаются на ст. VIII, разд. 2(b). Одна из причин такого положения заключается в узком толковании судами этих штатов данной статьи. Так что ожидания ссылки на ст. VIII, разд. 2(b) изначально оказываются тщетными[109]. В США адвокаты, кроме того, предпочитают больше полагаться на защитные механизмы национального права, даже если они, подобно доктрине «государственного акта», по содержанию, условиям применения и юридической силе менее надежны, чем ст. VIII, разд. 2(b)[110]. Наглядным примером тому служат действия ответчиков в делах: «Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago»[111] и «Libra Bank Ltd. v. Banco de Costa Rica»[112].

б) Доктрина

В теории интерес к ст. VIII, разд. 2(b) никогда не ослабевал. Сегодня практика обращается к литературе, появившейся после 1965 года[113]. Более ранняя литература является хорошим источником для исторических и сравнительно-правовых исследований[114]. Более современных немецких монографических исследований не существует. Богатый иностранный материал на немецком языке еще не отработан со сравнительно-правовой точки зрения и не изучен. Немецкоязычным авторам доступны в основном судебная практика Германии и дискус-

сия в немецкой доктрине, касающаяся ст. VIII, разд. 2(b). Состояние данного вопроса вне Германии не привлекает особого внимания.

Исследования, ориентированные исключительно на немецкое право, недостаточны для научной разработки трудных правовых и экономических вопросов, которые возникают в связи с применением ст. VIII, разд. 2(b). Особенно это мешает изучению опыта других правопорядков, связанных с решением аналогичных проблем. Этот опыт вполне можно было бы использовать в исследованиях, касающихся толкования и применения ст. VIII, разд. 2(b), в качестве унифицированной нормы международного права, хотя иностранные судебные решения не носят связывающего характера для национальных судов[115]. Лишь широкое сравнительно-правовое исследование поможет определить правильные критерии толкования отдельных аспектов применения ст. VIII, разд. 2(b) и критически подойти к оценке соответствующей немецкой судебной практики.

Сравнительно-правовое исследование важно не в последнюю очередь и потому, что толкование немецкими судами важных особенностей применения ст. VIII, разд. 2(b) является как бы единственным в своем роде. И стоят ли немецкие суды в этом отношении на правильном пути или их практика требует корректировки, может определить лишь сравнительно-правовое исследование с детальным анализом исторического аспекта проблемы. Такое исследование помогло бы немецкой судебной практике и доктрине найти оптимальные ответы на стоящие перед ними вопросы, ибо их современное состояние не позволяет им решить эту задачу без обращения к иностранному опыту. Поэтому в последующем изложении основной акцент будет сделан на сравнительно-правовом анализе немецкой судебной практики, касающейся ст. VIII, разд. 2(b), в свете судебной практики других основных стран—членов МВФ. И в проведенном анализе будет сделана попытка найти решения, которые были бы для Германии приемлемы с юридической точки зрения и эффективны экономически.

5. Правовая природа

Правовая природа ст. VIII, разд. 2(b) до сих пор остается неопределенной[116]. В частности, неясным остается вопрос, является ли она частноправовой или публично-правовой коллизионной нормой, равно как и вопрос о том, является ли она нормой коллизионного или материального права. Дело усугубляется тем, что в международном праве нет единой терминологии. Отсутствие единой терминологии особенно ясно ощущается в дискуссиях по второму вопросу об отнесении ст. VIII, разд. 2(b) к нормам материального или коллизионного права. По состоянию на сегодняшний день страны—члены МВФ едины во мнении о материально-правовом характере ст. VIII, разд. 2(b). И наоборот, оспаривается точка зрения, что она является также и коллизионной нормой[117].

а) Коллизионная норма против материальной

В литературе в ст. VIII, разд. 2(b) часто видят как само собой разумеющееся норму МЧП[118]. И, конечно, рассматривают как частноправовую коллизионную норму. Грэнихер подчеркивает, что, «хотя эта статья написана языком материального права, функционально она задумана как коллизионная»[119]. Однако в этом качестве она оспаривается Ф.А. Манном. Он склонен видеть в ней исключительно материально-правовую норму[120].

Сэр Джозеф Голд, ведущий консультант МВФ и многолетний руководитель юридического отдела Фонда, недавно высказал точку зрения, в которой отрицает принадлежность ст. VIII, разд. 2(b) к МЧП[121]. Он пишет, что, хотя это и не столь ярко выражено, большинство хорошо обоснованных аргументов свидетельствует о том, что она не является нормой МЧП[122]. Однако более тщательное ознакомление с его точкой зрения показывает, что он не видит в ней чисто материально-правовой нормы. Он высказывается лишь против квалификации ст. VIII, разд. 2(b), как исключительно нормы МЧП, поскольку в этом случае толковать ее компетентны суды государств—членов МВФ. Немецкая же научная литература твёрдо придерживается точки зрения о двоякой природе этой статьи, видя в ней как материальную, так и коллизионную норму[123]. Федеральный верховный суд разделяет, по-видимому, точку зрения доктрины[124].

Однако, как недавно справедливо указал Зир, значение этих разногласий не стоит переоценивать[125]. Коллизионное право содержит многочисленные материальные нормы[126]. Правильно было бы видеть в ст. VIII, разд. 2(b) одностороннюю (неполную) унифицированную международно-правовую коллизионную норму, которая представляет собой предписание государствам—членам МВФ признавать не противоречащие Договору о МВФ нормы взаимного валютного контроля и которая, являясь международной, после ее инкорпорации в правопорядки государств-членов будет приоритетной в отношении национальных коллизионных норм (revenue rule)[127].

Статья VIII, разд. 2(b) — неполная коллизионная норма, так как касается лишь признания иностранного валютного права. И судя по ее тексту и истории создания, она не применяется к нормам валютного контроля страны суда[128]. И хотя термин «любой» (any)[129] мог бы служить основанием для расширительного толкования ст. VIII, разд. 2(b), включающего возможность контроля страны суда[130], обращение к истории ее разработки свидетельствует об отсутствии каких-либо, даже косвенных, оснований для подобных выводов[131]. Уже в 1949 году МВФ четко определил свою позицию по данному вопросу: ст. VIII, разд. 2(b) применяется лишь в отношении норм валютного контроля **других** стран-членов, а не страны суда[132]. И веские аргументы подтверждают то, что эту статью следует рассматривать не как всеобъемлющую, а как одностороннюю коллизионную норму[133].

Статья VIII, разд. 2(b) является, помимо этого, и нормой материального права. Это видно из того, что она сама предписывает правовые последствия — «не может быть осуществлено в судебном порядке» — в случае своего применения[134]. И в этом смысле ст. VIII, разд. 2(b) имеет примат в отношении § 138 ГГУ[135] как специальный закон (lex spacialis)[136]. Как часть унифицированного международного права ст. VIII, разд. 2(b), после инкорпорации в национальное право толкуется только в рамках Договора о МВФ. Толкование с позиций обязательственного статута или права страны суда исключается[137].

б) Коллизионная норма публичного права против коллизионной нормы частного права

Другой спорный вопрос касается квалификации ст. VIII, разд. 2(b) в качестве нормы публичного (международного) права или частного (международного) права. Апелляционный суд в одном из решений 1974 года охарактеризовал ее как «императивную норму публичного права»[138]. Фюрнрор, наоборот, считает ее нормой МЧП[139]. Промежуточную позицию занял шведский судья Алгот Багге

на заседании Ассоциации международного права в 1952 году. По его мнению, ст. VIII, разд. 2(b) — это не частная и не публичная коллизионная норма, а международно-правовая норма особого рода» (sui juris)[140]. Другие же авторы говорят только о коллизионно-правовом характере этой нормы и тем самым уходят от дискуссии по вопросу о том, является ли она публично-правовой или частноправовой коллизионной нормой[141].

Статья VIII, разд. 2(b) регулирует экстерриториальное применение норм валютного контроля, которые традиционно считаются нормами публичного права, хотя нельзя отрицать, что они могут иметь и частноправовой характер. Если ст. VIII, разд. 2(b) предписывает применение публично-правовых норм валютного контроля, она является публично-правовой коллизионной нормой и ее, вместе с Кегелем[142] и Зандроком[143], можно отнести к нормам международного административного права. Если же рассматриваемые нормы иностранного валютного контроля регулируют гражданские правоотношения и на них распространяется сфера действия статьи VIII, разд. 2(b), то она является нормой МЧП. Из сказанного не следует делать далеко идущие выводы. Это лишь помешает ясно увидеть то принципиально новое, что принесла с собой ст. VIII, разд. 2(b) в сферу международного валютного права.

6. Революция в коллизионном праве

Появление после Второй мировой войны ст. VIII, разд. 2(b) повлекло за собой революцию в коллизионном праве. Статья VIII предписывала странам—членам МВФ соблюдать соответствующие Договору о МВФ нормы валютного контроля. И потому страны-члены и их исполнительные и судебные власти[144] не могли отказаться от соблюдения иностранных норм валютного регулирования на основании принципа неприменения иностранного публичного права (revenue rule)[145] или ссылаясь на принцип территориальности[146].

Согласно ст. VIII, разд. 2(b), нельзя было также отказаться от применения норм иностранного валютного контроля, соответствующего Договору о МВФ, лишь по той причине, что они не являются частью обязательственного статута (lex contractus), регулирующего сделку между сторонами на основании их субъективного выбора[147] или объективного[148], продиктованного императивами коллизионной нормы[149]. В этом вопросе в доктрине достигнуто полное единогласие.

7. Публичный порядок

Как и раньше, нет единства во мнениях по вопросу о том, в какой мере ст. VIII, разд. 2(b) препятствует судам стран—членов МВФ прибегать к публичному порядку, чтобы в отдельных случаях запрещать применение на своей территории правовых норм иностранного валютного контроля.

a) Публичный порядок коллизионного права

В литературе иногда можно встретить мнение, что ст. VIII, разд. 2(b) запрещает во всех без исключения случаях странам-членам прибегать к помощи оговорки о публичном порядке при реализации на своей территории «неясных по своей природе валютных контрактов»[150]. Эту статью цитируют в качестве нормы,

отменяющей действие оговорки о публичном порядке[151], Следуя этой распространенной теории, Земельный суд Гамбурга недавно отметил в своем решении, что «критерии ст. 30 Вводного закона к ГГУ (старая редакция) неприменимы для оценки норм валютного законодательства»[152].

Содержание этого принципа, сформулированного в общей форме, не столь однозначно, как может показаться с первого взгляда. Земельному суду достаточно было обратиться к толкованию ст. VIII, разд. 2(b) Исполнительной директорией МВФ от 10 июня 1949 г.[153] В нем среди прочего указывалось на одно «очевидное последствие» данного толкования для судов стран—членов МВФ: при рассмотрении судами одних стран—членов МВФ соответствующих Договору о МВФ норм валютного контроля других стран—членов «не могло быть отказано в признании этих норм лишь на том основании, что они нарушали публичный порядок страны суда»[154]. В очевидности данного последствия можно усомниться хотя бы потому, что в самой ст. VIII, разд. 2(b) нет ссылки на публичный порядок, и, судя по ее смыслу и цели, она не требует безусловного и безоговорочного отказа от публичного порядка. Кроме того, не ясно, обладает ли данное толкование силой прямодействующей юридической нормы в отношении судов и исполнительной власти стран-членов[155].

Буквально по смыслу и цели ст. VIII, разд. 2(b) содержащаяся в ней обязанность стран—членов МВФ взаимно признавать нормы валютного законодательства является лишь правовым принципом[156]. А это допускает возможность исключений из него в тех случаях, когда речь идет о признании обязательных к применению норм иностранного валютного контроля в смысле ст. VIII, разд. 2(b), которые не только противоречат справедливости и моральным ценностям страны суда, но и несовместимы с этими понятиями (ст. 6 Вводного закона к ГГУ, 1986 г.). Это особенно следует иметь в виду при рассмотрении вопроса о признании норм иностранного валютного контроля, которые по своему содержанию или при применении наносят ущерб частным лицам в связи с дискриминацией их по признаку пола, национальной принадлежности, расы, языка, происхождения, вероисповедания, религиозных и политических взглядов[157].

Эти случаи не следует путать с фактами, когда Фонд разрешает в качестве исключения дискриминационную политику применения валютного курса в смысле ст. VIII, разд. 3[158]. Однако практика применения дискриминационного валютного курса исключает обращения к оговорке о публичном порядке, если в стране, введшей дискриминационный валютный курс, не наносится ущерб определенным группам населения. Неправильно было бы также смешивать тесно между собою связанные вопрос о коллизионно-правовой природе публичного порядка и публично-правовую проблему соответствия Договору о МВФ[159]. Вопрос о применении оговорки о публичном порядке возникает лишь после констатации самого факта соответствия подлежащих применению норм иностранного валютного контроля Договору о МВФ.

При обращении к оговорке о публичном порядке не следует забывать, что ст. VIII, разд. 2(b) в сочетании со ст. I и ст. IV, разд. 1 Договора о МВФ 1978 года ограничивают применение национального публичного порядка очень узкими рамками[160]. Так что для применения оговорки о публичном порядке не остается места, если, как в решении Земельного суда Гамбурга[161], возможным последствием признания подлежащих применению в стране суда норм иностранного валютного контроля станет отказ лицу определенной расы или вероисповедания, которому постоянно угрожает высылка, в праве взять с собой имущество, если такая высылка будет иметь место.

Но, с другой стороны, ст. VIII, разд. 2(b) не запрещает ни одному из государств—членов МВФ отказать в признании подлежащих применению на его территории норм валютного контроля другого государства-члена, если применение их этим другим государством-членом носит дискриминационный характер. Причем в данном случае применение оговорки о публичном порядке будет иметь место независимо от того, что сами эти нормы как таковые соответствуют Договору о МВФ. Так что нарушение требований этой статьи допускается в качестве исключения. Но в случаях, подобных вышеприведенному, они не только оправданны, но даже уместны.

В остальном традиционное применение публичного порядка следует предпочесть ее «узкому» толкованию, поскольку «узкое толкование может оказать отрицательное влияние на последующие судебные решения страны суда и получить распространение в других государствах-членах благодаря системе передачи данных JURIS; LEXIS; WESTLAW»[162]. Опыт старых Гаагских соглашений свидетельствует о том, что ограничение сферы действия оговорки о публичном порядке может оказать отрицательное влияние на процесс унификации международного права[163]. С этой точки зрения традиционное применение оговорки о публичном порядке способствует жизнеспособности ст. VIII, разд. 2(b).

Следует предостеречь от недифференцированного или идеологизированного применения оговорки о публичном порядке. Эта оговорка — «необъезженная лошадь» (Кардозо): если ее держать на длинном поводке, она мало двигается, если пришпорить — мгновенно пролетит мимо цели. Во многих случаях отсутствуют условия для применения ст. VIII, разд. 2(b) в качестве основания для признания иностранного валютного контроля. Наглядный пример этому — дело*[164]. В этом деле не потребовалось прибегать к оговорке о публичном порядке, поскольку оспариваемые нормы угандийского валютного контроля не соответствовали Договору о МВФ в смысле ст. VIII, разд. 2(b)[165]. То же самое относится ко все чаще вводимым ограничениям в «интересах национальной безопасности». В подобных случаях необходимо тщательно проверять, соответствуют ли ограничения, вводимые иностранным государством, понятию «валютного контроля» в таком смысле.

б) Публичный порядок и исполнение судебных решений

Оговорка о публичном порядке применялась в ряде дел, связанных с признанием и исполнением судебных решений вне страны суда. Почти все правопорядки отказывают в признании иностранных судебных решений, если это признание ведет к явному нарушению основных правовых принципов признающего государства[166]. Проблема применения публичного порядка особенно проявляется в тех валютно-правовых делах, в которых суды, принимающие решения, узко толкуют ст. VIII, разд. 2(b), чтобы исключить ее применение, отдав тем самым предпочтение национальной коллизионной норме, которые обычно благосклоннее к истцу-соотечественнику. Поэтому если суды государства, в котором ищут признание исполнения судебных решений толкуют ст. VIII, разд. 2(b) шире, чем суды государства, в котором эти решения принимаются, то они склонны прибегать к применению публичного порядка, чтобы помешать исполнению иностранных судебных решений, поскольку с их точки зрения такие судебные решения приняты в нарушении Договора о МВФ[167]. Британско-итальянское дело «Terruzzi»[168] наглядный тому пример[169]. Французское дело «Moojen v. von Reichert», другой пример готовности судов одного государства—члена МВФ отказать в признании и исполнении судебных решений, принятых в другом государстве-члене на основании оговорки о публичном порядке[170]. В Германии публичный порядок также может применяться в отношении исполнения иностранных судебных решений (§ 328, абз. 1, п. 4 ГПК)[171].

* См. сноску 164, с.223. — *Ред.*

в) Публичный порядок и ограничения движению капиталов

Особое значение придают публичному порядку для ограничения движения капиталов. В принципе соответствующими Договору о МВФ считаются те ограничения движению капиталов, которые не препятствуют и не замедляют текущие платежи[172]. Поэтому в Германии согласно господствующим доктринальным взглядам, их действие допускается, если они подпадают под понятие «валютного контроля» в смысле ст. VIII, разд. 2(b)[173]. Права государств—членов МВФ ограничены в том, что касается введения, сохранения и изменения действующего валютного контроля за движением капиталов. Это вытекает из ст. IV, разд. 1 Договора о МВФ 1978 года. Она обязывает государства—члены Фонда создавать рамочные условия для стимулирования движения капиталов.

Статья IV, разд. 1 Договора о МВФ 1978 года — это не просто программный принцип. Она создает обязанности государств-членов. Поэтому государства-члены, несмотря на необходимость соблюдать принцип свободы международного движения капиталов, наделены правом вводить, сохранять и изменять существующий контроль в этой сфере, руководствуясь при этом целями ст. IV, разд. 1. Государство-член, ограничившее без необходимости международное движение капиталов, может, правда, рассчитывать, что другие государства-члены признают его меры соответствующими Договору о МВФ в смысле ст. VIII, разд. 2(b). Но при явных нарушениях своих обязательств по ст. IV, разд. I, это государство-член должно считаться с возможностью применения судами других государств-членов оговорки о публичном порядке в отношении ограничений движению капиталов, которые данное государство ввело в нарушение ст. IV, разд. 1 Договора о МВФ 1978 года[174].

8. Дополнительные проблемы

Важность ст. VIII, разд. 2(b) оживленно дискутируется в международном плане. Для этого есть множество оснований. Прежде всего не следует забывать, что первоочередная цель Договора — решать макроэкономические проблемы и проблемы валютной политики, а не регулировать правоотношения частных лиц. На Бреттон-Вудской конференции была поставлена задача создать новые рамочные условия для трансграничного движения товаров, услуг и расчетов. Бреттон-Вудское соглашение должно было стать инструментом, способствующим проведению различными государствами как внешней, так и внутренней валютно-финансовой политики без ущерба для их взаимных интересов. Соглашение было разработано в течение трех недель[175]. Новизна разработанного в Бреттон-Вудсе механизма экономической и валютной политики соответствовала новизне правовых решений его функционирования. Авторы не могли опереться на предшествующий опыт, поскольку его просто не было. И тем выше были требования, предъявляемые к толкованию судами и исполнительной властью государств—членов МВФ. В этой связи следует упомянуть ст. VIII, разд. 2(b), тол-

кованию которой судебная практика стран—членов МВФ уделяла наибольшее внимание по сравнению со всеми другими нормами Договора о МВФ и которая стоит на точке пересечения институционального и договорного финансового права[176].

Эта статья — плод работы «международного законодателя». Этим объясняется тот факт, что правовой язык Договора временами существенно отличается от правового языка стран—членов Фонда. В этой связи особенно остро встает проблема понятий Договора, в отношении значения которых нет единства даже среди юристов стран, принимавших участие в его разработке. Наиболее значимый пример — «валютный контракт» (exchange contract). Это понятие — центральное в Договоре. Оно не является типичным для англо-американского права[177]. Чуждо оно и континентальным правопорядкам. Фактически термин «валютный контракт» не имеет корней ни в одной из известных правовых семей.

С другой стороны, авторы Бреттон-Вудского соглашения заимствовали много понятий из англо-американского права. Например, предписываемые ст. VIII, разд. 2(b) правовые последствия нарушения, связанные с отказом признавать соответствующие Договору о МВФ нормы иностранного валютного контроля (shall be unenforceable) (не подлежат удовлетворению в судебном порядке), заимствованы в общем праве (понятие акционерного права США и Англии). Теоретически ясно, что подобные понятия, как правильно заметил Верховный земельный суд Франкфурта, требуют перенесения в национальные правопорядки государств-членов и приспособления их к национальным правовым понятиям[178]. Однако на практике решение этой проблемы в континентальном праве вызывает большие трудности у судов и исполнительной власти. Различные точки зрения на толкование понятия «unenforceable» у Верховного земельного суда Франкфурта[179] и Федерального верховного суда[180] весьма показательны[181].

Сам Договор о МВФ мало что может прояснить в вопросе о содержании ст. VIII, разд. 2(b). В нем даже нет определения основных понятий «валютные контракты» (exchange contracts) и «не подлежат удовлетворению в судебном порядке» (unenforceable). Исполнительная дирекция, наделенная компетенцией толковать Договор[182], до сих пор не разъяснила содержание этих понятий. Принимая во внимание, что общее толкование в смысле ст. XXIX Договора о МВФ чревато политическими рисками и учитывая большое значение толкования понятия «валютные контракты» для регулирования кризиса международной задолженности[183], вряд ли следует рассчитывать на четкое толкование Исполнительного директората[184]. Кроме того, согласно господствующей точке зрения, оно и без того не было бы обязательным для судов и исполнительных властей государств-членов[185]. А судебной инстанции, подобной суду ЕС, в рамках МВФ[186] нет. И некому дать единое толкование ст. VIII, разд. 2(b). В конечном счете Договор о МВФ возлагает эту ответственность на применяющих право, хотя это входит в обязанности авторов Договора.

Вызывает сожаление в этой связи отсутствие точности в Договоре о МВФ[187], к которой юристы приучены национальным законодателем и которой хотели бы следовать при толковании Договора. Это прекрасно иллюстрирует дискуссия по вопросу о том, распространяется ли сфера действия ст. VIII, разд. 2(b) на договоры о международном движении капитала[188]. Сторонники такой точки зрения утверждают, что цель договора имеет приоритет перед аргументами в пользу систематики права. Кроме того, на их стороне текстуальные и концептуальные трудности, возникающие при применении ст. VIII, разд. 2(b)[189]. И в довершение

всего опубликованная история возникновения ст. VIII, разд. 2(b) оказалась совсем куцей[190]. Значительную помощь в изучении истории создания ст. VIII, разд. 2(b) могут оказать «Материалы и документы» 1948 года[191], а также опубликованные в 1980 году два тома из собрания сочинений Джона Мейнарда Кейнса[192]. В частности, в 26-м томе освещается история создания ст. VIII, разд. 2(b) с точки зрения английской делегации на конференции в Бреттон-Вудсе.

9. Необходимость унифицированного международного применения

Суды и исполнительные власти многих государств—членов МВФ использовали языковые неясности в тексте ст. VIII, разд. 2(b) в качестве предлога для толкования этой нормы, ориентированного в первую очередь на нужный им результат[193]. В частности, суды капиталоэкспортирующих государств, а также суды стран, являющихся международными торговыми и финансовыми центрами (например, США и Великобритания) склонялись скорее к узкому толкованию Договора о МВФ[194]. Под этим скрывается желание сохранить сферу действия традиционных коллизионных норм, существовавших до вступления в силу Бреттон-Вудского соглашения[195]. А эти нормы были более благосклонны к кредитору, чем ст. VIII, разд. 2(b), которая (наряду с государством, вводящим валютные ограничения) обычно стоит на страже интересов должников, участников трансграничных сделок[196].

Дело «Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi»[197] показывает, какое большое значение английские суды готовы придать Лондону, как международному финансовому центру, при толковании писаных законов. Аналогичную тенденцию продемонстрировал Верховный суд штата Нью-Йорк в деле «J. Zeevi & Sons Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Limited»[198]. Судебная практика континентальных европейских государств и стран—импортеров капитала наоборот склоняется к расширению сферы действия ст. VIII, разд. 2(b). В этих странах гораздо реже обращаются к традиционным коллизионным нормам международного частного валютного права, чем в США и Великобритании[199].

a) Роль телеологического толкования

Различное применение ст. VIII, разд. 2(b) судами государств—членов МВФ вряд ли способствует международной унификации права[200]. В частности, это приводит к возникновению трудностей при признании и исполнении иностранных судебных решений только потому, что толкование судом, принявшим данное решение, ст. VIII, разд. 2(b) нарушает публичный порядок страны, в которой испрашивается признание и исполнение решения, в процессуальной сфере. И это служит поводом для отказа стране—члену МВФ в признании и исполнении ее судебного решения на территории другого государства—члена МВФ. Англо-итальянское дело «Wilson, Smithett & Cope Ltd. v. Terruzzi» очень поучительный пример в этом отношении[200]. Мы к нему еще вернемся[201].

Путь к единому толкованию и применению ст. VIII, разд. 2(b) сегодня еще очень далек. Учитывая многообразные трудности языкового и систематического толкования, следует усомниться в том, что в обозримом будущем будет достигнута высокая степень единодушия при ее толковании и применении в рамках МВФ[202]. Однако не следует слишком быстро отказываться от цели создания на основе ст. VIII, разд. 2(b) единых международных критериев признания и

применения иностранного валютного права. Цель эта, несмотря на многочисленные трудности достижима всякий раз, когда удается убедить суды стран-членов в том, что ст. VIII, разд. 2(b) требует не столько буквального толкования, сколько в большей степени ориентированного на экономические цели Договора о МВФ. Именно с помощью телеологического толкования можно будет найти оптимальный компромисс между неясностями текста Договора о МВФ и необходимостью взвешенных и международно приемлемых решений[203].

б) Ответственность науки

В этих условиях на науку ложится особая ответственность[204]. Она должна путем тщательных сравнительно-правовых исследований заложить основы единообразного международного применения ст. VIII, разд. 2(b) в государствах—членах МВФ. Большое число решений немецких судов показывает, какое огромное влияние оказывает доктрина на толкование ст. VIII, разд 2(b) в Германии. Для начального периода толкования статьи в Германии в 50—60-е годы была характерна неуверенность в обращении с этой нормой и особенностями ее содержания. Языковой барьер и ограниченные возможности ознакомления с иностранным правом затрудняли его освоение немецкими судьями, равно как и опыта иностранных судов в толковании ст. VIII, разд. 2(b). Поэтому ее основным источником служила немецкоязычная литература. О ее влиянии на судейские представления о ст. VIII, разд. 2(b) свидетельствовало толкование обстоятельств «отказа в исковой защите»[205]. Это влияние чувствуется и по сей день. Современная судебная практика по ст. VIII, разд. 2(b) все еще в основном опирается на решения недавнего прошлого и приводимые в них оценки. Эти решения показывают, что в любом случае в области международного валютного права (частного и публичного) о постоянно муссируемом «кризисе идентичности» сравнительного права не может быть и речи[206].

II. Первое десятилетие

История развития ст. VIII, разд. 2(b) довольно любопытна. С момента вступления в силу в декабре 1945 года до конца 50-х годов эта статья не привлекала особого внимания. Для «первого поколения» судебных решений по ст. VIII, разд. 2(b) характерен материально-правовой и процессуальный подход. В 60-е годы к этой статье стали проявлять интерес во многих государствах-членах. Второе, значительно увеличившееся в объеме «поколение» судебных решений, как и прежде, занимал в первую очередь вопрос о трансформации ст. VIII, разд. 2(b) в правопорядок страны суда и об адаптации ее к реалиям национального права. Одновременно в государствах-членах пришло понимание того, что ст. VIII, разд. 2(b) может выполнять функцию по регулированию мировой экономики. И к середине 70-х годов она заняла, наконец, прочное место в судебной практике основных государств—членов МВФ. С тех пор суды большинства государств—членов МВФ все чаще занимаются рассмотрением коммерческих операций, которые должны служить усилению роли «валютных контрактов». А они согласно ст. VIII, разд. 2(b) не подлежали в государствах-членах исполнению в судебном порядке. До решения трудных правовых вопросов «третьим поколением» судебных решений еще далеко. И потому представляется целесообразным рассмотреть в деталях эволюцию уже сложившихся взглядов на проблему.

AUSTRALIA
Law Book Co
Sydney

CANADA AND USA
Carswell
Toronto

HONG KONG
Sweet & Maxwell Asia

NEW ZEALAND
Brooker's
Wellington

SINGAPORE and MALAYSIA
Sweet & Maxwell Asia
Singapore and Kuala Lumpur

DICEY, MORRIS AND COLLINS
ON
THE CONFLICT OF LAWS

FOURTEENTH EDITION

UNDER THE GENERAL EDITORSHIP OF
SIR LAWRENCE COLLINS
LL.D. (Cantab.), F.B.A.

WITH
SPECIALIST EDITORS

VOLUME 1

LONDON
SWEET & MAXWELL
2006

Subsequently, W, anxious to establish that she is the widow of H2, petitions the English court for a declaration that her marriage to H1 was null and void on the false ground that she had not consented to it because she was ignorant of the true nature of the ceremony, and in 1971 the petition is dismissed on the ground that W knew the true nature of the ceremony. W goes back to Belgium and obtains a decree from the Belgian courts that the marriage to H1 is a nullity because it was a mock marriage. The Belgian courts decide that although W's plea of lack of consent is *res judicata* by virtue of the decision of the English court, the plea of mock marriage is not barred because it had not been argued in the English proceedings. In 1973 W petitions the English court for a declaration that the Belgian decree of nullity is entitled to recognition. The petition is dismissed because, among other reasons, the English rule that a marriage celebrated in order to acquire nationality is a valid marriage is a rule which reflects a public policy of giving effect to marriages conducted in accordance with the proper formalities whether or not the parties intend to live together; the Belgian judgment reflected a conflicting public policy to the same facts as were finally ascertained by the English court; in any event, public policy precluded recognition of the Belgian decree because it was obtained only after, and because, W's fraudulent petition had been dismissed by the English court.[82]

5R–019 RULE 3[83]—English courts have no jurisdiction to entertain an action:

(1) for the enforcement, either directly or indirectly, of a penal,[84] revenue[85] or other public law[86] of a foreign State; or

---

[82] *Vervaeke v Smith* [1983] 1 A.C. 145.

[83] F.A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts* (1986), Chs 9 and 10; Baade, in Lipstein (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol.III. Ch.12 (1990). See generally *The activities of national judges and the international relations of their State* (Conforti, Rapporteur), *Ann. de l' Institut de droit international*, Vol.65–I, p.327 (1993).

[84] *Folliott v Ogden* (1789) 1 H.Bl. 123, affirmed sub nom. *Ogden v Folliott* (1790) 3 T.R. 326; *Lynch v Provisional Government of Paraguay* (1871) L.R. 2 P.& D. 268, 272; *Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150 (PC); *Att-Gen for Canada v Schulze*, (1901) 9 S.L.T. 4; *Raulin v Fischer* [1911] 2 K.B. 93; *Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 K.B. 140; *Frankfurther v WL Exner Ltd* [1947] Ch. 629; *Novello & Co v Hinrichsen Edition Ltd* [1951] Ch. 595, affirmed on different grounds [1951] Ch. 1026 (CA); *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch. 323, 345; *Schemmer v Property Resources Ltd* [1975] Ch. 273, 288; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 32, 35 (CA), affirmed by HL on different grounds; *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, 428; *US v Inkley* [1989] Q.B. 255, 264; *Larkins v NUM* [1985] I.R. 671; *Bank of Ireland v Meeneghan* [1994] 3 I.R. 111; *Gersten v Law Society of New South Wales* [2002] NSWCA 344; Restatement, s.89; Leflar (1932) 46 Harv. L.R. 193.

[85] *Municipal Council of Sydney v Bull* [1909] 1 K.B. 7; *Cotton v R.* [1914] A.C. 176, 195; *Indian and General Investment Trust Ltd v Borax Consolidated Ltd* [1920] 1 K.B. 539, 549; *King of the Hellenes v Brostrom* (1923) 16 Ll.L.R. 167, 190; *Re Visser* [1928] Ch. 877; *Re Cohen* [1950] 2 All E.R. 36, 39 (CA); *Peter Buchanan Ltd v McVey* [1954] I.R. 89, [1955] A.C. 516n.; *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491; *Metal Industries (Salvage) Ltd v Owners of ST "Harle"*, 1962 S.L.T. 114; *Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co* [1963] 2 Q.B. 352, 376–378; *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 Q.B. 476 (CA); *Re Lord Cable* [1977] 1 W.L.R. 7, 13; *Re State of Norway's Application (Nos 1 and 2)* [1990] 1 A.C. 723, 807–809; *QRS 1 ApS v Frandsen* [1999] 1 W.L.R. 2169 (CA); *USA v Harden* (1963) 41 D.L.R. (2d) 721 (Sup Ct Can); *Stringham v Dubois* [1993] 3 W.W.R. 273 (Alta CA); *Commissioner of Taxes v McFarland*, 1965 (1) S.A. 470; *Priestley v Clegg*, 1985 (3) S.A. 955; M. Mann (1954) 3 I.C.L.Q. 465, (1955) 4 I.C.L.Q. 564; Castel (1964) 42 Can. Bar Rev. 277; Smart (1986) 35 I.C.L.Q. 704; Briggs [2001] Sing.J.L.S. 280; Basedow, *et al.* (2004) 6 Yb. P.I.L. 1.

[86] *Emperor of Austria v Day* (1861) 3 De G.&F. J. 217, 232, 238, 251; *Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150, 156 (PC); *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 511; *R. v Governor of Pentonville Prison, ex p. Budlong* [1980] 1 W.L.R. 1110, 1125 (DC); *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 20–21 (CA), *per* Lord Denning M.R.; *US v Inkley* [1989] Q.B. 255, 264 (CA); *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No.2)* [1997] C.L.C. 714, 723–724, 736 (CA); *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 41–43; *cf. Gotha City v Sotheby's, The Times*, October 8, 1998; contrast *US v Ivey* (1995) 130 D.L.R. (4th) 674, affirmed (1996) 139 D.L.R. (4th) 570 (Ont CA); F.A. Mann, *Studies in International*

(2) founded upon an act of state.[87]

COMMENT

General. There is a well-established and almost universal principle that the courts of one country will not enforce the penal and revenue laws of another country. [88] Although the theoretical basis for the Rule is a matter of some controversy, [89] the best explanation, it is submitted, is that suggested by Lord Keith of Avonholm in *Government of India v Taylor*,[90] that enforcement of such claims is an extension of the sovereign power which imposed the taxes, and "an assertion of sovereign authority by one State within the territory of another, as distinct from a patrimonial claim by a foreign sovereign, is (treaty or convention apart) contrary to all concepts of independent sovereignties." Although it was not necessary to decide the precise theoretical basis for the rule, in *Re State of Norway's Application (Nos 1 and 2)*[91] Lord Goff of Chieveley was inclined to agree with this view. Clause (1) of Rule 3 describes those laws which a foreign State may seek to enforce solely as an exercise of sovereignty, and which "by the law of nations are exclusively assigned to their domestic forum."[92] Whether a foreign law falls within the categories of those laws which the English court will not enforce is a matter for English law. Thus whether the foreign law regards the law in question as a penal law[93] or a revenue law[94] or a public law[95] is irrelevant. **5–020**

Rule 3 is framed in terms of lack of jurisdiction, and it has frequently been cited by the courts,[96] but claims made within the scope of the Rule have usually been dismissed on the merits or been struck out.[97] This was so even **5–021**

Law (1973), p.492; (1962) 11 I.C.L.Q. 481; (1971) *Recueil des Cours*, I, p.107, at pp.178–180; *Further Studies in International Law* (1990), pp.355 and 389; Carter [1989] C.L.J. 417; Collins, *Essays*, 118–129; Collins, in *Mélanges Lalive* (1993), pp.221–230; Verhoeven, *ibid.*, pp.359–373.

[87] Holdsworth, *History of English Law*, Vol.14, pp.33–52; Harrison Moore, *Act of State in English Law* (1906); E.C.S. Wade (1934) 15 B.Y.I.L. 98; Gilmour, 1967 Jur. Rev. 149, [1970] Public Law 120; Collier [1968] C.L.J. 102; F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), p.420; (1971) *Recueil des Cours*, I, p.107, at pp.145–156; Singer (1981) 75 A.J.I.L. 283; Oppenheim, *International Law* (9th ed. Jennings and Watts, 1992), Vol.1, pp.365–376.

[88] *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, 428, *per* Lord Templeman; *Derby & Co Ltd v Weldon (No.6)* [1990] 1 W.L.R. 1139 (CA), at 1154, *per* Staughton L.J.

[89] See F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), pp.495–499.

[90] [1955] A.C. 491, 511. *cf. Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1 (CA), at pp.20–21, *per* Lord Denning M.R., at p.32, *per* Ackner L.J.

[91] [1990] 1 A.C. 723, 808. *cf. Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 40–44.

[92] *Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150, 156 (PC).

[93] *ibid.*; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 32 (CA), affirmed by HL on different grounds; *US v Inkley* [1989] Q.B. 255, 265 (CA).

[94] *Metal Industries (Salvage) Ltd v Owners of ST "Harle"*, 1962 S.L.T. 114, 116.

[95] *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 46.

[96] See, e.g. *Re Visser*, [1928] Ch. 877, 882; *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 507; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 20 (CA); *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, 437.

[97] See, e.g. *Re Visser*, above; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz*, above.

in *Huntington v Attrill*,[98] where the Privy Council used the terminology of jurisdiction, and which was the principal authority for Rule 3 when it was first formulated.[99] In the eleventh edition of this book it was suggested that it is the foreign State which has no international jurisdiction to enforce its law abroad, and the English court will not exercise its own jurisdiction in aid of an excess of jurisdiction by the foreign State. The substance of this view was adopted in *Re State of Norway's Application (Nos 1 and 2)*,[1] but in view of its wide acceptance in judicial decisions, Rule 3 has been retained in its traditional form.

5–022 This Rule is not affected by the 1968 and Lugano Conventions, or by the Judgments Regulation. In *QRS 1 ApS v Frandsen*[2] it was held that a claim by the liquidator of a Danish company against a shareholder in respect of the stripping of its assets was an unenforceable revenue claim, because the only creditors were the Danish tax authorities, who were funding the claim.[3] The claim was a revenue matter within the meaning of the 1968 Convention, and the rule that the English court would not directly or indirectly enforce the revenue laws of another country was not overridden by the 1968 Convention (or by the EC Treaty). It was also indicated (*obiter*) that if the 1968 Convention applied, then Rule 3 could not have applied because its effect would have been to impair the operation of the 1968 Convention. This suggestion is open to the criticism that Rule 3, as indicated above, is not really a rule of jurisdiction, but a substantive rule of law. In any event, the significance of Rule 3 in the European Union is much lessened by the effect of the Council Directive[4] on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other matters, as amended in 2002.[5]

5–023 Direct enforcement occurs where a foreign State or its nominee seeks to obtain money or property, or other relief, in reliance on the foreign rule in question.[6] But indirect enforcement is also prohibited, for a foreign State cannot be allowed to do indirectly what it cannot do directly. Indirect enforcement is, however, easier to describe than to define. Rule 3(1) relates only to *enforcement*, but it does not prevent *recognition* of a foreign law of the type in question, and it is sometimes difficult to draw the line between an issue involving merely recognition of a foreign law and indirect enforcement of it.

5–024 Where direct or indirect enforcement does not arise, a foreign law of a type falling within Rule 3(1) will be recognised if it is relevant to the issue,[7] and

---

[98] [1893] A.C. 150 (PC).

[99] At p.155. See 1st ed., p.220.

[1] [1990] 1 A.C. 723, 808.

[2] [1999] 1 W.L.R. 2169 (CA).

[3] See below, text at n.12. It is not easy to justify this result from the point of view of policy. See Briggs (1999) 70 B.Y.I.L. 341; Smart (2000) 116 L.Q.R. 360 for criticism.

[4] 76/308/EEC.

[5] Amended by Council Directive (EC) 2001/44. See also Commission Directive (EC) 2002/94 and SI 2004/674.

[6] *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 Q.B. 476, 483 (CA); *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 32 (CA), *per* Ackner L.J., affirmed on different grounds: *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, 437.

[7] *Re Emery's Investment Trusts* [1959] Ch. 410; *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1956] 2 Q.B. 490, 515 (CA), affirmed [1958] A.C. 301, 322, 324, 328, 330; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 20 (CA), *per* Lord Denning M.R.

provided it is not contrary to public policy.[8] For example, a contract invalid according to a penal or revenue law of its applicable law, or performance of which is prohibited by a penal law of the place of performance, may be held to be invalid or unenforceable[9]; and the English court will refuse to restrain trustees from acting in compliance with foreign fiscal legislation forming part of the proper law of the trust.[10] Likewise trustees will be entitled to be indemnified out of an estate in England in respect of such sums which they have been personally compelled to pay abroad in satisfaction of a foreign government's claim for estate duty upon that estate even though the claim would have been unenforceable in this country.[11]

Indirect enforcement occurs where the foreign State (or its nominee) in **5–025** form seeks a remedy, not based on the foreign rule in question, but which in substance is designed to give it extra-territorial effect; or where a private party raises a defence based on the foreign law in order to vindicate or assert the right of the foreign State. An example of the former is the case of a foreign company in liquidation which seeks to recover from one of its directors assets under his control which the liquidator (appointed by the court at the instance of foreign revenue authorities) would use only for the purpose of satisfying the foreign State's unsatisfied claim for taxes due from the company.[12] On the other hand, in *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd*[13] the Spanish Government expropriated shares in various Spanish companies, and appointed new directors to those companies and their English subsidiaries. The new directors commenced actions in England in the name of their respective companies to recover assets in the hands of former shareholders and alleged to belong to the plaintiff companies. The House of Lords held that the action was not an indirect enforcement of the Spanish decree: it was designed to vindicate the rights of the plaintiff companies, and not to satisfy claims by the Spanish State. Nor, in *Re State of Norway's Application (Nos 1 and 2)*,[14] was it an exercise of extra-territorial sovereignty for a foreign State to seek the assistance of the English court to obtain evidence for the enforcement of its revenue laws in its own country.

Examples of cases where a private party raises a claim or defence in order **5–026** to vindicate or assert the rights of a foreign State include the case of a bank

---

[8] *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch. 323, 345–349.

[9] See, e.g. *Foster v Driscoll* [1929] 1 K.B. 470 (CA); *Regazzoni v KC Sethia Ltd*, above. See also, below, Rule 210.

[10] *Re Lord Cable* [1977] 1 W.L.R. 7, 24–25. *cf. Scottish National Orchestra Society Ltd v Thomson's Executor*, 1969 S.L.T. 325; *Bath v British and Malayan Trustees Ltd* [1969] 2 N.S.W.R. 114; *Jones v Borland*, 1969(4) S.A. 29.

[11] *Re Lord Cable* [1977] 1 W.L.R. 7, 15; *Re Reid* (1970) 17 D.L.R. (3d) 199 (BCCA) (not followed in *Stringham v Dubois* [1993] 3 W.W.R. 273 (Alta CA)).

[12] *Peter Buchanan Ltd v McVey* [1954] I.R. 89, [1955] A.C. 516n. (as explained in *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368), distinguished in *Ayres v Evans* (1981) 39 A.L.R. 129; *QRS 1 ApS v Frandsen* [1999] 1 W.L.R. 2169 (CA) (criticised Briggs (1999) 70 B.Y.I.L. 341; Smart (2000) 116 L.Q.R. 360); *Priestley v Clegg*, 1985(3) S.A. 955; *Re Tucker* [1988] L.R.C. (Comm.) 995 (Isle of Man).

[13] [1986] A.C. 368 criticised by F.A. Mann, *Further Studies in International Law* (1990), p.389. See also *Air India Ltd v Caribjet Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 314. *cf. Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt and Liguori* [1937] 1 Ch. 513; *Banco de Bilbao v Sancha and Rey* [1938] 2 K.B. 176; *Brown, Gow, Wilson v Beleggings-Societeit NV* (1961) 29 D.L.R. (2d) 673 (Ont).

[14] [1990] 1 A.C. 723, 809.

which seeks delivery of securities owned by the former King of a foreign country and held by his agent in London in order to deliver them to the foreign State, which had declared all the ex-King's property forfeit on account of his alleged treason[15]; or the case of a debtor who seeks to defeat a claim against him by pleading that the debt has been attached through a garnishee order served by or on behalf of a foreign State in respect of tax liabilities[16]; or the case of a shipowner who refuses to hand over goods to their owner because it has received a notice of levy from a foreign government which under its own law has encumbered the goods with a lien in respect of unpaid tax.[17] Where, however, the foreign government has a patrimonial claim,[18] e.g. to the property of unsuccessful revolutionaries or former governments, or where it claims or reclaims property which it has reduced into its possession,[19] the case is not one of enforcement of title, but of recognition, and the claim will be enforced. The foreign State may sue to prevent injury to its property, and in this context it was held in the 19th century that the Emperor of Austria could sue to restrain the manufacture of counterfeit bank notes,[20] and most recently that the Kingdom of Spain had an arguable case (on a striking-out application) that it could sue to restrain the use of forged export licences.[21]

5–027 **Penal laws.** "The common law considers crimes as altogether local, and cognisable and punishable exclusively in the country where they are committed . . . Chief Justice Marshall, in delivering the opinion of the Supreme Court, said: 'The courts of no country execute the penal laws of another'."[22] In *Huntington v Attrill*[23] the Privy Council defined penal to include not only crimes in the strict sense, but "all breaches of public law punishable by pecuniary mulct or otherwise, at the instance of the state government, or someone representing the public" and (adopting the test laid down by the

[15] *Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 K.B. 140. Contrast *Kahler v Midland Bank* [1950] A.C. 24, criticised by F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), pp.506–508.

[16] *Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co* [1963] 2 Q.B. 352. *cf. Van de Mark v Toronto-Dominion Bank* (1989) 68 O.R. (2d) 379.

[17] *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 Q.B. 476 (CA), where on an interpleader the US Government argued unsuccessfully that the effect of the notice of levy should be recognised on the basis that the rule as to non-enforcement of revenue claims applied only to direct actions in courts of law. *cf. Bank of Ireland v Menneghan* [1994] 3 I.R. 111.

[18] *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 511, *per* Lord Keith of Avonholm.

[19] e.g. *King of Two Sicilies v Willcox* (1851) 1 Sim.(N.S.) 301; *USA v Prioleau* (1865) 2 H.&M. 559; *USA v McRae* (1867) L.R. 3 Ch.App. 79; *USSR v Belaiew* (1925) 42 T.L.R. 21.

[20] *Emperor of Austria v Day* (1861) 3 De G.F. & J. 217, 253–254.

[21] *Kingdom of Spain v Christie, Manson & Woods Ltd* [1986] 1 W.L.R. 1120 (discussed in *Associated Newspapers Group Plc v Insert Media Ltd* [1988] 1 W.L.R. 509, 512–513). On the question whether a foreign State may seek to recover assets taken by former rulers or officials see Collins, in *Mélanges Lalive* (1993), pp.221–230; and *cf. Republic of the Philippines v Marcos*, 862 F. 2d 1355 (9th Cir.), cert. den. 490 U.S. 1035 (1988) (where such a claim was permitted) with *Duvalier v Etat haitien*, Cour de cassation, France, 1990, in 1991 *Clunet* 137 (where the claim was disallowed). The point was not taken in *Republic of Haiti v Duvalier* [1990] 1 Q.B. 202 (CA).

[22] Story, ss.620–621, citing *The Antelope* (1825) 10 Wheat. 66, 123. See also *Folliott v Ogden* (1789) 1 H.Bl. 123, 135, *per* Lord Loughborough; *Ogden v Folliott* (1790) 3 T.R. 726, 733, *per* Buller J.

[23] [1893] A.C. 150, 156 (PC).

United States Supreme Court[24]) "all suits in favour of the state for the recovery of pecuniary penalties for any violation of statutes for the protection of its revenue or other municipal laws, and to all judgments for such penalties." Thus for this purpose a penal law is a law which punishes[25] or prevents[26] an offence. To come within this principle the law does not have to be part of the criminal code of the foreign country. Thus a law intended to protect the historic heritage of New Zealand by forfeiting historic articles illegally exported was held to be penal[27]; so also in Ireland it was held that the process of sequestration of assets of the National Union of Mineworkers after its civil contempt of court in England was penal in nature.[28] The penalty must normally be exigible by the State,[29] and therefore an action for punitive damages by a private person will not be regarded as penal.[30]

Since "the essential nature and real foundation of a cause of action are not changed by recovering judgment upon it,"[31] the English court will not enforce a foreign criminal judgment.[32] **5–028**

Revenue laws. " . . . [T]here is a well recognised rule, which has been enforced for at least 200 years or thereabouts, under which these courts will not collect the taxes of foreign states for the benefit of the sovereigns of those foreign states".[33] This is because "tax gathering is not a matter of contract but of authority and administration as between the State and those within its jurisdiction."[34] Accordingly, the courts do not enforce foreign revenue laws, nor judgments based on foreign revenue claims.[35] In *Government of India v Taylor*[36] Lord Keith of Avonholm accepted that this rule was subject to contrary agreement by treaty or convention, and it has been held that the State **5–029**

[24] *Wisconsin v Pelican Insurance Co*, 127 U.S. 265, 292 (1888).

[25] *Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150 (PC).

[26] *Schemmer v Property Resources Ltd* [1975] Ch. 273, 288.

[27] *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1, 34–35 (CA), *per* Ackner and O'Connor L.JJ., affirmed by HL on different grounds.

[28] *Larkins v NUM* [1985] I.R. 671.

[29] *Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150, 157–158.

[30] *SA Consortium General Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd* [1978] Q.B. 279, 299–300, 305–306 (CA). But an action for treble damages under United States anti-trust law may be an action for a penalty, since the right to treble damages is granted so that private parties may act as "private attornies-general" to vindicate the anti-trust law: see below, paras 14–020; 14–253 *et seq.* In *Old North State Brewing Co v Newlands Services Inc* [1999] 4 W.W.R. 573 (BCCA) a North Carolina judgment contained an award of treble damages on the basis that the judgment debtor had been found to have committed unfair and deceptive trade practices, and included an award for punitive damages. It was held that the trebling of damages could be equated to exemplary damages under Canadian law, and enforcement of the judgment was not contrary to public policy.

[31] *Wisconsin v Pelican Insurance Co*, 127 U.S. 265, 292 (1888).

[32] Rule 35, below.

[33] *Re Visser* [1928] Ch. 877, 884, *per* Tomlin J. See also *King of the Hellenes v Brostrom* (1923) 16 Ll.L.R. 167, 190 at p.193.

[34] *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 514.

[35] On such judgments see, below, Rules 35(1) and 47; *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 506; *USA v Harden* (1963) 41 D.L.R. (2d) 721 (Sup Ct Can); *Commissioner of Taxes v MacFarland*, 1965 (1) S.A. 470. *cf. Att-Gen for Canada v Schulze* (1901) 9 S.L.T. 4 (foreign judgment for costs awarded in revenue case). See Stoel (1967) 16 I.C.L.Q. 663.

[36] [1955] A.C. 491, 511.

of Norway could seek the extradition of its national for offences of false accounting, forgery and theft which were connected with tax offences.[37] In addition, as indicated above,[38] very substantial inroads have been made on Rule 3 in relation to claims in England for the collection of taxes in European Union Member States by the Council Directives relating to mutual assistance in the recovery of taxes and duties.

5–030 The expression "revenue law" has not been defined, but certainly includes a rule requiring a non-contractual payment of money or kind in favour of central or local government. Thus rules imposing an income tax,[39] a capital gains tax,[40] a profits levy,[41] a succession duty,[42] a municipal contribution,[43] a compulsory state insurance scheme contribution,[44] and a customs duty[45] have been characterised as revenue laws; but rules under which a State can recover social security payments[46] or obtain legal aid contributions[47] have not been so characterised. The character to be given exchange control regulations is not clear. Although they may not be revenue laws,[48] it has been doubted (it is submitted, correctly) whether the courts would entertain proceedings under a foreign exchange control regulation for the repatriation of funds situate in England.[49]

---

[37] *R. v Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p. Secretary of State for the Home Department* [1988] 1 W.L.R. 1204 (DC).

[38] para.5–022.

[39] *Indian and General Investment Trust Co Ltd v Borax Consolidated Ltd* [1920] 1 K.B. 539, 550; *USA v Harden* (1963) 41 D.L.R. (2d) 721 (Sup Ct Can).

[40] *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491.

[41] *Peter Buchanan Ltd v McVey* [1954] I.R. 89, [1955] A.C. 516n.

[42] *Cotton v R.* [1914] A.C. 176, 195 (PC); *Re Visser* [1928] Ch. 877; *Re Lord Cable* [1977] 1 W.L.R. 7, 13; *Bath v British and Malayan Trustees Ltd* [1969] 2 N.S.W.R. 114; *Re Dwelle Estate* (1969) 69 W.W.R. 212 (Alta); *Jones v Borland*, 1969 (4) S.A. 29.

[43] *Municipal Council of Sydney v Bull* [1909] 1 K.B. 7, 12.

[44] *Metal Industries (Salvage) Ltd v Owners of ST "Harle"*, 1962 S.L.T. 114. The point seems to have been overlooked in *The Acrux* [1965] P. 391.

[45] *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 343; *cf. Att-Gen for Canada v Schulze*, (1901) 9 S.L.T. 4; *King of the Hellenes v Brostrom* (1923) 16 Ll.L.R. 167, 190; *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1958] A.C. 301, 330.

[46] *Weir v Lohr* (1967) 65 D.L.R. (2d) 717 (Man.). See also Case C–271/00 *Gemeent Steenbergen v Baten* [2002] E.C.R. I–10489: right to recover social assistance payments a "civil matter" under 1968 Convention, Art.1, and not within the scope of "social security" for the purposes of the exclusion in Art.1(3).

[47] *Connor v Connor* [1974] 1 N.Z.L.R. 632. In this case, and in *Weir v Lohr*, above, proceedings by private plaintiffs were held to be maintainable notwithstanding that the fruits of their litigation would be claimed by a foreign State which had paid social security claims or legal aid contributions and of which it was entitled to reimbursement. A direct claim by a foreign State for reimbursement would not be maintainable, it seems, unless it had a contractual or quasi-contractual character: see F.A. Mann (1971) *Recueil des Cours*, I, p.107, at pp.173–175.

[48] *Frankman v Prague Credit Bank* [1948] 1 K.B. 730, 746; *Kahler v Midland Bank* [1950] A.C. 24, 46–47, 57. But export regulations designed to protect foreign exchange were treated as revenue laws in *King of the Hellenes v Brostrom*, above.

[49] *Re Lord Cable* [1977] 1 W.L.R. 7, 13. See also *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No.2)* [1997] C.L.C. 714 (CA). *cf. Banco do Brasil v AC Israel Commodity Co*, 12 N.Y. 2d 371, 190 N.E. 2d 235 (1963), cert. den. 376 U.S. 906 (1964); contrast *Banco Frances e Brasileiro v Doe*, 36 N.Y. 2d 592, 331 N.E. 2d 502, cert. den. 423 U.S. 867 (1975).

Although it was once said that revenue laws are never recognised abroad,[50] this proposition had no justification and it is clear that a foreign revenue law which is part of the applicable law may be recognised.[51] Accordingly where no question of enforcement arises, foreign revenue laws are applied by the courts if they are relevant to an issue, although in individual cases such laws may (like any other foreign rule) have to be disregarded on grounds of public policy. Thus a contract which violates the customs regulations of the governing law will be treated as invalid in England. **5–031**

Public laws. The expression "other public law" refers to all those rules (other than penal and revenue laws) which are enforced as an assertion of the authority of central or local government. The prohibition on enforcement of public law as such has not received the direct approval of the House of Lords and has been the subject of conflicting dicta in lower courts. It is submitted[52] that the prohibitions on the enforcement of penal[53] and revenue laws are examples of a wider principle that a State cannot enforce its public law or its political or prerogative rights.[54] As Lord Keith of Avonholm put it in *Government of India v Taylor*,[55] an assertion of sovereign authority by one State within the territory of another is contrary to all concepts of independent sovereign authorities. **5–032**

The public laws involved would include such topics as import and export regulations,[56] trading with the enemy legislation,[57] price control regulations and anti-trust legislation. In practice probably the most important rules falling within the category are those which authorise governmental interference with private property, whether in the form of requisition, nationalisation or confiscation. The courts recognise the validity of a title acquired under such rules if the interference was valid and effective by the law of the country where the property was situate at the time when the transference of interest is alleged to have taken place.[58] If, after that date, the property is removed to England **5–033**

---

[50] See, e.g. *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 342. Foreign rules requiring documents to be stamped as a prerequisite of validity have long been recognised: *Alves v Hodgson* (1797) 7 T.R. 241, 243; *Clegg v Levy* (1812) 3 Camp. 166; *Bristow v Sequeville* (1850) 5 Exch. 275. Contrast *James v Catherwood* (1823) 3 Dow. & Ry. (K.B.) 190.

[51] See *Re Visser* [1928] 1 Ch. 877; *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491, 505, 513; *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1956] 2 Q.B. 490, 515 (CA); affirmed [1958] A.C. 301, 322, 324, 328, 330.

[52] This submission was approved in *US v Inkley* [1989] Q.B. 255, 264 (CA).

[53] Which were defined in *Huntington v Attril* [1893] A.C. 150, 156 (PC) to include all breaches of "public law" punishable by fine or otherwise.

[54] The expression used in *Emperor of Austria v Day* (1861) 3 De G.F. & J. 217, 232, 238, 251.

[55] [1955] A.C. 491, 511, quoted above, para.5–020.

[56] *cf. King of Italy v De Medici* (1918) 34 T.L.R. 623; *King of the Hellenes v Brostrom* (1923) 16 Ll.L.R. 167, 190 (decided on the basis that the law was a revenue law).

[57] *cf. Lepage v San Paulo Copper Estates Ltd* [1917] W.N. 216; *Lorentzen v Lydden & Co Ltd* [1942] 2 K.B. 202; and *Jabbour v Custodian of Israeli Absentee Property* [1954] 1 W.L.R. 139. All of these decisions are inconsistent with the principle stated in the text, but the question discussed was not argued. *Lorentzen v Lydden & Co Ltd* was not followed on other grounds in *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953] 1 Q.B. 248, and has now been overruled in *Peer International Corp v Termidor Music Publishers Ltd* [2003] EWCA Civ. 1156, [2004] Ch. 212.

[58] *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford*, above; see also below, Rule 128.

before it has been reduced into the possession of the foreign State, then it is submitted that the latter has a valid but unenforceable title: valid because the property was situate within its jurisdiction at the appropriate time, but unenforceable because the courts will not countenance a claim by the foreign State (or its nominee or agent[59]) based on an exercise of sovereign power.[60] If, however, the foreign State does reduce the property into its possession then there seems to be no objection to the protection of that possession in England, since protection of that possession would not involve enforcement of the rule of expropriation.[61] Where a foreign State by decree expropriates shares in a company subject to its jurisdiction, there is no objection to the management of that company appointed by the State procuring the company to recover assets owned by the company situated in England by an action in England. Such an action does not amount to direct or indirect enforcement of the expropriation decree.[62]

5–034 There is, it is true, very little authority which deals directly with the general principle that foreign public laws will not be enforced in the English court. This is, at least partially, explained by the fact that States do not generally seek to enforce their public laws abroad and by the fact that it is difficult to see to what cause of action such claims could give rise. Thus in *Re Lord Cable*[63] the Indian Government sought to be joined in proceedings for the execution of a will trust, in order that it might argue (inter alia) that the will trustees should remit funds to India in accordance with Indian exchange control legislation. Joinder was refused because, among other grounds, Slade J. was not satisfied that the English court would ever entertain proceedings by a foreign State of which the sole purpose was directly to enforce its exchange control regulations. In that case, the Indian Government sought to be joined so that it could oppose an application by beneficiaries to restrain the trustees from remitting funds to India. But if it had commenced an action itself to require remittance of the funds to India in accordance with the exchange control regulations, it is clear that there would have been no cause of action appropriate to the claim. It is not necessary to assimilate exchange control regulations to revenue laws to arrive at that conclusion. There are no principles of the conflict of laws which deal with public rights of that kind.

5–035 In *Att-Gen of New Zealand v Ortiz*[64] the New Zealand Government sought to recover a valuable Maori carving which had been illegally exported from

[59] *cf. Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 K.B. 140, 144.

[60] The question was reserved in *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No.2)* [1967] 1 A.C. 853, 924–925, 941, 962; see also [1964] R.P.C. 299, 335. See also Cheshire and North, p.118, n.6; F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), pp.503–504; Wolff, ss.500–501.

[61] *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 Q.B. 476, 482–483 (CA); *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1 (CA) at p.24, *per* Lord Denning M.R.

[62] *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, a decision on a striking out application which did not involve examination of the general principle discussed in this section. See also *Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt and Liguori* [1937] 1 Ch. 513; *Banco de Bilbao v Sancha and Rey* [1938] 2 K.B. 176; *Brown, Gow, Wilson v Beleggings-Societeit NV* (1961) 29 D.L.R. (2d) 673, 709 (Ont), on which see Ziegel and Dunlop (1962) 40 Can. Bar Rev. 490, 503; F.A. Mann (1962) 11 I.C.L.Q. 471, 490.

[63] [1977] 1 W.L.R. 7.

[64] [1982] Q.B. 349, reversed [1984] A.C. 1 (CA and HL).

New Zealand. The carving had been bought by Ortiz and was in the possession of Sotheby's, the auctioneers, for sale on behalf of Ortiz. Under a New Zealand statute historic articles exported without permission were forfeited to the Crown. The defendants resisted the action on two principal grounds, (a) that under New Zealand law the forfeiture was not automatic and did not take effect unless the goods were seized by the authorities (which they had not been), and (b) that the New Zealand statute could not be enforced because it was a penal or public law. Staughton J. decided in favour of the New Zealand Government on the basis that (a) under New Zealand law forfeiture was automatic, and (b) the law was not penal and there was no general category of non-enforceability of foreign public law. In the Court of Appeal his decision was reversed, (a) unanimously on the basis that forfeiture was not automatic, and (b) *per* Lord Denning M.R. on the basis that the statute was a public law which would not be enforced, and *per* Ackner and O'Connor L.JJ. on the basis that it was a penal law. The decision of the Court of Appeal was affirmed by the House of Lords solely on the ground that the New Zealand statute did not provide for automatic forfeiture, and the House of Lords pointed out that the views of the Court of Appeal on the applicability of the principle of non-enforceability of penal or public laws were *obiter*, and that the House, having heard no argument on this aspect, would not express any conclusion on the correctness of the opinions of the Court of Appeal. The view of Staughton J. on the relevant aspect was that the authorities did not support a general principle that public laws should not be enforced, and that the better approach was to consider in each individual case whether there was a special ground of public policy which required the law in question not to be enforced. Lord Denning M.R., after a review of the authorities,[65] adopted the view expressed in this book that foreign public laws are not enforceable in this country, because they are acts done in the exercise of sovereign authority which will not be enforced outside the territory of the foreign State. Ackner L.J. did not reach a concluded view, but indicated some support for Staughton J.'s conclusion. In *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd*,[66] the facts of which have been summarised above,[67] the defendants to claims by Spanish companies whose shares had been expropriated by the Spanish State sought to resist the claims on the ground (inter alia) that the proceedings were an attempt to enforce a foreign law which was penal or otherwise ought not to be enforced by the court, i.e. that the action was an attempted enforcement of a foreign public law and contrary to public policy. The House of Lords upheld the striking out of this defence on the basis that the action did not amount to

[65] Those which are sometimes said to support the general rule include *Don Alonso v Cornero* (1613) Hob. 212 (where it was held that the English court would not enforce a Spanish decree of forfeiture; but the decree was penal and the property concerned was forfeited when it was outside Spain); *King of Italy v De Medici* (1918) 34 T.L.R. 623 (where the court refused to grant an interlocutory injunction at the instance of the Italian Government in respect of the Medici family papers said to have been illegally exported; but the grounds of the decision are not clear).

[66] [1986] A.C. 368. For criticism of this decision see F.A. Mann, *Further Studies in International Law* (1990), p.389. For a decision in a related action in the United States see *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd*, 840 F. 2d 73 (DC Cir. 1988).

[67] See above, para.5–025.

enforcement, direct or indirect, of the Spanish decree. Accordingly, the decision is no authority on the question whether there is a residual category of foreign public laws which the English court will not enforce.

5–036 More recently, in *US v Inkley*[68] the United States Government sought to enforce in England a default judgment which it had obtained against the defendant in Florida. The defendant had been arrested on fraud charges and had given an appearance bond as a condition of his being released on bail. He absconded, and a default judgment was entered on the bond. The Court of Appeal refused to enforce the judgment. The primary basis of the decision appears to have been that the purpose of the proceedings was to enforce the criminal or penal law. But the Court of Appeal (Purchas L.J. and Heilbron J.) expressly accepted that there is a third residual category of foreign public law which the court will not enforce.[69] The authority of the judgment is weakened by the fact that, in reaching this view, the Court of Appeal relied on the judgment of Ackner L.J. in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz*, when it is plain that he inclined to the view of Staughton J. that there was no such residual category. In *Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No.2)*[70] judgment creditors of the Bank of Zambia sought a garnishee order against a Zambian company which operated all the main copper mines in Zambia, and which kept the proceeds of its metal sales on the London Metal Exchange in London. Under Zambian exchange control regulations the company was obliged to remit a proportion of its income to the judgment debtors, the Bank of Zambia, and the judgment creditors argued that this obligation constituted an attachable debt. The application was refused on the primary ground that the obligation on the garnishee to remit to the Bank of Zambia was not contractual and therefore did not amount to an attachable debt. But Simon Brown L.J., *obiter*, said that, even if there had been a contractual debt, it would not have been capable of attachment because the same objections which arose with regard to the enforcement of foreign revenue and penal laws applied equally to many other public laws, including particularly exchange control, the enforcement of which was no less political; and Phillips L.J. expressed the view that in the hypothetical situation that the Bank of Zambia sued in England to enforce a debt recoverable under exchange control laws, the current state of the authorities militated against the English court entertaining the claim, but indicated that he could not conclude with confidence that it would not do so.

5–037 The question of the enforceability of foreign public law did, however, arise for decision in Australia and New Zealand in the extensive litigation by the British Government in which it sought to restrain the publication of *Spycatcher*, a book written by Peter Wright, a former member of the British security services. The British Government claimed that the book had drawn on confidential knowledge obtained by Wright while he was an officer of the security services, and that consequently the proposed publication was a breach of fiduciary duty, or a breach of the equitable duty of confidence, or a breach

[68] [1989] Q.B. 255 (CA).
[69] At p.264.
[70] [1997] C.L.C. 714 (CA).

of a contractual obligation of confidence. The High Court of Australia[71] accepted that there was a principle that the court should not enforce foreign public laws, in the sense that the court would not allow the enforcement outside the territory of the foreign sovereign of claims based on or related to the exercise of foreign governmental power. The High Court recognised that it was difficult to identify the foreign laws or rights which fell within the general principle, and suggested that, rather than refer to "public laws" it would be more apt to refer to "public interests" or "governmental interests" to signify that the rule applies to claims enforcing the interests of a foreign sovereign which arise from the exercise of certain powers peculiar to government. Accordingly, the injunction was refused on the ground that the court would not enforce a claim arising out of acts of a foreign State in the exercise of such powers in the pursuit of its national security. The claim for relief arose out of, and was secured by, an exercise of the prerogative of the Crown, in the maintenance of national security, and the right or interest asserted was to be classified as a governmental interest, and not the vindication of private law obligations derived from the fiduciary and contractual relationship between Wright and the British Government. As a result, the action fell within the rule of international law which rendered the claim unenforceable. In New Zealand the Court of Appeal refused an injunction because the material in the book had already entered the public domain, and because it was in the New Zealand public interest that it should be published. Cooke P. seems to have accepted the residual category of "public laws," but considered that the secret service agent's duty of confidentiality should be enforced, at any rate if the local sovereign supported the claim.[72]

5–038 In Canada and Australia, however, the courts have allowed the United States government, or office holders appointed by it, to enforce United States judgments, or make civil claims, based on United States public law. In Canada, the non-enforceability of "other public laws" was said in *US v Ivey*[73] to rest on a shaky foundation. In that case the United States government was held entitled to enforce in Ontario default judgments obtained in a federal court in Michigan. The judgments were obtained under United States legislation which entitled the government to sue for reimbursment of the cost of remedial measures undertaken by the United States Environmental Protection Agency in relation to a waste disposal site operated by the defendants. At first instance it was held that even if the rule extended to "other public laws" it did not apply because (a) the claim was not an attempt by a foreign State to assert

[71] *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 42–43. Brennan J. agreed with the result, but would have based the decision simply on the basis that it was contrary to public policy to enforce an obligation of confidence in an action brought for the purpose of protecting the intelligence secrets and political information of a foreign government. In the NSWCA, Street C.J. and Kirby P. accepted that there was a third residual category, but Street C.J. dissented on the basis that such an action should be allowed if the local sovereign supported the claim of the foreign sovereign on the ground that disclosure would harm the public interest: (1987) 10 N.S.W.L.R. 86. For criticism see F.A. Mann (1988) 104 L.Q.R. 497; see also Collier [1989] C.L.J. 33.
[72] *Att-Gen (UK) v Wellington Newspapers Ltd* [1988] 1 N.Z.L.R. 129, 173–175. *cf. Nanus Asia Inc v Standard Chartered Bank* [1990] 1 H.K.L.R. 396; contrast *Re Santa Fe Int Corp* (1984) 23 Int. Leg. Mat. 511.
[73] (1995) 130 D.L.R. (4th) 674, affirmed (1996) 139 D.L.R. (4th) 570 (Ont CA).

its sovereignty in Ontario; and (b) considerations of comity favoured enforcement of regulatory schemes aimed at environmental protection and control in North America. The Ontario Court of Appeal agreed, and held that the cost recovery action, although asserted by a public authority, was close to a common law claim for nuisance and was in substance of a commercial or private law nature.

So also in Ontario the United States Government was granted a *Mareva* injunction in aid of United States proceedings in connection with the illegal resale of Canadian lottery tickets in the United States[74]; and in two decisions at first instance in British Columbia, United States judgments in favour of the United States Securities and Exchange Commission in civil actions for disgorgement of the proceeds of securities fraud have been enforced.[75]

5–039 In Australia it was held in *Evans v European Bank Ltd*[76] that a receiver appointed by the United States Federal Trade Commission could sue in New South Wales to recover the proceeds of a credit card fraud. The proceedings were not to be characterised as proceedings to secure a governmental interest. *Schemmer v Property Resources Ltd*[77] was distinguished on the ground that there was no statutory provision relied upon in those proceedings capable of leading to compensatory orders. The fact that some of the funds might not be able to be distributed to the consumers who were defrauded, and that in that event provision was made for the payment of any surplus to the United States Treasury, might indicate that there was a penal element in the orders made. But that was no more than an allowance for a contingency which was not expected to eventuate, and could not used to characterise the nature of the proceedings. As a matter of substance, it was a proceeding designed to compensate persons who had been defrauded.

5–040 The issue thus still remains open for decision in England whether the doctrine that penal and revenue laws will not be enforced extends to laws of a "political" or "public" character.[78] The weight of authority in England and abroad clearly indicates that there are limits on the extent to which a foreign State may seek to enforce its public law abroad, but that there is some difference of opinion as to the extent of those limits. The essential issue is whether the courts will refuse to enforce all public laws, as Lord Denning M.R. thought, or whether there should be a degree of flexibility based on special grounds of public policy which require the law in question not to be enforced, as Staughton J. thought.[79] The matter has been the subject of attention by the Institut de droit international and the International Law Association, each of which recommended a degree of flexibility in dealing

[74] *United States v Levy* (1999) 45 O.R. (3d) 129. Contrast *United States v Yemec* (2003) 233 D.L.R. (4th) 169 (Ont).

[75] *United States (Securities and Exchange Commission) v Shull*, Vancouver A980249 (1999); *United States (Securities and Exchange Commission) v Cosby*, 2000 BCSC 338.

[76] [2004] NSWCA 82.

[77] [1975] Ch. 273.

[78] *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1958] A.C. 301, 318, *per* Lord Simonds. The question was also left open by the United States Supreme Court in *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 U.S. 398, 414 (1964).

[79] See also the similar approach of Brennan J. in *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 50–52.

with claims to enforce foreign public law.[80] It is suggested that this is an approach which should commend itself to the English court, and that the Canadian and Australian decisions should be followed.

Act of State. It has been held that the courts will not investigate the **5–041** propriety of an act of the Crown performed in the course of its relations with a foreign State,[81] or enforce any right alleged to have been created by such an act unless that right has been incorporated into English domestic law.[82] Such acts are "acts of state," which, it has been said, "cannot be challenged, controlled or interfered with by municipal courts."[83] This proposition does not mean that an act of state is not recognised by the courts or that it cannot affect private rights existing prior to its commission.[84] Nor does it mean that areas

[80] The Institut de droit international (whose rapporteur was Professor Pierre Lalive) resolved in 1977 that claims based on the exercise of governmental power by foreign States should in principle be inadmissible, unless they were justified by reason of the subject matter of the claim, the needs of international co-operation or the interests of the States concerned: see Ann. 1975, pp.157–183, 219–259; Ann. 1977, pp.2–18, 328–331. This view was adopted by the French Cour de Cassation in *Guatemala v SINCAFC*, 1990, in 1991 *Clunet* 137. The International Law Association (whose rapporteur was Mr P.B. Carter) resolved that foreign public laws should not be accorded special treatment, but that the forum may decline to enforce them on grounds of public policy: see Report of the 63rd Conference (1988), pp.29–30; 719–757. See also *Basle Symposium on the Role of Public Law in Private International Law*, ed. Klein (1991); Lipstein in *United Kingdom Law in the 1980s*, ed. Banakas (1988), p.38, at 53–58; Prott (1989) *Recueil des Cours*, V, p.215, at pp.291–297. For recovery of cultural property by Member States of the European Union see, below, para.24–009.

[81] *Secretary of State in Council of India v Kamachee Boye Sahaba* (1859) 13 Moo. P.C. 22, 75; *Cook v Sprigg* [1899] A.C. 572, 578 (PC); *Salaman v Secretary of State for India* [1906] 1 K.B. 613 (CA); *Johnstone v Pedlar* [1921] 2 A.C. 262, 290; *Secretary of State for India v Sardar Rustam Khan* [1941] A.C. 356, 372 (PC). *cf. R. v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Pirbai, The Times*, October 17, 1985 (CA); *Ex p. Molyneux* [1986] 1 W.L.R. 331; *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418, 499; *R. v Secretary of State for Home Affairs, ex p. Rees-Mogg* [1994] Q.B. 552.

[82] *Nabob of the Carnatic v East India Co* (1793) 2 Ves. 56, 60; *Cook v Sprigg* [1899] A.C. 572, 578 (PC); *West Rand Central Gold Mining Co Ltd v R.* [1905] 2 K.B. 391; *Vajesingji v Secretary of State for India* (1924) L.R. 51 I.A. 357, 360 (PC); *Hoani Te Heuheu Tukino v Aotea District Maori Land Board* [1941] A.C. 308 (PC). See also *Rustomjee v R.* (1876) 2 Q.B.D. 69, 73; *Civilian War Claimants' Association v R.* [1932] A.C. 14; *Republic of Italy v Hambros Bank* [1950] Ch. 314; *Winfat Ltd v Att-Gen of Hong Kong* [1985] A.C. 733 (PC); *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418; *Re International Tin Council* [1989] Ch. 309 (CA); *Arab Monetary Fund v Hashim (No.3)* [1991] 2 A.C. 114; *Littrell v Government of the United States (No.2)* [1995] 1 W.L.R. 82 (CA); *Philipp Brothers v Republic of Sierra Leone* [1995] 1 Lloyd's Rep. 289 (CA); *Lonrho Exports Ltd v Export Credits Guarantee Dept* [1999] Ch. 158.

[83] *Salaman v Secretary of State for India* [1906] 1 K.B. 613, 639 (CA).

[84] *ibid.* at p.640. For example, under the former practice relating to recognition of governments (see below, para.25–004); acceptance by the court of recognition of a foreign régime which had changed the law of the foreign country could have involved an alteration in the court's attitude to private rights existing under the old law: *Luther v Sagor* [1921] 3 K.B. 532 (CA). On the effect of executive statements see *Republic of Somalia v Woodhouse Drake and Carey (Suisse) SA* [1993] Q.B. 54; *Sierra Leone Telecommunications Co Ltd v Barclays Bank Plc* [1998] 2 All E.R. 821; *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Att-Gen for Fiji v Robert Jones House Ltd* [1989] 2 N.Z.L.R. 69; and Warbrick (1986) 35 I.C.L.Q. 138; Wilmshurst (1986) 35 I.C.L.Q. 157; and on recognition of States see *Gur Corp v Trust Bank of Africa Ltd* [1987] Q.B. 559 (CA). See generally Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1947); Talmon, *Recognition of Governments in International Law* (1998).

which were once thought to be exclusively within the prerogative power of the Crown in the exercise of foreign relations, such as the exercise of diplomatic protection, cannot be the subject of judicial review.[85]

5–042 The expression "act of state" is also used to describe executive acts which are authorised or ratified by the Crown in the exercise of sovereign power.[86] The victim of such an act is in some circumstances denied any redress against the actor because the act, once it has been identified as an act of state, is one which the court has no jurisdiction to examine.[87] The defence can be raised in regard to an act performed outside the United Kingdom and its colonies against the person or property of an alien[88] and is also available in regard to the deportation[89] or internment[90] of an alien of enemy nationality. The defence is probably not available in regard to acts affecting the property in the United Kingdom of a non-resident alien.[91] It is an open question whether the defence can apply to acts performed outside the United Kingdom and its colonies against the person or property of a British citizen.[92] The defence is inapplicable to an act performed within the United Kingdom and its colonies against the person or property of a British citizen[93] or of a non-enemy alien present here.[94]

5–043 The expression "act of state" is also used in connection with the executive and legislative acts of foreign States. The expression is found in several contexts, and it may not be possible to extract a general principle which will apply to all of them. One line of authorities (concerning the rights of inhabitants of ceded territory) indicates that the English courts will not investigate the propriety of an act of a foreign government performed in the course of its

[85] *R. (on the application of Abassi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, [2003] U.K.H.R.R. 76.

[86] *Nissan v Att-Gen* [1970] A.C. 179, 218, 238.

[87] *The Rolla* (1807) 6 C.Rob. 364, 366; *Buron v Denman* (1848) 2 Exch. 167; *R. v Crewe, ex p. Sekgome* [1910] 2 K.B. 576, 606, 624, 628 (CA); *Sobhuza II v Miller* [1926] A.C. 518 (PC); *Nissan v Att-Gen* [1970] A.C. 179, 216; *Buttes Gas & Oil Co v Hammer (Nos 2 and 3)* [1982] A.C. 888, 930–931.

[88] *Buron v Denman* (1848) 2 Exch. 167.

[89] *Netz v Ede* [1946] Ch. 224. For the deportation of aliens of non-enemy nationality see Immigration Act 1971, s.3(5), as amended by Immigration Act 1999.

[90] *R. v Bottrill, ex p. Kuechenmeister* [1947] K.B. 41 (CA).

[91] *cf. Commercial and Estates Company of Egypt v Board of Trade* [1925] 1 K.B. 271, 290 (CA); *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* [1975] Q.B. 557, 573 (CA), reversed on other grounds [1982] A.C. 888. It is probable that the Human Rights Act 1998 has removed any doubt. *cf. R. (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* [2005] EWCA Civ. 1609.

[92] This point was left open by the majority of the House of Lords in *Nissan v Att-Gen* [1970] A.C. 179, 221, 226–227, 236 and 240. Lord Reid (at p.213) thought the defence could never apply in regard to a British subject "at least if he is also a citizen of the United Kingdom and Colonies." This category has now been replaced by British citizenship, British Dependent Territories citizenship and British Overseas citizenship (British Nationality Act 1981) and the status of British National Overseas (*ibid.* s.51(3)(a)(ii), as amended by SI 1986/948). In *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* [1975] Q.B. 557, 573 (reversed on other grounds [1982] A.C. 888) Lord Denning M.R. thought the defence is "probably not available" in the case of a "British subject", in current terminology a "Commonwealth citizen". See also Collier [1968] C.L.J. 102, 115–117; Polack (1963) 26 M.L.R. 138; Kato [1969] Public Law 219. *cf. R. (on the application of Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* [2005] EWCA Civ. 1609.

[93] *Walker v Baird* [1892] A.C. 491 (PC).

[94] *Johnstone v Pedlar* [1921] 2 A.C. 262.

relations with another State or to enforce any right alleged to have been created by such an act.[95]

In the 19th century[96] it was held that the court could not enquire into a **5–044** sovereign act done within the territory of the foreign State, and this principle was expressed by the United States Supreme Court[97] in a much quoted dictum which was in turn adopted by the Court of Appeal in England[98]:

> "Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory."

This principle is sometimes used as an alternative ground for a result which **5–045** can also be reached by the application of the ordinary rules of the conflict of laws. Thus the executive seizure of property by a foreign sovereign within its territory will not give rise to an action in tort in England, either on the basis of this general principle, or because the act was lawful by the law of the place where it was committed and thus afforded a defence under the second rule in *Phillips v Eyre*.[99] Nor can a former owner challenge title to property acquired from a foreign government which had been confiscated within its own territory, again either on the basis of the general principle or on the basis of the rule that the validity of a confiscatory transfer of title depends on the *lex situs*.[1]

The general principle, however, is not an absolute one. In the first place, the **5–046** foreign legislative act may be disregarded if it is not applicable under the normal principles of the conflict of laws[2] or if it is contrary to public policy in England.[3] Secondly, there may be circumstances in which foreign legislation may be held by the English court to be unconstitutional under the foreign law. But the court will not entertain an action the object of which is to obtain

[95] *Cook v Sprigg* [1899] A.C. 572, 578 (PC); *Vajesingji v Secretary of State for India* (1924) L.R. 51 I.A. 357, 360 (PC); *cf. Johnstone v Pedlar* [1921] 2 A.C. 262, 290.

[96] *Duke of Brunswick v King of Hanover* (1844) 6 Beav. 1, 57–58; affirmed (1848) 2 H.L.C. 1, 17, 19, 21, 22, 24, 27. See also *Blad's Case* (1673) 3 Swan. 603 (PC), and *Blad v Bamfield* (1674) 3 Swan. 604; *Carr v Fracis Times & Co* [1902] A.C. 176, 179–180; *Johnstone v Pedlar* [1921] 2 A.C. 262, 290. See F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), p.420; (1971) *Recueil des Cours*, I, p.107, at pp.148–149; Singer (1981) 75 A.J.I.L. 283; Staker (1987) 58 B.Y.I.L. 151, 234–250; Collins (1995–96) 6 King's Coll. L.J. 20.

[97] *Underhill v Hernandez*, 168 U.S. 250, 252 (1897), affirming (1895) 65 F. 577; *Oetjen v Central Leather Co*, 246 U.S. 297, 304 (1918). See now *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *First National City Bank v Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972); *Alfred Dunhill of London Inc v Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976); Restatement Third, *Foreign Relations Law of the United States* (1987), s.443. In *Kirkpatrick & Co Inc v Environmental Tectonics Corp International*, 493 U.S. 400 (1990), noted by F.A. Mann (1990) 106 L.Q.R. 352, the US Supreme Court held that the act of state doctrine was concerned only with questions involving the validity of acts of foreign sovereigns in their own territory. This decision was applied in *A Ltd v B Bank* [1997] I.L.Pr. 586 (CA).

[98] *Luther v Sagor* [1921] 3 K.B. 532, 548 (CA); *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 K.B. 718, 724–725 (CA); *cf. Oppenheimer v Cattermole* [1976] A.C. 249, 282; *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30, 40–41.

[99] *Carr v Fracis Times & Co*, above. See below, para.35–003.

[1] *Luther v Sagor; Princess Paley Olga v Weisz*, above. See Rule 128.

[2] e.g. as in *Bank voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953] 1 Q.B. 248; *Peer International Corp v Termidor Music Publishers Ltd* [2003] EWCA Civ. 1156, [2004] Ch. 212.

[3] *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch. 323; *Oppenheimer v Cattermole* [1976] A.C. 249.

a determination of the constitutionality of the foreign legislation.[4] Thirdly, the act of state doctrine has no application when it is clear that the relevant acts were done outside the foreign sovereign's territory.[5] Fourthly, it has no application in cases where a statute requires investigation of the propriety or the validity of foreign acts of state.[6]

5–047 But although the English court may consider the expressed intention of the foreign legislation and the circumstances in which it was enacted, it will be slow to investigate the motives of the foreign legislator and to question its good faith.[7]

5–048 The extent to which foreign legislation which would otherwise be regarded as valid and applicable may be disregarded on the ground that it is contrary to public international law has been a controversial question. The point first arose in connection with the expropriation of foreign-owned property by States, when the original owners sought to recover their property after it had left the territory of the confiscating State. As more fully developed in Chapter 25, there were differing views. In *The Rose Mary*[8] the Anglo-Iranian Oil Company (later British Petroleum), represented by Sir Hartley Shawcross (former Attorney-General) persuaded the Supreme Court of Aden to hold that the Iranian Government's nationalisation of Anglo-Iranian's oil was invalid by international law. The decision was criticised in England,[9] and the United States Supreme Court decided in *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*[10] that the United States courts would not question the validity of a taking of property by a foreign government within its own territory, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement, even if were alleged that the taking violated customary international law.

5–049 In *Buttes Gas and Oil Co v Hammer (Nos 2 and 3)*[11] the House of Lords held that the act of state cases are part of a "more general principle that the courts will not adjudicate on the transactions of foreign sovereign states."

[4] *cf. A/S Tallinna Laevauhisus v Estonian State SS Line* (1947) 80 Ll.L.R. 99 (CA); *Buck v Att-Gen* [1965] Ch. 745 (CA); *Nuova Safim SpA v Sakura Bank Ltd* [1998] C.L.C. 306, affirmed [1999] C.L.C. 1830 (CA); *Fitzgibbon v Att-Gen* [2005] EWHC 114 (Ch.); *Hunt v T&N Plc* (1993) 109 D.L.R. (4th) 16 (Sup Ct Can); and F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973), p.442; (1965) 14 I.C.L.Q. 985 (1971) *Recueil des Cours*, I, p.107, at pp.147–149; Kahn-Freund, in *Festschrift für F.A. Mann* (1977), p.207. The statement in the text was approved in *Dubai Bank Ltd v Galadari (No.5), The Times*, June 26, 1990.

[5] *The Playa Larga* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, 194 (CA).

[6] *R. v Bow Street Magistrate, ex p. Pinochet* [2000] 1 A.C. 61, 106. This decision was subsequently set aside: [2000] 1 A.C. 119. For the final decision see *R. v Bow Street Magistrate, ex p. Pinochet (No.3)* [2000] 1 A.C. 147.

[7] In *Settebello v Banco Totta and Acores* [1985] 1 W.L.R. 1050 (CA) it was held that the English court would not issue letters rogatory to a foreign court for the purpose of taking evidence on the motives of the Portuguese legislature because it would be contrary to "judicial comity." *cf. Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Government of Mongolia* [2004] EWHC 472 (Comm.), [2004] 2 Lloyd's Rep. 198, affirmed [2005] EWCA Civ. 395, [2005] 1 W.L.R. 2497.

[8] [1953] 1 W.L.R. 246.

[9] *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch. 323, 352. See also *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1956] 2 Q.B. 490, 500, affirmed [1958] A.C. 301, 326; *The Playa Larga* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171, 190 (CA); *Williams & Humbert Ltd v W&H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] A.C. 368, 436; *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co* [1995] 1 W.L.R. 1147, 1166 (HL).

[10] 376 U.S. 398 (1964).

[11] [1982] A.C. 888.

This principle, it was said, was not a variety of "act of state" but one of "judicial restraint or abstention" which was not one of discretion but was "inherent in the very nature of the judicial process." In that case the House of Lords stayed claims and counterclaims between two oil companies for defamation and conspiracy because the heart of the case concerned a question of title to a portion of continental shelf in the Middle East to which there were rival claims by the two rulers who had granted the oil companies their respective concessions. It was held that there were no judicial or manageable standards by which the issues could be judged.

5–050 The principle stated by Lord Wilberforce was very wide in potential scope,[12] and has been relied upon by litigants in many reported cases. Although the principle has been recognised in many such cases, the principle (or a related principle)[13] has only very rarely been applied[14] so as to render a claim non-justiciable. In *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*[15] it was held that a claim for wrongful interference with aircraft in the course of the Iraqi invasion of Kuwait was justiciable notwithstanding that the claim proceeded on the basis that the invasion was contrary to international law: the United Nations Security Council had declared the invasion illegal, called on all Member States not to recognise the invasion, and demanded that Iraq rescind its actions purporting to annex Kuwait. It would be contrary to the international obligations of the United Kingdom were its courts to adopt an approach which was inconsistent with its duty under the United Nations Charter and under the relevant Security Council resolutions. It was held by the House of Lords that the non-justiciability principle did not mean that the judiciary must shut its eyes to a breach of an established principle of international law committed by one State against another when the breach was plain. The standard being applied by the court was clear and manageable. The

[12] See Collins (2002) 51 I.C.L.Q. 485, at 506–508.

[13] Cases in which *Buttes Gas* was cited, and which the principle, or related principles, were applied include *Westland Helicopters Ltd v Arab Organisation for Industrialisation* [1995] Q.B. 282; *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418; *Wells Fargo Bank Northwest National Assn v Victoria Aircraft Leasing Ltd (No.2)* [2004] VSC 341; *Petrotimor Companhia de Petroleos SARL v Commonwealth of Australia* (2003) 197 F.L.R. 461 (Full Ct); *Air New Zealand Ltd v Director of Civil Aviation* [2002] 3 N.Z.L.R. 796 (CA). *cf. Settebello v Banco Totta y Acores, The Times*, August 4, 1984, affirmed [1985] 1 W.L.R. 1050; *R. (on the Application of Abassi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, [2003] U.K.H.R.R. 76.

[14] It was not applied in *Fayed v Al Tajir* [1988] Q.B. 712, 725 (CA); *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways, Financial Times*, July 17, 1992; *Arab Monetary Fund v Hashim* [1993] 1 Lloyd's Rep. 543, 572, affirmed on this aspect [1996] 1 Lloyd's Rep. 589, 596 (CA); *A Ltd v B Bank* [1997] I.L.Pr. 586 (CA); *R. v Home Secretary, ex p. Launder (No.2)* [1998] Q.B. 994; *R. v Home Secretary, ex p. Johnson* [1999] Q.B. 1174; *Re Banco Nacional de Cuba* [2001] 1 W.L.R. 2039; *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co SA v Okta Crude Oil Refinery (No.2)* [2003] 2 Lloyd's Rep. 635; *Jones v Ministry of the Interior* [2004] EWCA Civ. 1394, [2005] Q.B. 699; *Republic of Ecuador v Occidental Exploration and Production Co* [2005] EWCA Civ. 1116, [2006] 2 W.L.R. 70; *Att-Gen for England and Wales v R.* [2002] 2 N.Z.L.R. 91 (CA), affirmed sub. nom. *R. v Her Majesty's Att-Gen for England and Wales* [2003] UKPC 22. See also F.A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts* (1986), Ch.4 (whose view, expressed in a handwritten note on his copy of the book, was that "it was the House of Lords which lacked 'judicial restraint'!"): see Collins (2002) 51 I.C.L.Q. 485, 510; and also Walker (2003) Can. Bus. 36.

[15] [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883. See also *R. (on the Application of Abassi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, [2003] U.K.H.R.R. 76; *Jones v Ministry of the Interior* [2004] EWCA Civ. 1394, [2005] Q.B. 699.

non-justiciability principle did not mean that the judiciary must shut its eyes to a breach of an established principle of international law committed by one State against another when the breach was plain and acknowledged. In such a case the adjudication problems confronting the English court in *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* did not arise. The standard being applied by the court was clear and manageable, and the outcome not in doubt.[16] The English court should give effect to clearly established rules of international law. As nations became ever more interdependent, the need to recognise and adhere to standards of conduct set by international law became ever more important. A breach of international law of such seriousness was a matter of deep concern to the world-wide community of nations. Enforcement or recognition would also be contrary to the United Kingdom's obligations under the United Nations Charter. Enforcement or recognition of the Iraqi law would be manifestly contrary to the public policy of English law.[17] A legislative act by a foreign State which was in flagrant breach of clearly established rules of international law ought not to be recognised as forming part of the *lex situs* of that State.[18]

ILLUSTRATIONS

(1) PENAL LAWS

5–051 1. X incurs a penalty of £100 for the infringement of the law of a foreign country prohibiting the sale of spirits. The penalty is recoverable in the courts of the foreign country in an action for debt brought by an official of the foreign government. X is in England. The proper official brings an action in the High Court for the recovery of the £100. The claim cannot be maintained.[19]

2. Under the law of New York, the director of a trading corporation, who signs certain certificates with regard to the affairs of the corporation knowing such certificates to be false, becomes personally liable for the debts of the corporation. Under this law X, a director of a New York company, becomes liable to A, a creditor, for a debt due from the company. X is in England. A brings an action against X for the debt. *Semble*, X may be made liable.[20]

3. The circumstances are the same as in Illustration 2, except that A has recovered judgment in the court of New York for the debt, and brings an action against X in England on the judgment. *Semble*, the judgment is enforceable.[21]

4. The King of Spain deposits securities with the Westminster Bank in London to the order of a Spanish bank as his agents. A decree by the Constituent Cortes of Spain declares the King to be guilty of treason, and all his assets are ordered to be seized for its own benefit by the Spanish State. The court will not order the delivery up of the securities deposited in England to a nominee of the Spanish Republic.[22]

5. X, a British subject, is charged with fraud in the United States, and is released on bail, on condition that he enters into an "appearance bond" in the sum of $48,000. He is allowed by the United States court to go back to England for a month, but he does not return to the United States, and the United States Government obtains a civil judgment in the United States federal court in Florida on the bond. No action on the Florida judgment can be brought in England because the

[16] At paras 25–26.
[17] Lord Nicholls of Birkenhead, at [26] *et seq.*, Lord Steyn, at [113] *et seq.*, Lord Hope of Craighead, paras 146 *et seq.*
[18] Lord Hope of Craighead, at [148]–[149], approving F.A. Mann (1954) 70 L.Q.R. 181; also in *Further Studies in International Law*, pp.177–183.
[19] *cf. Huntington v Attrill* [1893] A.C. 150 (PC).
[20] *cf. Huntington v Attrill*, above.
[21] *Huntington v Attrill*, above.
[22] *Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 K.B. 140.

purpose of the bond was to ensure the presence of X for a criminal prosecution and to exact pecuniary penalties for non-attendance.[23]

(2) REVENUE LAWS

5–052 6. Under an Act of Parliament of New South Wales the municipality of Sydney is authorised to carry out improvements in the city and to charge the cost to the owners of the property affected. X, an owner of property affected, is resident in England. The council of the municipality brings an action against X for the sum due from him under the New South Wales Act. The claim cannot be maintained.[24]

7. A company registered in England carries on business in India, where it becomes liable to capital gains tax on a sale of its undertaking. The company is wound up in England and the Indian Government lodges a claim in respect of the unpaid tax. The liquidator is justified in rejecting the proof because only liabilities which could have been enforced against the company in England are receivable, and the court would not have enforced the Indian Government's claim.[25]

8. X is the personal representative in England of a Dutch national domiciled at his death in Holland. Under Dutch law duties are payable in respect of his estate. An action is brought by the Queen of Holland against X to recover the sum due. The action fails.[26]

9. X Co is a Canadian insurance company with a branch in Egypt, which issues policies to A, under which money is due to A. X Co is served with a garnishee order by the Egyptian revenue authorities in respect of tax allegedly due by A to the Egyptian Government. The garnishee order does not afford X Co a defence in proceedings in England to recover the debt, since recognition of the order would constitute indirect enforcement of a foreign revenue law.[27]

10. T dies domiciled in South Africa leaving property in England and South Africa. A is his English executor. X is his South African executor. After payment of United Kingdom duties and debts there is a surplus of assets in A's hands. There are insufficient assets in South Africa to pay South African death duties. A seeks the direction of the court on how to dispose of the assets in his hands. Because the South African Government would be unable to enforce its claim for duties in England, it is A's duty to remit the surplus assets direct to the legatees and not to X.[28]

11. The circumstances are the same as in Illustration 10, except that some of the legatees reside in South Africa, and if these legatees are paid their legacies, they will be answerable to the South African Government to the extent of their legacies for duty on the whole estate. A's duty is to remit the surplus assets to X.[29]

12. X and Y, United States citizens, send some furniture by sea to Z, their son-in-law, who is living in London. The United States Government claim that X and Y owe the United States Treasury money for taxes, and while the ship is on the high seas the United States Treasury serves a notice of levy on the shipowners in respect of unpaid tax demanding surrender of all property belonging to X and Y. The property is not reduced into the possession of the United States Treasury, and Z is entitled to claim the furniture from the shipowners, because to give effect to the claim of the United States Government would be indirect enforcement of a revenue law.[30]

(3) OTHER PUBLIC LAWS

5–053 13. The government of a foreign State passes a decree expropriating certain jewellery belonging to X which is situate within that State at the time of the decree. X brings the jewellery to London, where it is claimed by the foreign government. *Semble*, the claim fails.[31]

14. In furtherance of their agreement for the establishment of an international monopoly, an English company is assigned certain American patents by an American corporation. The United

[23] *US v Inkley* [1989] Q.B. 255 (CA).
[24] *Municipal Council of Sydney v Bull* [1909] 1 K.B. 7.
[25] *Government of India v Taylor* [1955] A.C. 491. It is immaterial where the company is incorporated.
[26] *Re Visser* [1928] Ch. 877.
[27] *Rossano v Manufacturers' Life Insurance Co* [1963] 2 Q.B. 352.
[28] *cf. Jones v Borland*, 1969 (4) S.A. 29.
[29] *cf. Scottish National Orchestra Society Ltd v Thomson's Executor*, 1969 S.L.T. 325.
[30] *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 Q.B. 476 (CA).
[31] Suggested by *Don Alonso v Cornero* (1613) Hob. 212; and *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 K.B. 718 (CA).

States Government claims the cancellation of the assignment under the Sherman Anti-Trust Act. The claim fails.[32]

15. X bring manuscripts to England from Italy despite a decree of the Italian Government forbidding their export. The decree also grants the Italian State a first option to purchase the manuscripts. X seeks to dispose of them to Y in London, and the Italian Government claims an injunction to prevent such a disposal. *Semble*, the court will not grant an injunction.[33]

16. X brings an ancient Maori carving from New Zealand to England in contravention of a New Zealand statute which provides that historic articles illegally exported shall be forfeited to the Crown. The New Zealand Government brings an action in England against X for the return and delivery up of the carving. The action fails because the Crown has not acquired title under New Zealand law, but also, *per* Lord Denning M.R., because the New Zealand statute is a public law, or, *per* Ackner and O'Connor L.JJ., because it is a penal law.[34]

17. X is a German national resident in France. A state of war exists between Germany and France. The French custodian of enemy property duly appointed under French law, who is entitled thereunder to the control of all X's property, claims the payment to him of a dividend on shares held by X in an English company. *Semble*, the court will not order payment.[35]

18. X is a former member of the British security services, and Y is a publisher. X writes a book about his experiences, and proposes to publish it in (among other countries) Australia. The British Government seeks an injunction against X and Y in Australia to restrain publication. An injunction is refused because the purpose of the action by the British Government is to enforce a governmental interest, namely to protect the efficiency of its security service.[36]

19. A & Co obtains a judgment in England against the Bank of Zambia. It seeks a garnishee order absolute in respect of funds held in London by X & Co, the biggest copper producer in Zambia. Under Zambian exchange control law, X & Co is bound to transfer a proportion of the funds to the Bank of Zambia. The garnishee order nisi is set aside. Even if the obligation of X & Co to the Bank of Zambia were a debt (which it is not) attachment of such a debt would be the enforcement of Zambian public law.[37]

(4) ACTS OF STATE

5–054 20. A obtains the right to work minerals in the territory of a foreign State from the government of that State. The territory of the foreign State is annexed by the Crown. A claims a declaration that the Crown must respect the concession. The court will not grant such a declaration.[38]

21. X, an officer of the Crown, duly authorised, destroys property of A, a Spanish subject, at a place outside the United Kingdom and Colonies. Spain and the United Kingdom are at peace, and X's act is tortious by the law of the place where it is committed. X's act is an act of state, and the court will not entertain an action by A against X.[39]

22. X is the bodyguard of Y, a foreign potentate, who is on a State visit to England. While attending a civic ceremony Y misunderstands the enthusiasm of the spectators and orders X to shoot at them. X does so, and injures A, who is an innocent bystander. In an action by A, X may not plead act of State.

23. The Sheikh of Araby promulgates a decree which has the effect of depriving X of the right to exploit an oil-rich area and of giving that right to A. X says the decree was "cooked up" by A. A's action for slander is met by a defence of justification and a counterclaim for conspiracy. The claim and the counterclaim will be stayed because the pleadings involve the adjudication of the transactions of foreign States and the issues raised are non-justiciable.[40]

24. A & Co seek to enforce a Swiss arbitration award against AOI, an international organisation formed in 1975 by a treaty between Egypt, Saudi Arabia, Qatar and the United Arab Emirates, with its headquarters and operations in Egypt. After the peace treaty between Egypt and Israel in 1979, the three Member States other than Egypt purport to suspend the operations of AOI and to

---

[32] Suggested by *British Nylon Spinners Ltd v ICI Ltd* [1953] Ch. 19 (CA); [1955] Ch. 37.
[33] *cf. King of Italy v De Medici* (1918) 34 T.L.R. 623.
[34] *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] A.C. 1 (CA and HL).
[35] Based on the facts of *Lepage v San Paulo Copper Estates Ltd* [1917] W.N. 216, which, it is submitted, was wrongly decided.
[36] *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 C.L.R. 30.
[37] *cf. Camdex International Ltd v Bank of Zambia (No.2)* [1997] C.L.C. 714 (CA).
[38] *Cook v Sprigg* [1899] A.C. 592 (PC). See Crown Proceedings Act 1947, s.11(1).
[39] *Buron v Denman* (1848) 2 Exch. 167. See Crown Proceedings Act 1947, ss.2(1) and 11(1).
[40] *Buttes Gas & Oil Co v Hammer (Nos 2 and 3)* [1982] A.C. 888.

set up a liquidation committee. Egypt passes legislation reconstituting the management of AOI. An issue arises as to whether the management appointed pursuant to the Egyptian legislation is properly authorised to represent the AOI. The constitution of AOI is governed by international law, and the authority of the management depended on whether the Egyptian legislation was a justifiable countermeasure in international law, which in turn depended on the issue whether the three States had acted in breach of the treaty setting up the AOI. That was a non-justiciable issue, because it was not open to the English court to determine whether a foreign sovereign State had broken or terminated a treaty.[41] Consequently, the Egyptian-appointed management is not able to adduce proof that it is properly authorised.

25. Iraq invades Kuwait in August 1990, and civil aircraft belonging to Kuwait Airways are seized and removed to Iraq. Iraqi legislation is enacted purporting to dissolve Kuwait Airways and to transfer its assets to Iraqi Airways, which then incorporates the aircraft in its fleet and makes use of them. In an action in England by Kuwait Airways against Iraqi Airways for wrongful interference, it is held that the Iraqi legislation is not capable of recognition in England, because it was exorbitant and contrary to international law.[42]

---

[41] *Westland Helicopters Ltd v Arab Organisation for Industrialisation* [1995] Q.B. 282.
[42] *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883.

CHESHIRE
NORTH

PRIVATE
INTERNATIONAL
LAW

LONDON
BUTTERWORTHS
1979

ЧЕШИР
НОРТ

МЕЖДУНАРОДНОЕ
ЧАСТНОЕ
ПРАВО

Перевод с английского
канд. юрид. наук С. Н. АНДРИАНОВА

Под редакцией и со вступительной статьей
доктора юрид. наук М. М. БОГУСЛАВСКОГО

МОСКВА
ПРОГРЕСС
1982

Глава VI
ОСНОВАНИЯ НЕПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА

Иногда возникают обстоятельства, при которых lex fori предпочитается иностранному праву, к которому отсылает коллизионная норма. Ярким примером этого является континентально-европейская доктрина публичного порядка (ordre public), в силу которой норма внутреннего права, направленная на защиту общественного благосостояния, должна превалировать над несовместимой с ней нормой иностранного права. Опасность столь неопределенно сформулированной доктрины заключается в том, что при ее широком толковании ею может оказаться охваченным множество внутренних норм и она будет служить слишком легким предлогом для применения lex fori, подрывая, таким образом, основную функцию международного частного права [1]. Аналогичная английская доктрина, хотя и имеет менее неопределенный характер, все же также внушает в этом отношении некоторые подозрения. Она отказывает в признании любому иностранному праву или судебному решению, которое противоречит отличительным целям английского права, и в принудительном осуществлении — любому иностранному закону, имеющему карательный или налоговый характер [2].

1. ИНОСТРАННОЕ НАЛОГОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО [3]

Хотя и является общепризнанным, во всяком случае со времен лорда Мэнсфилда [4], что в Англии нельзя предъявить иск о принудительном осуществлении иностранного налогового закона, долго оставалось несколько неясным, на чем основано это положение, поскольку до

---

[1] См.: Baty. Polarized Law, p. 170.

[2] Holder, *I.C.L.Q.*, 1968, № 17, p. 926.

[3] См. в особенности: Mann M. *I.C.L.Q., 1954*, № 3, p. 465, и решение, вынесенное судьей Кингсмил Муром по ирландскому делу *Peter Buchanan, Ltd. and Macharg* v. *McVey*, [1954] I. R. 89; [1955] A.C. 516; см. также: Albrecht, *B.Y.B.I.L., 1950*, № 30, p. 454, 459—465; Castel. *Can. Bar. Rev., 1964*, № 42, 1977; Stoel. *I.C.L.Q.*, 1967, № 16, p. 663, 671 et seq.; Mann F.A. *Hague Recueil*, 1971, № 1, p. 172—181.

[4] *Holman* v. *Johnson* (1775), 1 Cowp. 341, 343.

последнего времени этот вопрос был поднят с достаточной определенностью лишь в одном или двух случаях. В 1909 г. муниципальный совет Сиднея предъявил иск о взыскании взноса, установленного местным законом в целях уличного благоустройства в том районе, где у ответчика была недвижимость [1]; в 1928 г. голландское правительство выдвинуло притязание на получение налога на наследство с находившегося в Англии имущества голландского подданного, умершего домицилированным в Голландии [2]. Обе эти попытки оказались неудачными, но в каждом случае решение принималось лишь судом первой инстанции, и существовало предположение, что, если бы вопрос был передан в вышестоящий суд, последний мог бы занять иную точку зрения. Все сомнения отпали в 1955 г., когда Палата лордов вынесла решение по делу *Government of India* v. *Taylor* [3].

Фактические обстоятельства по этому делу были следующими. Делийская компания электроснабжения и городского транспорта, зарегистрированная в Англии, но ведущая деятельность в Индии, продала свое дело правительству Индии за определенную денежную сумму, которую она сразу же по получении перевела в Англию. После того как компания объявила о добровольной ликвидации, индийское налоговое управление потребовало от нее выплаты крупной суммы подоходного налога с продажи ее дела. Управление потребовало выплаты этого долга в процессе ликвидации, но требование было отклонено ликвидатором компании. После того как суд первой инстанции и Апелляционный суд также отказали налоговому управлению в его требовании [4], дело перешло в Палату лордов.

[1] *Sydney Municipal Council* v. *Bull*, [1909] 1 K.B. 7.

[2] *Re Visser*, [1928] 1 Ch. 877. См. также дела *The Eva*, [1921] p. 454; *King of the Hellenes* v. *Brostrom* (1923), 16 Ll. L. Rep. 167, 190. В деле *Metal Industries* (*Salvage*) v. *Owners of the S.T. Harle*, 1962 S.L.T. 114, высший гражданский суд Шотландии отказал одному иностранному правительству в иске о взыскании задолженности по взносам, установленным в соответствующей стране в рамках системы страхования здоровья; ср. дело *The Acrux*, [1965] P. 391; [1965] 2 All E.R. 323; Webb. *M.L.R.*, 1965, № 28, p. 591.

[3] [1955] A.C. 491; [1955] 1 All E.R. 292; см. также дело *U.S.A.* v. *Harden* (1963), 41 D.L.R. (2d) 721.

[4] В Апелляционном суде дело именовалось *Re Delhi Electric Sypply and Traction Co., Ltd.*, [1954] Ch. 131; [1953] 2 All E.R. 1452.

Со стороны истца по апелляции был выдвинут довод, что действие правила, исключающего признание иностранных налоговых законов, не распространяется на налоги, аналогичные тем, которые существуют в Англии, а ограничивается карательным законодательством и что, во всяком случае, это правило требует модификации, когда речь идет об иностранном государстве, входящем в Британское Содружество. Кроме того, истец утверждал, что, даже если принять это правило в целом, оно не подлежит применению к ликвидационной процедуре, поскольку на ликвидаторе лежит законная обязанность «выполнить все, что компания должна была сделать», а это по своему значению не ограничивается долгами, которые могут быть непосредственно взысканы в исковом порядке. Эта аргументация была отвергнута. Судебное присутствие Палаты лордов единогласно решило, что правило, сформулированное в свое время лордом Мэнсфилдом, покоится на твердой основе прецедентов и соображений целесообразности [1]. Было также решено, при одном несогласном мнении, что в случае ликвидации компании ликвидатор обязан лишь покрыть ту задолженность, которая может быть взыскана по суду.

Применение правила, согласно которому нельзя предъявить иск о взыскании иностранных налогов, не зависит от того, кто истец и в какой форме заявлено исковое требование. «В каждом случае надлежит выяснять существо требования, и, если оказывается, что оно в действительности представляет собой иск, заявляемый с целью взыскания задолженности по иностранному налоговому законодательству, оно должно быть отвергнуто» [2].

Как хорошо видно из дела *Rossano* v. *Manufacturers' Life Insurance Co.*[3], косвенный обход указанного прави-

[1] Но это правило действует только в том случае, если английский суд квалифицирует требование как налоговое. См., например, дело *Weir* v. *Lohr* (1967), 65 D.L.R. (2*d*) 717; это дело показывает также, что данное правило вполне может оказаться неприменимым в отношениях между составными частями (штатами) федерального государства. См. также решение по делу *Permanent Trustee Co. (Canberra), Ltd.* v. *Finlayson* (1967), 9 F.L.R. 426, отмененное по другому основанию: (1968), 122 C.L.R. 338.

[2] См. решение по делу *Buchanan and Macharg* v. *McVey*, [1954] J. R. 89, 107; [1955] A.C. 516, 629, нашедшее поддержку Палаты лордов в деле *Government of India* v. *Taylor*.

[3] [1963] 2 Q.B. 352; [1962] 2 All E. R. 214.

ла не допускается. Истец был египетским гражданином, проживавшим в Александрии, ответчик — страховой компанией с главным управлением в Торонто и отделениями во многих странах. Иск был предъявлен о взыскании денежных сумм, подлежавших выплате по трем полисам страхования жизни, выданным ответчиком. Первые два полиса предусматривали выплату в Лондоне в фунтах стерлингов, третий — выплату в Нью-Йорке в долларах. Одно из возражений ответчика заключалось в том, что трем из его отделений в Каире был вручен судебный приказ [1], возлагавший на них ответственность по уплате некоторых налогов, причитавшихся с истца египетскому правительству, если они выплатят истцу страховые суммы до покрытия им его налоговой задолженности. Это возражение было отклонено судом, так как если бы требование истца оказалось не удовлетворенным из-за вручения ответчику указанного приказа, относившегося исключительно к налоговой задолженности, то это означало бы косвенное применение иностранного налогового закона. Очевидным результатом отклонения иска явилось бы взыскание налогов египетским правительством [2].

Возможно, запрет косвенного применения закона является слишком жестким. Если бы, например, в деле *Rossano* ответчик заплатил причитающиеся правительству налоги, то спрашивается, не подлежало ли бы удовлетворению требование из неосновательного обогащения истца? Возникает даже вопрос, находится ли решение,

[1] О судебных приказах, налагающих арест на имущество должника у третьего лица или на суммы, причитающиеся должнику с третьего лица (garnishment), см. с. 352. Другое возражение заключалось в том, что по египетским валютным правилам незаконно выплачивать истцу иностранную валюту за пределами Египта.

[2] Ирландское дело *Peter Buchanan, Ltd. and Machard* v. *McVey*, [1954] I.R. 89; [1955] A.C. 516 п, служит еще более яркой иллюстрацией этого принципа. Одна шотландская компания, 99% акций которой принадлежали ответчику и один процент — его казначею в качестве доверительного собственника, имела задолженность по налогам в сумме 155 тыс. фунтов стерлингов. Компания была принудительно ликвидирована по требованию шотландских налоговых органов. Выплатив долги всем обычным кредиторам, ответчик скрылся в Ирландии с оставшейся частью денег в сумме около 340 тыс. фунтов стерлингов. Шотландский ликвидатор предъявил иск об их взыскании в Ирландии, но проиграл дело. Хотя формально иск был заявлен компанией, действующей через ликвидатора, по существу это была попытка косвенным образом принудительно осуществить требование, основанное на налоговом законодательстве.

подобное вынесенному по делу *Municipal Council of Sydney* v. *Bull* [1], в соответствии с расширяющейся практикой государств и подчиненных им организаций по предоставлению платных услуг? Не является слишком очевидным, например, различие между требованием о взыскании не внесенной платы за водоснабжение и требованием государственной железной дороги о взыскании платы за провоз товаров.

Связанные с этим тонкие различия хорошо иллюстрируются делом *Brokaw* v. *Seatrain U. K., Ltd.*[2]. Американское судно перевозило груз из США в Англию. Когда судно было в море, министерство финансов США вручило распоряжение судовладельцам о выдаче ему груза в связи с тем, что грузовладелец имел задолженность по налогам. Когда судно прибыло в Саутгэмптон, судовладельцы отказались выдать груз получателю, и последний обратился в суд с требованием о выдаче груза или выплате его стоимости. Вступившее в дело министерство финансов США заявило свое требование, которое было отклонено судом, поскольку его удовлетворение явилось бы косвенным применением иностранного налогового законодательства посредством наложения ареста на груз. Однако если бы в силу упомянутого распоряжения груз переходил во владение министерства, то требование последнего было бы английским судом удовлетворено, ибо суд в этом случае защищал бы посессорный титул, а не применял бы налоговое законодательство.

Правило о том, что не может быть возбуждено дело по заявлению иностранного государства о принудительном осуществлении его налогового законодательства, не означает, несмотря на положение, сформулированное лордом Мэнсфилдом по делу *Holman* v. *Johnson* [3], что такое законодательство должно полностью игнорироваться [4]. Отказ в его принудительном осуществлении не означает отрицания его правового существования, и обстоя-

[1] [1909] 1 K.B. 7

[2] [1971] 2 Q.B. 476; [1971] 2 All E.R. 98.

[3] (1775), 1 Cowp. 341, 343: «Ни одна страна не принимает во внимание налоговые законы другой страны».

[4] *Regazzoni* v. *K.C. Sethia* (1944), Ltd., [1956] 2 Q.B. 490, 515; [1956] 2 All E.R. 487, 490; [1958] A.C. 301, 319; [1957] 3 All E.R. 286, 291; ср. дело *Sharif* v. *Azad*, [1967] 1 Q.B. 605, 617; *Mackender* v. *Feldia A.G.*, [1967] 2 Q.B. 590, 601.

6 Зак. 572

тельства могут потребовать признания такого существования. Так, со ссылкой на то, что соображения публичного порядка требуют поддержания гармоничных отношений с другими государствами, суд не признает сделку, заведомо направленную на нарушение налогового закона иностранного дружественного государства [1]. Если администратор наследства был вынужден из личных средств уплатить в соответствии с иностранным налоговым законодательством налоги, связанные с иностранным наследственным имуществом, то такое иностранное законодательство будет признано в Англии, с тем чтобы администратор наследства мог получить возмещение из той части этого имущества, которая находится в Англии [2]. Кроме того, в таких случаях администратору наследства должно быть дано разрешение на перечисление находящихся в Англии средств в соответствующее иностранное государство для уплаты налогов [3].

2. ИНОСТРАННЫЕ КАРАТЕЛЬНЫЕ ЗАКОНЫ [4]

Твердо установлено, что английский суд не оказывает прямо или косвенно помощь в принудительном осуществлении иностранного карательного закона [5]. Наложение наказания обычно отражает осуществление государством своей суверенной власти, и совершенно очевидным принципом является то, что суверенный акт не может иметь силы на территории другого государства.

Однако термин «кара» («penalty») является не вполне ясным, и, если его применить без всяких уточнений, он охватывает и штрафные санкции, применение которых

[1] *Re Emery's Investment Trusts,* [1959] Ch. 410; *Pye, Ltd.* v. *B.G. Transport Service, Ltd.,* [1966] 2 Lloyd's Rep. 300, 308, 309.

[2] *Re Lord Cable,* [1976] 2 All E.R. 417; [1977] 1 W.L.R. 7; см. также дело *Re Reid* (1970), 17 D.L.R. (3d) 199.

[3] *Re Lord Cable,* [1977] 1 W.L.R. 7, 25—26; см. также дело *Scottish National Orchestra, Ltd.* v. *Thomson's Executor,* 1969 S.L.T. 325.

[4] См. в особенности: Mann F. A. *Grotius Society,* [1954] № 40, p. 25; Mann M. *Grotius Society,* 1956, № 42, p. 133; см. также: Stoel. *I.C.L.Q.,* 1967, № 16, p. 663.

[5] *Folliott* v. *Ogden* (1789), 3 T.R. 726; *Wolff* v. *Oxholm* (1817), 6 M. and S. 92; *Huntington* v. *Attrill,* [1893] A.C. 150; *Frankfurther* v. *W. L. Exner, Ltd.,* [1947] Ch. 629; *Oppenheimer* v. *Cattermole,* [1973] Ch. 264; [1972] 3 All E. R. 1106; Mann F. A. *L.Q.R., 1973,* № 89, p. 194; Merrills. *I.C.L.Q.,* 1974, № 23, p. 143.

не может встречать никаких возражений,— например, такие, которые предусматриваются коммерческими договорами с целью стимулирования быстрого исполнения договорных обязанностей одной из сторон [1]. Каково же значение указанного термина в настоящем контексте? Ответ, данный Тайным советом в деле *Huntington* v. *Attrill* [2], являющемся руководящим английским судебным прецедентом в данном отношении, заключается в том, что этот термин обозначает штраф или иные поборы, налагаемые государством за какое-либо нарушение публичного порядка, носящее уголовный характер. Председатель Апелляционного суда лорд Деннинг указал [3], что, коль скоро речь идет о признании иностранных судебных решений, решению о взыскании штрафных убытков (exemplary damages) не должно быть отказано в признании как предусматривающему «кару». Поэтому вполне может быть, что иностранный закон, предусматривающий взыскание штрафных убытков, в Англии будет применен, а не отвергнут как карательный [4].

Можно привести два случая, когда была предпринята попытка косвенного применения иностранной карательной нормы.

В раннем деле *Folliott* v. *Ogden* [5] некий Б оформил в пользу А денежное обязательство по совершенному займу. Это имело место до провозглашения независимости США, причем обе стороны являлись британскими подданными, проживавшими в Нью-Йорке. Впоследствии, во время войны за независимость, штат Нью-Йорк конфисковал имущество А. После заключения мирного договора А возбудил в Англии дело о взыскании долга по указанному обязательству. Б возразил, что законодательством штата Нью-Йорк А лишен своих прав из этого обязательства. Суд отверг это возражение. Принятие его означало бы принудительное осуществление наказания, наложенного в интересах иностранного суверена.

[1] *Huntington* v. *Attrill,* [1893] A.C. 150, 156.

[2] [1893] A.C. 150.

[3] *S.A. Consortium General Textiles* v. *Sun and Sand Agencies, Ltd.,* [1978] Q.B. 279, 299—300.

[4] Возможно, иной подход будет проявлен, например, к требованиям о взыскании тройных убытков (treble damage), основанным на антитрестовском законодательстве США.

[5] (1789) 3 Term Rep. 726.

Судебным решением в том же духе, которое было вынесено в более близкое для нас время, явилось решение по делу *Banco de Vizcaya* v. *Don Alfonso de Borbon y Austria*[1]. Обстоятельства его были следующими. Бывший испанский король закупил на свои средства ценные бумаги и распорядился, чтобы они хранились в одном из лондонских банков до получения указаний со стороны его агентов, Бискайского банка, испанской организации. Позднее испанское республиканское правительство издало декрет о том, что все имущество бывшего короля, где бы оно ни находилось, подлежит конфискации и что все его ценности, депонированные в испанских банках, должны быть переданы в казну. Истцы требовали выдачи им бумаг из лондонского банка на том основании, что они обладали основанным на договоре правом изъятия этих ценностей из лондонского банка в силу распоряжения, сделанного королем Альфонсом в момент их первоначального депонирования. Судья Лоуренс нашел, что в действительности истцы в данном случае заявляют не свои собственные права, возникшие из договора в их первоначальном виде, а права Испанской республики. Поэтому он отказал в иске, ибо его удовлетворение означало бы применение явно карательного закона Испанской республики.

Судебная практика придерживается той позиции, что английский суд должен давать свою собственную квалификацию закона как карательного независимо от точки зрения, существующей на этот счет в соответствующем иностранном государстве, и должен рассматривать в соответствии с тем, что уже было сказано выше, в качестве «кары» лишь то, что «может быть взыскано по требованию государства, либо по требованию официального лица, должным образом уполномоченного государством на ведение соответствующего дела, либо по требованию лица, заявляющего иск от имени правительства (public informer)»[2].

Весь этот вопрос хорошо иллюстрируется делом *Huntington* v. *Attrill*[3], фактические обстоятельства которого были следующими. Закон штата Нью-Йорк, направленный, в частности, на защиту интересов широкой публики от действий учредителей компаний, предусматривал, что директора корпорации несут личную ответственность за ее долги, если доказано, что была опубликована ложная информация относительно ее финансового положения. Суммы, взыскиваемые в силу этого законоположения, подлежали выплате кредиторам пропорционально размеру их требований. Один из кредиторов на основании данного закона возбудил дело в суде штата Нью-Йорк, и ему была присуждена крупная денежная сумма. Впоследствии, опираясь на полученное судебное решение, он предъявил иск в провинции Онтарио, Канада. Нью-йоркские суды считали, что возбуждение дел по данному закону имело карательный характер. Тайный совет нашел, во-первых, что суд в Онтарио должен дать свое истолкование указанному законоположению и, во-вторых, что этот закон не являлся карательным, а предусматривал средство судебной защиты, обеспечивая гражданину принудительное осуществление определенной обязанности в его собственных интересах и для защиты его собственных частных прав.

Наконец, остается подчеркнуть различие между принудительным осуществлением иностранного карательного закона и его применением или признанием[1]. Хотя принудительное осуществление не допускается, было бы неосторожно утверждать, что «карательные законы одной страны не могут приниматься во внимание в другой»[2]. Так говорить едва ли правильно, ибо, с учетом, конечно, возможности применения доктрины публичного порядка, такого рода закон должен рассматриваться как имеющий силу даже в английском судопроизводстве, если он является частью той иностранной правовой системы, которая, в силу соответствующей коллизионной нормы, регулирует рассматриваемую судом сделку[3]. Если, например, закон какой-либо страны квалифицирует экспорт определенного сырья как уголовное деяние, наказуемое штрафом и конфискацией имущества, такой штраф ни в коем случае не может быть взыскан в исковом

[1] [1935] 1 K.B. 140. Аналогичным является дело *Frankfurther* v. *W.L. Exner, Ltd.*, [1947] Ch. 629.

[2] *Huntington* v. *Attrill*, [1893] A.C. 150, 157, 158.

[3] [1893] A.C. 150; см. также дело *Metal Industries (Salvage), Ltd.* v. *Owners of S.T. Harle*, 1962 S.L.T. 114, 116.

[1] Mann M. *Grotius Society*, 1956, № 42, p. 133, 135—136.

[2] *Folliott* v. *Ogden* (1789), 3 Term Rep. 726, 733.

[3] *Oppenheimer* v. *Cattermole*, [1973] Ch. 264; [1972] 3 All E.R. 1106.

порядке в Англии. Тем не менее, если коммерсант этой страны по договору, регулируемому ее правом, соглашается продать запрещенный к вывозу товар англичанину, в иске из непоставки, заявленном против него в Англии, обязательно будет отказано. Незаконность договора, хотя она и возникает из преступления и из карательного законодательства, лишенного экстерриториального действия, нельзя игнорировать [1].

3. ИНОСТРАННОЕ ЭКСПРОПРИАЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО [2]

Определенные сложности возникают в связи с вопросом о степени признания в Англии иностранного экспроприационного законодательства в тех случаях, когда оно не направлено против конкретного лица, как в деле бывшего испанского короля [3], а относится ко всему национальному имуществу. Такое законодательство может быть троякого рода:

во-первых, реквизиция — термин, которым обозначается, как правило, завладение имуществом на началах компенсации, производимое в государственных интересах на ограниченный срок, обычно до окончания какого-либо чрезвычайного положения [4];

во-вторых, национализация, представляющая собой безвозвратный переход имущества в государственную собственность в политических целях на началах компенсации;

[1] Ср., например, дело *Zivnostepska Banka National Corporation* v. *Frankman*, [1950] A.C. 57. Тот же принцип действует в отношении иностранного налогового закона.

[2] См., например: Wortley. Expropriation in Public International Law; Wolff, p. 525—529; McNair. *Grotius Society*, 1946, № 31, p. 30; Seidl-Hohenverdern. *M.L.R., 1950*, № 13, p. 69; Mann F.A. *L.Q.R.*, 1959, № 75, p. 188; Domke. *New York Law Forum*, № 4, p. 46; Katzarov. *M.L.R.* 1959, № 22, p. 639; Mann F. A. *I.C.L.Q.*, 1962, № 11, p. 471.

[3] См. с. 164.

[4] «Слово "реквизиция", хотя и не являющееся специальным юридическим термином, обычно употребляется для обозначения принудительного отобрания морского судна правительством — во всех случаях или по крайней мере, как правило, для государственных целей — в виде его использования, управления им и контроля над ним с переходом или без перехода владения»: лорд Райт в деле *The Cristina*, [1938] A. C. 485, 502, [1938] 1 All E. R. 719, 728.

в-третьих, конфискация — безвозвратный захват частного имущества без выплаты компенсации.

Главный вопрос международного частного права в этой связи заключается в том, в какой степени с точки зрения английского права нормативный акт иностранного государства, предусматривающий одну из этих форм экспроприации, обладает юридическими последствиями для имущества, принадлежащего гражданам этого государства или иностранцам.

Общие принципы, относящиеся к этому вопросу, не легко поддаются обобщению, ибо, с одной стороны, действует положение, согласно которому иностранное законодательство и иностранные карательные нормы не имеют экстерриториального эффекта, а с другой — существует в равной мере фундаментальная доктрина, гласящая, что иностранный суверен не может, как правило, привлекаться к суду. Если, например, Советское правительство входит во владение драгоценностями, находящимися в лондонском банке, на том основании, что они подпадают под советский декрет о конфискации, и если английское право не считает этот декрет применимым к находящемуся в Англии имуществу, то каким образом эта точка зрения английского права может быть реализована против суверена, обладающего иммунитетом от юрисдикции?

Другая трудность правовых обобщений в данном вопросе связана с неясностью относительно того, все ли виды имущества находятся в одинаковом положении с точки зрения определения правовых последствий экспроприации. Высказывалось, например, мнение, отнюдь не лишенное поддержки судебной практики, что торговое судно в этом смысле относится к самостоятельной категории, поскольку оно имеет постоянное место нахождения (situs) в той стране, к которой оно принадлежит [1]. Если это так, то государство, реквизирующее или конфискующее свои национальные суда, осуществляет квазитерриториальный, а не экстерриториальный акт власти.

В тех случаях, когда английскому судье надлежит определить юридический эффект иностранного экспроприационного законодательства, его решение будут обусловливать три основных фактора: истолкование иностранного закона, situs имущества в момент принятия этого

[1] McNair. *Grotius Society*, 1946, № 31, p. 30.

закона и вопрос о том, осуществлял ли иностранный суверен фактическое владение данным имуществом или ему принадлежал контроль над этим имуществом вне пределов его территории в момент возникновения фактических обстоятельств, приведших к гражданскому судебному спору.

Существующее правовое положение в этой области представляется следующим: английские суды без колебаний признают, что право собственности на имущество неоспоримо и окончательно определяется положениями иностранного декрета об экспроприации, если в момент принятия декрета оно находится в пределах юрисдикции суверена, даже если позднее оно доставлено в Англию и в момент возникновения судебного дела все еще находится там.

Вот, например, каковы были обстоятельства дела *Luther* v. *Sagor* [1]. Лесоматериалы, находившиеся в России и принадлежавшие истцам — частной компании, образованной в соответствии с правом России, перешли к советским властям на основании декрета о национализации промышленных и коммерческих предприятий. Часть этих материалов впоследствии была доставлена в Англию и там продана советским агентом ответчикам. Истцы предъявили иск об убытках из присвоения (trover), утверждая, что право собственности на лесоматериалы все еще принадлежит им. Апелляционный суд вынес решение в пользу ответчиков [2]. Лорд-судья Уоррингтон указал, что ни одно суверенное государство не может выступать судьей в отношении актов другого суверенного государства, касающихся имущества, находящегося на территории последнего. «Твердо установлено,— сказал он,—

[1] [1921] 3 K.B. 532, 548. Прецедент получил дальнейшее признание в деле *Princess Olga Paley* v. *Weisz*, [1929] 1 K. B. 718. Ср. дело *Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner and Keeler, Ltd.* (№ 2), [1967] 1 A. C. 853. Сомнительно, оказалось ли бы судебное решение таким же, если бы собственник уехал из страны со своим имуществом после издания декрета, но до того, как он был лишен владения имуществом местными властями. Ср. дело *Don Alonso de Velasco* v. *Corneros* (1612), Hobart 212, цит. в: Seidl-Hohenveldern. *M.L.R.*, 1950, № 13, p. 69, где, однако, решению дано едва ли правильное истолкование; см.: Sack. Op. cit., p. 363—364.

[2] По поводу критической оценки решения см.: Lipstein. *Grotius Society, 1949*, № 35, p. 157. Во Франции нашла проявление противоположная точка зрения, см.: Wortley. Expropriation in Public International Law, p. 18—19.

что действительность актов независимого суверенного государства в отношении имущества и лиц, находящихся в пределах его юрисдикции, не может оспариваться в судах Англии» [1]. Лорд-судья Бэнкс нашел невозможным игнорировать советское право (lex situs на момент издания декрета), в силу которого продавец приобрел действительный правовой титул на товар [2]. Лорд-судья Скраттон, следуя, возможно, более спорному ходу рассуждений, высказался в том смысле, что поскольку в силу принципа иммунитета было бы невозможно какое бы то ни было расследование правового титула советского суверена, если бы товар находился в Англии во владении советского официального лица, то такое расследование невозможно и тогда, когда владение товаром передано частному покупателю. «То, что суд не может делать прямо, он не может делать и косвенно» [3].

Но, разумеется, простейшим и решающим обоснованием решения является правило, согласно которому правовой титул на движимое имущество, действительный в силу lex situs в момент его приобретения, признается английским правом [4]. В такого рода обстоятельствах должно действовать право места нахождения вещи, разве лишь норма этого права, в силу которой приобретен правовой титул, является столь аморальной и столь чуждой принципам правосудия в их английском понимании, что она не должна быть применена как противоречащая публичному порядку. Апелляционный суд рассмотрел это возражение, но посчитал невозможным расценить декрет о национализации как нечто иное, нежели проявление политики, направленной, ошибочно или нет, на обеспечение наилучшим образом интересов русского народа.

Возникает вопрос, применим ли принцип, лежащий в основе решения по делу *Luther* v. *Sagor*, к тому случаю, когда конфискованное имущество хотя и находится в пределах юрисдикции конфискующего государства, но принадлежит иностранцам. Именно это было основной пробле-

[1] [1921] 3 K.B. 532, 548—549.

[2] Ibid., p. 545.

[3] Ibid., p. 555—556.

[4] См. замечания судьи Девлина в деле *Bank voor Handel en Scheepvaart N.V.* v. *Slatford*, [1953] 1 Q.B. 248, 260; решение по этому делу подтверждает решение низшей инстанции: [1951] 2 All E. R. 779, 788.

мой в деле *Anglo-Iranian Oil Co.* v. *Jaffrate*, более известным под названием дела парохода «Rose Mary» [1].

Фактические обстоятельства этого дела были следующими. По заключенному в 1933 г. соглашению правительство Ирана предоставило истцам исключительные концессионные права на добычу нефти в определенном районе страны на срок, оканчивающийся 31 декабря 1993 г., и обязалось не изменять данного соглашения в законодательном порядке.

В 1951 г. правительство Ирана национализировало и экспроприировало всю собственность, принадлежавшую истцам в рамках концессии. По мнению судьи, рассматривавшего данное дело, эта экспроприация сопровождалась не более чем туманным предложением рассмотреть вопрос о выплате компенсации в неопределенном будущем.

Компания, образованная правительством Ирана для управления конфискованной нефтяной промышленностью, продала 400 тысяч тонн сырой нефти одному итальянцу, который в свою очередь продал 900 тонн из этого количества нефти швейцарским фрахтователям судна «Rose Mary». Судно, груженное этой нефтью, зашло в Аден, где истцы предъявили к судовладельцам, капитану и фрахтователям иск из противоправного удержания чужой движимости (detinue), требуя либо передачи им груза нефти, либо признания судом того, что право собственности на этот груз принадлежит истцам.

Судья Кэмпбелл решил дело в пользу истцов. Он встал на ту точку зрения, что решение по делу *Luther* v. *Sagor* не оправдывает конфискацию движимого имущества, принадлежащего собственнику, который не является гражданином конфискующего государства, если ему при этом не выплачивается соответствующая компенсация. Однако в настоящее время есть другое решение, вынесенное судьей Апджоном и признающее, что ни гражданство экспроприированного собственника, ни факт выплаты или невыплаты ему компенсации не затрагивают общего принципа, установленного в решении по делу *Luther* v. *Sagor* и по другим делам [2]. Этот принцип заключается в том, что английское право признает экстерриториальное действие конфискационного законодательства иностранного государства в отношении движимого имущества, находящегося на его территории, и в отношении договоров, регулируемых его правом, если только цель такого законодательства не заключается в конфискации имущества отдельных лиц или категорий лиц [1].

[1] [1953] 1 W.L.R. 246.

[2] *Re Helbert Wagg and Co., Ltd.*, [1956] Ch. 323; [1956] 1 All E.R. 129. Однако приводится весьма убедительная аргументация в пользу той точки зрения, что экспроприированный собственник, не являющийся гражданином экспроприирующего государства, имеет право требовать выплаты ему суммы, равной стоимости экспроприированного имущества (OiConnell (1955), 4 I.C.L.Q. 270), и что экспроприация имущества иностранного гражданина без достаточной компенсации противоречит международному публичному праву (W o r t l e y . Expropriation in Public International Law, p. 33—36, 95; M a n n F. A. *L.Q.R.*, 1954, № 70, p. 181, 188—190).

Если в момент издания декрета о конфискации или реквизиции имущество находилось за пределами территории экспроприирующего государства — будь то в Англии, в иностранном государстве или в открытом море,— первоочередная задача, стоящая перед судьей, заключается в толковании декрета для установления того, ограничиваются ли его постановления имуществом, находящимся в пределах юрисдикции, или распространяются на имущество, находящееся за пределами территории. Судья формулирует свое собственное заключение по этому вопросу по заслушании свидетельских показаний экспертов [2]. Если он приходит к выводу, что декрет ни прямо выраженным, ни подразумеваемым образом не распространяется на имущество, находящееся в других странах или в открытом море, то вопрос решен.

На этом было в существе своем основано решение Палаты лордов по делу *Lecouturier* v. *Rey* [3]. Согласно закону, принятому во Франции, картезианские монахи были изгнаны из Франции и лишены имущества. Находясь в Испании, они продолжили изготовление ликера, извест-

[1] Судья Апджон не проявил намерения оспаривать правильность решения по делу *The Rose Mary* по его фактическим обстоятельствам. Возможно, это объясняется тем, что иранское законодательство, о котором идет речь, имело своей целью конфискацию имущества конкретных лиц, как и в деле бывшего испанского короля (см. выше). Однако в этом последнем деле имущество на момент издания декрета о конфискации находилось в Англии и, следовательно, вне досягаемости испанского государства.

[2] Как это сделал, например, судья Хилл в деле *The Jupiter (№ 3)*, [1927] P. 122.

[3] [1910] A.C. 262; *The Jupiter (№ 3)*, [1927], P. 122.

ного под названием «шартрез», на основе его первоначального, державшегося в секрете рецепта. Судебное присутствие Палаты лордов нашло, что не французский ликвидатор, а сами монахи по-прежнему имели право пользоваться в Англии теми выгодами, которые несла с собой репутация, завоеванная на этом рынке шартрезом. Указанный закон ни прямо выраженным, ни подразумеваемым образом не распространялся на имущество за пределами Франции.

Если, с другой стороны, судья приходит к заключению, что иностранный закон претендует на то, чтобы иметь экстерриториальный эффект, то первый общий принцип, который при этом следует учитывать, заключается в том, что законодательство не имеет экстерриториального действия. В общем и целом, юрисдикция сопутствует власти, а власть не может осуществляться на территории другого суверена [1]. Говоря об иностранном государстве, Дайси указывает: «С точки зрения английских судов оно не обладает властью принимать законы или осуществлять суд в отношении вещей или лиц, не находящихся на его территории, кроме как в силу какой-либо английской коллизионной нормы» [2].

Ясный вывод из территориального принципа гласит, что имущество, находящееся, например, в Англии, не может быть подвержено действию иностранного декрета об экспроприации и что правам собственника этот декрет не наносит ущерба. Единственное сомнение заключается в том, не распространяется ли действие такого декрета на гражданина иностранного государства, издавшего такой декрет, поскольку существуют исторические прецеденты в пользу точки зрения, согласно которой право экспроприировать собственность может основываться на статусе подданства, равно как и на месте нахождения вещи [3]. Является ли эта точка зрения оправданной или нет, она в последнее время находит мало сторонников [4]. Так, по одному из дел судья Моэм вынес решение, что советский конфискационный декрет не имеет силы в отношении находящегося в Англии имущества, хотя в момент издания декрета собственник этого имущества был советским гражданином [1]. Однако применение принципа строго территориального характера власти государства может оказаться подорванным в силу действия столь же твердо установившегося принципа [2] недопустимости привлечения к суду иностранного суверена, ибо если экспроприированное имущество находится во владении этого суверена или под его контролем, хотя бы и в Англии, то собственник не в состоянии принудительно осуществить свои права [3].

Если во время судебного дела имущество не находится во владении иностранного суверена или не находится под его контролем, а также, если в момент издания декрета об экспроприации оно находилось за пределами территориальной юрисдикции суверена, то в настоящее время после нескольких вынесенных в этом смысле судебных решений считается непреложным, что права собственника не затрагиваются таким декретом [4]. Противоположная норма находилась бы в противоречии не только с принципом территориальности законодательной власти, но также, когда речь идет о конфискации, с принципом недопустимости косвенного принудительного осуществления в Англии карательных законов другой страны [5]. Поскольку иностранное государство не находится во владении имуществом во время процесса, принцип иммунитета государства от юрисдикции не применяется, ибо если иностранное государство начинает процесс, то это считается подчинением юрисдикции и иммунитет перестает действовать [6].

[1] См. дело *Jabbour (F. and K.)* v. *Custodian of Israeli Absentee Property*, [1954] 1 W.L.R., 139, 150 и цитируемые там прецеденты; см. также: Dicey and Morris, p. 558—559.

[2] Dicey, 8th ed., p. 20.

[3] McNair. *Grotius Society*, 1946, № 31, p. 30, 35 et seq.

[4] См., однако, дело *Lorenzen* v. *Lydden and Co.*, [1942] 2 K.B. 202, ниже.

[1] *Re Russian Bank for Foreign Trade.*, [1933] 1 Ch. 745.

[2] Регулируемого ныне Законом о государственном иммунитете 1978 г.

[3] Например, дело *Compania Naviera Vascongado* v. *S.S. Cristina*, [1938] A.C. 485, хотя, по-видимому, в настоящее время иммунитета не было бы по такому делу, связанному с судном, которое используется в коммерческих целях, в силу ст. 10(2) Закона о государственном иммунитете 1978 г.

[4] *Tallina Laevauhisus (A/S)* v. *Estonian State S.S. Line* (1947), 80 Ll.L.Rep. 99; *Cheshire* v. *Frederick Huth end Co.* (1928), 79 Ll.L. Rep. 262; *Novello* v. *Hinrichsen Edition, Ltd.*, [1951] Ch. 595; *Bank foor Handel en Scheepvaart N.V.* v. *Slatford*, [1953] 1 Q.B. 248; [1952] 2 All E.R. 956.

[5] *Frankfurther* v. *W.L. Exner, Ltd.*, [1947] Ch. 629, 636—637.

[6] Закон о государственном иммунитете 1978 г., ст. 2(3).

Однако в связи с решением, вынесенным судьей Эткинсоном по делу *Lorentzen* v. *Lydden and Co.*[1], в течение некоторого времени существовали сомнения по поводу того, не следует ли признавать экстерриториальное действие за реквизицией имущества иностранным сувереном в отличие от конфискации. В указанном деле норвежское правительство накануне своего переезда в Англию в 1940 г. издало декрет, в силу которого, в частности, реквизировало на началах компенсации все норвежские суда, находящиеся в портах Соединенного Королевства. Поскольку в это время Англия и Норвегия вместе вели труднейшую войну против Германии, борясь за самое свое существование, судья встал на ту точку зрения, что принудительное осуществление указанного декрета было необходимо по соображениям публичного порядка [2].

В настоящее время этот вопрос можно считать урегулированным решением по делу *Bank voor Handel en Scheepvaart N. V.* v. *Slatford* [3], в котором судья Девлин последовал за вынесенным ранее шотландским судебным решением [4], а не за решением судьи Эткинсона. В этом деле голландское правительство в то время, когда оно осуществляло суверенные права в Англии с согласия английского правительства, издало декрет, который давал ему право устанавливать контроль над любым имуществом, принадлежащим лицам, проживающим в Голландии. Судья нашел, что это право голландского правительства не может быть осуществлено в отношении некоего количества золота, депонированного в Лондоне одним голландским банком в 1939 г. В своем решении судья утверждал: «Если говорить о принципе международного частного права, в силу которого имущественное законодательство могло бы действовать на территории другого государства, то такой принцип не только не давал бы разрешения коллизии законов, но и порождал бы определенную коллизию, для разрешения которой потребовалось бы формулирование новой системы. Кажется, есть все основания, если это разрешают прецеденты, применять простое правило, согласно которому имущество, находящееся в Англии, подчиняется действию английского права и никакого другого» [1].

Большинство стран имеет такую систему валютного контроля, при которой сделки с валютой других стран строго ограничиваются. Судебная практика, следуя принципу, отрицающему экстерриториальное действие законов, встала на ту точку зрения, что такое валютное регулирование не затрагивает действительность сделки, если она не подчинена закону той страны, где введено подобное регулирование [2]. В этом отношении все решает право, свойственное договору, поскольку оно может модифицировать или прекратить договорное отношение [3].

4. ПРОТИВОРЕЧИЕ ИНОСТРАННОГО ЗАКОНА ОТЛИЧИТЕЛЬНЫМ ЦЕЛЯМ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА [4]

Существует твердый принцип, согласно которому предъявляемый в Англии иск не должен противоречить английской доктрине публичного порядка. Неукоснительность соблюдения этого принципа следующим образом разъясняется лордом Паркером: «Каждый раз, когда английские суды призваны вынести решение в отношении прав и обязанностей сторон в договоре, должно учитываться воздействие публичного порядка Англии на такой договор. Каждое правовое решение наших судов заключается в применении нашего собственного права к фактическим обстоятельствам дела, установленным надлежащими доказательствами. Одним из таких фактов может

[1] [1942], 2 K.B. 202.

[2] Это — весьма необычное применение доктрины публичного порядка. «Судья использует ее не для того, чтобы исключить применение нормально применимого иностранного закона, а для того, чтобы применить иностранный закон, который нормально не был бы применим»; Wolff, p. 528; См. также замечания судьи Девлина в деле *Bank voor Handel en Scheepvaart N.V.* v. *Slatford.*, [1933] 1 Q.B. 248, 263—264; [1951] 2 All E.R. 779, 790—791.

[3] [1953] 1 Q.B. 248; [1951] 2 All E.R. 779; в апелляции: [1952] 2 All E.R. 956.

[4] *The El Condado* (1939), 63 Ll.L. Rep. 330; 1939 S. C. 413.

[1] [1953] 1 Q.B. 260; [1951] 2 All E.R. 788.

[2] *Kahler* v. *Midland Bank, Ltd.*, [1950] A.C. 24; [1949] 2 All E.R. 621; *Re Claim by Helbert Wagg and Co., Ltd.*, [1950] Ch. 323; [1956] 1 All E.R. 129; ср. дело *Re Lord Cable*, [1977] 1 W.L.R. 7, 13—14.

[3] *Kahler* v. *Midland Bank. Ltd.*, [1950] A. C. 24, 56; [1949] 2 All E. R. 621, 641.

[4] По этому вопросу см.: Kahn-Freund. *Crotius Society*, 1953, № 39, p. 39; Nygh. *I.C.L.Q.*, 1964, № 13, p. 39; см. также: Unger. *L.Q.R.*, 1967, № 83, p. 427.

ВСЕСОЮЗНЫЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ СОВЕТСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Л. А. Луиц

КУРС МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

В ТРЕХ ТОМАХ

«ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА» МОСКВА — 1973

ВСЕСОЮЗНЫЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ СОВЕТСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Л. А. Луиц

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Издание третье, дополненное

«ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА» МОСКВА — 1973

тому же плану изложения, что и в курсах гражданского права. Это дает возможность по каждому из разделов или глав (о лицах, собственности и т. д.) рассмотреть не только вопросы коллизии законов, но и другие вопросы, которые мы относим к международному частному праву: вопросы о положении иностранцев и иностранных юридических лиц («национальный режим» и «наибольшее благоприятствование»), вопросы унификации материального гражданского права, исключающие коллизию законов (например, в разделе об обязательствах из договоров — вопрос об унификации норм внешнеторговой купли-продажи в отношениях между странами социализма посредством согласованных между ними «общих условий поставок» и т. д.).

Такое рассмотрение вопросов международного частного права, построенное по тому же плану, по которому стронтся советская наука гражданского права, составляет особенную часть международного частного права.

В общую часть, как уже было сказано, мы относим все то, что может быть «вынесено за скобки». Рассматривая в общей части отдельные виды коллизионных норм, мы классифицируем их по признаку «привязки» и, таким образом, стремимся установить сферу применения той или иной коллизионной привязки в регулировании различного рода гражданско-правовых отношений с иностранным элементом.

Два аспекта изучения одних и тех же коллизионных норм дополняют друг друга и дают возможность глубже изучить ряд общих для всех коллизионных норм вопросов (о толковании этих норм, об их действии).

§ 2. СФЕРА ВОЗНИКНОВЕНИЯ КОЛЛИЗИИ ЗАКОНОВ

1. Вопросы коллизии законов, применения иностранных правовых норм и признания субъективных прав, возникших под действием таких норм, возникают в основном в сфере отношений гражданско-правового характера [1].

Уголовно-правовые нормы имеют строго территориальное действие. Международное уголовное право касается некоторых вопросов разграничения компетенции уголовных судов в отношении преступных деяний, совершенных в открытом море, свободном воздушном пространстве, в отношении совершенных за границей преступлений, направленных против независимости данного государства; в отношении вопросов взаимного содействия государств в уголовных делах (путем исполнения судебных поручений, выдачи преступников и др.) [1].

В международных соглашениях и во внутреннем законе государства предусматриваются иногда положения, отражающие стремление государства учитывать в отношении лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, иностранное гражданство, предшествующие приговоры иностранных судов при определении рецидива, размер наказания согласно закону места совершения преступления. Но во всех подобных случаях речь идет вовсе не о применении иностранного закона, а лишь об учете уголовным судом некоторых имевших место за границей фактических обстоятельств или о восприятии местным законом какого-либо иностранного уголовно-правового начала и включении его в состав собственного законодательства.

А. А. Тилле, считающий, что коллизионная проблема распространяется на любую область права, приводит в качестве одного из примеров ст. 5 УК РСФСР, в которой, по его мнению, «ярко проявляется коллизия законов». Статья устанавливает, что привлеченные к уголовной ответственности и преданные на территории РСФСР суду граждане СССР за преступления, совершенные за границей, подлежат ответственности по статьям УК РСФСР. «Само существование такой нормы говорит о постановке вопроса о выборе закона» [2].

Однако нет оснований привносить выбор закона в предпосылку данной статьи: для этого сначала надо показать возможность применения иностранного уголовного закона в СССР, а такая возможность исключается [3].

---

[1] Имеются в виду гражданско-правовые отношения в том смысле, о котором сказано выше (§ 1, п. 1).

[1] См. Соглашения между странами социализма, заключенные в 1949—1963 гг., о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам.

[2] А. А. Тилле, стр. 164.

[3] См. комментарий к ст. 5 УК РСФСР в книге «Комментарий к УК РСФСР», изд-во ЛГУ, 1962.

Распространение советского уголовного закона на действия советского гражданина или советской организации, совершенные за рубежом, не может иметь предпосылкой коллизионный вопрос в том смысле, как он ставится в международном частном праве, ибо здесь нет выбора между советским и иностранным законом.

Принцип, согласно которому государство вообще не применяет иностранные уголовно-правовые законы, неоднократно использовался буржуазными судами для того, чтобы «обосновать» неприменение законов социалистических стран о национализации частной собственности. Для этого советскому закону о национализации навязывали совершенно чуждую ему квалификацию карательных мероприятий и затем отказывали в признании действия закона — прием, который приводил к извращению не только сущности советского закона о национализации, но и начал собственного, действующего в стране суда коллизионного права (см. гл. VI).

Иностранные налоговые нормы также не могут применяться. Это положение признано и в доктрине и в практике [1]. В некоторых случаях суды одного государства признавали силу иностранного закона о недействительности сделок, не оплаченных налогом [2]. Однако норма, согласно которой неуплата налога по сделке влечет за собой ее недействительность, есть по существу норма гражданского права, так как в ней говорится о гражданско-правовых последствиях неуплаты налога, и потому данный пример вовсе не иллюстрирует применение иностранных налоговых законов.

Иностранные экспортно-импортные и девизные (валютные) акты неоднократно получали признание в судах и арбитражах различных стран в тех случаях, когда фактический состав сделки так или иначе был связан с правопорядком государства, от которого исходил такой акт.

[1] См. Niederer, § 44 и приведенную там литературу; см. также Вольф, § 164.

[2] Mann, Öffentlichrechtliche Ansprüche in internationalem Rechtsverkehr; Rabels Z., 1956, N. 1, SS. 1—20. Автор ссылается на дело, по которому германский суд применил английский закон о недействительности сделки, не оплаченной налогом. Манн видит здесь случай применения иностранного фискального закона (см. также Вольф, § 168; Morris, p. 25).

В сфере внешних экономических отношений и в особенности внешней торговли государственное регулирование (или попытка его проведения) в той или иной форме, в том или ином объеме имеет место в большинстве стран. В этой связи в юридической литературе, как буржуазной, так и социалистической, разрабатываются вопросы применения норм иностранного «публичного» права и, в частности, применения коллизионных привязок в сфере административного права [1]. Заключения, к которым приходят суды и арбитраж по этим вопросам, далеко не единообразны; иногда нет достаточно устойчивой практики и в пределах данной страны.

В большинстве случаев ставится вопрос о том, может ли отказ в выдаче экспортной лицензии или запрещение вывоза определенного товара или невыдача разрешения на валютную операцию иметь какие-либо юридические последствия за пределами страны, от властей которой исходит такой акт? Может ли сделка, наталкивающаяся на подобного рода запрещения, быть признана недействительной? Разрешение вопросов признания указанных актов требует надлежащей правовой квалификации рассматриваемых явлений.

Правильно и здесь будет считать, что речь идет не о применении иностранного административного акта как такового, не о приведении его в действие, а о признании (или непризнании) тех или иных гражданско-правовых последствий такого рода актов; ставится вопрос гражданско-правового характера, который, следовательно, должен быть разрешен методами гражданского и (или) международного частного права [2].

[1] Эндерлейн (Enderlein, Anwendung in- und ausländischen «öffentlichen Rechts» auf Aussenhandelsverträge, «Staat u. Recht», 1968, N. 1, S. 71) заключает свой обзор доктрины и практики различных стран следующим выводом: «В итоге можно установить, что ныне во многих капиталистических и социалистических странах применение иностранного публичного права, частично путем различного обоснования, получает признание». Ср. Batiffol in «Clunet» 1973, № 1, p. 36.

[2] Эти именно выводы вытекают из анализа судебной практики. Meznericz, Foreign Exchange Legislation and PIL, in «Questions of International Law», 1964, Budapest, p. 93.

Анализ этот показывает, что применительно к валютным ограничениям коллизионные вопросы возникают, когда ставится вопрос

Это не означает, что разрешение такого рода дел всегда укладывается в рамки старых, обычных категорий гражданского или коллизионного права (когда, например, исполнению сделки препятствуют валютные запрещения, действующие в месте платежа, то будет, вероятно, принят во внимание закон этого последнего места, хотя бы суд, рассматривающий дело, согласно своему коллизионному праву должен был бы руководствоваться законом места совершения контракта или законом страны поставщика). Могут возникнуть и более сложные ситуации, с которыми связаны трудные проблемы коллизионного права.

В данной связи уместно привести широко известное английское судебное решение 1944 года по делу Regazzoni v. Sethia, получившее отклики в литературе различных стран. Речь шла о поставке английским продавцом швейцарскому покупателю партии индийского джута. Сделка была признана недействительной, так как швейцарская фирма приобретала джут для реэкспорта в Южно-Африканскую Республику. Суд здесь усмотрел обход индийского запрещения вывоза товаров в Южно-Африканскую Республику, подчеркнув, что английский суд не должен содействовать обходу закона дружественной страны [1]. Решение это приводилось как пример применения иностранного публично-правового закона. На самом деле речь здесь идет о гражданско-правовых последствиях иностранного экспортного запрещения — о недействительности сделки.

Иногда иностранные девизные правила, ограничивающие перевод денег за границу, или иностранный запрет вывоза или ввоза товаров могут создавать невозможность исполнения обязательств и суду приходится учитывать эти иностранные запреты, как доказательство фактической невозможности для должника исполнить обязательство. Но здесь нет вообще вопроса о применении какого-либо иностранного закона, а налицо лишь положение, при котором неисполнение должником обязательства по собственному праву суда (а не по иностранному праву) не может быть признано виновным. Такие случаи относятся, следовательно, не к сфере международного частного права, а к сфере внутреннего гражданского права.

Следовательно, в рассмотренных нами категориях случаев речь шла о признании гражданско-правового эффекта иностранных «публично-правовых норм», а не о применении их как таковых.

2. Говоря о сфере применения коллизионных норм, мы имеем в виду отношения гражданско-правового характера в том широком смысле слова, о котором нами было сказано в гл. I в связи с применением категорий международного частного права к отношениям семейного и трудового права. Не подлежит сомнению, что и в области уголовного, административного, процессуального права имеются фактические составы с иностранным элементом [1].

В старой немецкой литературе была выдвинута доктрина, согласно которой вне сферы гражданских отношений (в области публичного права) могут действовать коллизионные нормы, но лишь одностороннего характера, направленные на применение к таким составам собственного права данной страны закона суда; в тех же случаях, когда собственный закон неприменим к этим составам, регулирование остается вне сферы юрисдикции данного государства [2] и его суд не компетентен

о действительности денежного обязательства или невозможности его исполнения, наталкивающегося на иностранное валютное запрещение. Признание действия иностранного валютного запрещения распространено в практике западных стран в связи с принятием в Бреттон-Вудсе в 1944 году соглашения о Международном валютном фонде. В ст. VIII, 2 (а) этого соглашения сказано, что валютные сделки, касающиеся валюты какого-либо государства — члена фонда и противоречащие его валютному законодательству, не получат защиты (судебной, административной) со стороны других государств — членов фонда.

[1] Dicey and Morris, pp. 738—739; Morris, p. 34.

[1] В отношении иностранных административных действий может иметь место их признание (наподобие признания иностранных судебных решений) в силу прямого предписания внутреннего закона или международного договора. К случаям подобного признания можно отнести предусмотренную ст. 12 Основ законодательства СССР и союзных республик о здравоохранении («Ведомости Верховного Совета СССР» 1969 г. № 52, ст. 466) возможность допуска лиц, получивших подготовку к медицинской или фармацевтической деятельности за рубежом, к занятию такой деятельностью на территории СССР. С этим будет связано то или иное признание, в отдельных случаях, иностранных дипломов.

[2] Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. IV (1936), S. 120.

рассматривать дело. Но нормы, распространяющие действие уголовного, административного или иного «негражданско-правового» закона своей страны на составы с иностранным элементом, не являются коллизионными, они не говорят о выборе закона. Это — нормы материального права, выражающие в основном начало национального режима.

Примером могут служить соглашения СССР с некоторыми из европейских стран социализма по вопросам социального обеспечения. Соглашения говорят о том, что граждане одной Стороны, постоянно проживающие на территории другой Стороны, в вопросах социального обеспечения в принципе полностью приравниваются к гражданам этой Стороны. Если гражданин, получающий пенсию, переселится с территории одной Стороны на территорию другой Стороны, то выплата пенсии прекращается и компетентные органы последней Стороны назначают пенсию в соответствии со своим законодательством [1]. Правда, при этом стаж работы в каждой из Сторон исчисляется по закону Стороны, на территории которой протекала работа. Но данное правило (закон места работы) относится уже не к пенсионному отношению, а к трудовому отношению, являющемуся предпосылкой отношения по социальному обеспечению, а трудовые, как и семейные, отношения относятся к сфере «гражданских дел», по которым возникают коллизионные вопросы.

Во внутреннем советском праве нет коллизионных отсылок к иностранному праву и в сфере чисто трудовых отношений; такие коллизионные нормы есть в чехословацком Законе о международном частном праве и процессе 1963 года (§ 16) и польском Законе о международном частном праве 1965 года (ст. ст. 32—33) и в законодательстве многих других стран [2].

[1] К. А. Городецкая, Соглашения о социальном обеспечении, «Социалистическая законность» 1960 г. № 9, стр. 49, ее же, Соглашения между Советским Союзом и другими социалистическими странами по вопросам социального обеспечения, «Советский ежегодник международного права, 1961 год».

[2] В литературе международного частного права спорен вопрос о том, может ли коллизионная отсылка к иностранному трудовому праву приводить к применению и тех норм этого права, которые носят административный характер. Утвердительно отвечает венгерский академик Саси (Szaszy, 1968, p. 147). Однако его позиция приводит к широкому применению оговорки о публичном порядке в данной области, и не исключается ли при помощи такой оговорки применение как раз тех иностранных норм, которые носят административный характер?

3. В области отношений, регулируемых нормами гражданского права, признание действия иностранных законов не только возможно, но и необходимо в известных пределах в условиях современного международного экономического и культурного обмена.

Международная торговля, международное культурное общение, конечно, немыслимы без того, чтобы за иностранцем в каждой данной стране признавалась гражданская правоспособность и доступ в суды для защиты своих прав. Но они невозможны и без того, чтобы каждое государство признавало в известных пределах субъективные гражданские права, приобретенные в силу действующих за рубежом законов.

К. Маркс, рассматривая волевой акт товаровладельца, опосредствующий процесс обмена, говорит: «Чтобы данные вещи могли относиться друг к другу как товары, товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых распоряжается этими вещами: таким образом, один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно каждый из них лишь при посредстве одного общего им обоим волевого акта, может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный. Следовательно, они должны признавать друг в друге частных собственников (разрядка наша. — *Л. Л.*). Это юридическое отношение, формой которого является договор, — все равно, закреплен ли он законом или нет, — есть волевое отношение, в котором отражается экономическое отношение. Содержание этого юридического, или волевого, отношения дано самим экономическим отношением» [1].

Таким образом, обмен опосредствуется юридическими отношениями между товаровладельцами, отношениями, в которых товаровладельцы «должны признавать друг в друге частных собственников». Маркс, анализируя капиталистический процесс обмена, говорил о «частных собственниках». Мы вправе считать, что это указание Маркса должно быть отнесено и к

[1] К. Маркс, Капитал, т. I, Госполитиздат, 1949, стр. 91.

внешнеторговому обмену, в частности к внешнеторговому обмену СССР и иностранных государств.

Когда советская внешнеторговая организация совершает внешнеторговую сделку, например, с британской фирмой, приобретая у нее какой-либо товар, то эта организация, очевидно, признает за британской фирмой право собственности на предмет сделки (товар) или во всяком случае право фирмы распорядиться данным товаром. Когда британская фирма приобретает какой-либо товар у советской внешнеторговой организации, то эта фирма признает за названной организацией право распорядиться данным товаром, право продать его. Но право британской фирмы распорядиться данным товаром как собственностью регулируется английским законом, а право советской внешнеторговой организации распорядиться данным товаром как собственностью подчинено советскому закону.

То, что сказано в отношении внешнеторговой купли-продажи, имеет отношение и к другим внешнеторговым сделкам (к кредитно-расчетным правоотношениям, страхованию, складским операциям и т. п.).

Во всех случаях, когда участниками сделок являются организации и фирмы, принадлежащие к различным государствам, может возникнуть вопрос о признании гражданских прав и обязанностей, возникших под действием иностранного закона.

Подобный вопрос может возникнуть и в тех случаях, когда в условиях международной жизни совершаются бытовые сделки с участием иностранца.

Выше мы уже говорили о том, что в условиях международного общения и сотрудничества заключаются сделки, в которых наличие иностранного элемента выражается не в том (или не только в том), что участником (стороной) в сделке является иностранец. Наличие иностранного элемента в гражданском правоотношении может выразиться и в том, что объект такого отношения находится за границей (за пределами страны, суд которой рассматривает дело), или в том, что юридический факт, с которым связано возникновение, изменение или прекращение правоотношения, имел место за границей.

В условиях международной жизни постоянно возникают гражданские правоотношения с тем или иным иностранным элементом, и в этой связи постоянно встает вопрос о признании разного рода субъективных гражданских прав, возникших под действием иностранного закона. Признание таких субъективных прав для суда, арбитража или административного органа данного государства означает, по существу, признание действия иностранной гражданско-правовой нормы, т. е. применение ее к данному отношению.

Признание того, что данный фактический состав, в котором имеется иностранный элемент, порождает определенные субъективные права и обязанности, также во многих случаях связано с применением иностранного закона.

Например, признание в СССР составленного во Франции олографического завещания[1] означает применение французского закона о форме завещательных распоряжений, ибо если к такому акту применить советский закон о форме завещания (ст. 540 ГК РСФСР и соответствующие статьи гражданских кодексов других республик), то этот акт не мог бы получить признания юридического факта. Равным образом в тех случаях, когда советский нотариус свидетельствует доверенность на право продажи земельного участка, находящегося за границей, он также признает действие там соответствующего иностранного закона о праве частной собственности на землю.

4. Необходимость признания государством субъективных гражданских прав, приобретенных в силу действующих за рубежом законов, относится как к отношениям между странами, принадлежащими к одной и той же общественной формации, так и к отношениям между странами, принадлежащими к различным общественным формациям.

Содержащиеся в гражданских, брачно-семейных кодексах союзных республик, в Кодексе торгового мореплавания, Положении о чеках СССР советские коллизионные нормы, отсылающие к иностранному закону, были введены в действие до второй мировой войны, когда еще не было других социалистических стран. Эти

[1] Завещание, собственноручно написанное завещателем, им датированное и подписанное, действительно по ст.ст. 969—970 гражданского кодекса Франции.

нормы, следовательно, были прямо направлены на признание действия законов капиталистических стран на основах принципа сосуществования. Субъективные гражданские права, основанные на законах СССР, также должны быть признаваемы в каждой из стран капитализма на основе действующих там коллизионных норм.

Положения эти настолько очевидны, что не нуждались бы в обосновании, если бы они не оспаривались некоторыми буржуазными юристами, утверждающими, что правовые институты двух общественных систем — социалистической и капиталистической вообще якобы не терпят никаких сопоставлений.

При всем глубоком принципиальном различии между правом личной собственности в СССР, с одной стороны, и правом частной собственности на орудия и средства производства в капиталистических странах надо сказать, что самое их противопоставление предполагает наличие между ними общих признаков. Нельзя отрицать наличия широких понятий «права собственности», «наследования», «договора» и т. д. как понятий, общих для различных общественных формаций.

Общее понятие права собственности является предпосылкой для противопоставления права собственности эксплуататорских формаций, с одной стороны, и социалистической — с другой [1]. То же относится и к общему понятию наследования [2].

Общие понятия служат предпосылками коллизионных норм, отсылающих к законодательству различных государств без какой-либо дискриминации между ними и их гражданами [3]. Иначе и не может быть, если коллизионное право действительно выполняет ту функцию, которую оно в условиях сосуществования двух систем собственности призвано выполнять: служить средством организации мирного делового сотрудничества между странами на основе равноправия двух систем собственности.

В практике социалистических государств нет ограничений действия коллизионных норм, которые проводили бы такую дискриминацию [1]. Судебная практика буржуазных стран знает много случаев ограничений применения собственных коллизионных норм: в некоторых решениях буржуазных судов отразилось стремление всемерно ограничивать отсылку к норме социалистического государства, когда об этом шла речь [2] (см. гл. гл. VI—VIII).

Такая политика явно противоречит требованиям международного публичного права.

---

[1] А. В. Венедиктов, Государственная социалистическая собственность, изд-во АН СССР, 1948, гл. I.

[2] В. И. Серебровский, Очерки советского наследственного права, изд-во АН СССР, 1953, стр. 11 и сл.; Б. С. Антимонов, К. А. Граве, Советское наследственное право, Госюриздат, 1955, стр. 5.

В. И. Серебровский в названном сочинении, дав общее понятие наследования, говорит: «Это общее понятие требует раскрытия его значения и классового содержания в условиях эксплуататорского общества и в условиях общества социалистического».

[3] Общие понятия вообще служат предпосылкой для применения институтов международного частного права к отношениям между буржуазными и социалистическими странами. Отрицание таких понятий иногда имеет определенную политическую направленность.

В этой связи обращает на себя внимание следующая статья о личной собственности советских граждан: Mintaus Cakste, Das persönliche Eigentum der Sowietbürger, in Osteuropa-Recht, 1955, S. 27.

Автор ставит вопрос о том, могут ли советские граждане приобретать в порядке наследования или каким-либо другим путем находящееся в капиталистических странах имущество, если советский гражданин домицилирован в СССР. На вопрос дается отрицательный ответ: «Советский правопорядок не знает частной собственности. Ему присуще лишь понятие личной собственности. Личная собственность с частной собственностью несопоставимы».

Указанное рассуждение прикрывает собой противоречащую международному праву попытку лишить советского гражданина за рубежом «национального режима», предоставляемого всем иностранцам.

[1] См. об этом Réczei, § 34.

[2] Так, французский юрист Нибуайе (Niboyet, vol. VI, p. 411) отмечает, что коллизионная норма, отсылающая к закону нахождения вещи для разрешения вопроса о закономерности приобретения права собственности, не должна применяться, когда такая отсылка приводила бы к признанию иностранных декретов о безвозмездной экспроприации собственности (см. также «Clunet», 1952, p. 540. Критику этих суждений см. в докладе Р. Быстрицкого на VI конгрессе Международной ассоциации юристов-демократов в Брюсселе 22—25 мая 1956 г.).

Подобная дискриминация применения коллизионного принципа, явно направленная против социалистических стран, противоречит общепризнанным началам международного права.

IPR und Rechtsvergleichung

Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung

von

Dr. Harald Koch
Professor an der Universität Rostock,
Richter am Oberlandesgericht Rostock

Dr. Ulrich Magnus
Professor an der Universität Rostock,
Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht

und

Dr. Peter Winkler von Mohrenfels
Professor an der Universität Rostock,
Richter am Oberlandesgericht Rostock

2. Auflage

C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1996

Х. Кох, У. Магнус, П. Винклер фон Моренфельс

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Перевод с немецкого
доктора юридических наук
Ю.М. Юмашева

Москва
«Международные отношения»
2001

§ 10. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО КОНКУРЕНЦИИ

Литература

MünchKomm(-Immenga), Bd. 7 — EGBG 2. Aufl. (1990), Nach Art. 37 — Kartellrecht — sowie *MünchKomm(-Kreuser)*, das. Art. 38 Rn. 226 ff. — unlauterer Wettbewerb; *Kreuzer*, Wettbewersverstoße und Beeinträchtigung geschäftlicher Inreressen (einschl. der Verletzung kartellrechtlicher Schutzvorschriften), in: *von Cämmerer* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außerstaatlichen Schuldverhältnisse (1983), 232 ff.; *Gloy(-Wilde)*, Handbuch des Wettbewerbsrecht (1986 mit Nachtrag 1990), §§ 6–8; *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (1995).

О международном картельном праве: *E. Rehbinder*, in: *Immenga Mestmäcker*, GWB-Komm. (2. Aufl. 1992), § 98 Abs. 2; *Großfeld*, Praxis des internationalen Wirtschaftesrechts (1975) Kap. 7 (S.102 ff.); *Martinek*, Das internationale Kartellprivatrecht (1987); *Messen*, Kollisionsrecht der Zusammenschlußkontrolle (1984).

О коллизионном праве недобросовестной конкуренции: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. (193), Einl. UWG Rn. 168 ff.; UWG-GroßKomm(-*Schricker*), Einl. F (1994); *Sandrock*, Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen internationalem Immaterialgüterrecht und internationalem Kartellrecht, GRUR-Int. 1985, 507.

A. Основные принципы привязки

I. Международное право конкуренции как специальная сфера

Под международным правом конкуренции понимают в данном случае два различных аспекта: коллизионное право ограничений конкуренции (сокращенно — международное картельное право) и недобросовестную конкуренцию. Эти аспекты конкуренции совершенно очевидно регулируются (классическим) комплексом норм международного обязательственного права (договорное право, деликтное право), даже если они случайно попадают в сферу его действия.

Причина такой «эмансипации» кроется в специфике интересов участников экономических отношений, регулируемых экономическим правом: эти интересы более, чем где-либо в другой сфере, носят ярко выраженный материально-(частно)правовой (вещный) характер. В том, что касается права конкуренции, это становится особенно ясно при рассмотрении четырех основных понятий:

1. *Защита на институциональном уровне.* В последние десятилетия происходит изменение функций права конкуренции, что лучше всего иллюстрирует защита на институциональном уровне, инструментом которой это право все в большей мере служит: добросовестная конкуренция нуждается в правовой защите. Устранение препятствий добросовестной конкуренции может быть достигнуто коллизионно-правовым методом, а не только с помощью инструментов обязательственного права, которые направлены в первую очередь на правовую защиту индивида.

2. *Экономическая политика и цели закона.* Защита институтов является одновременно выражением интересов экономической политики. Они реализуются с помощью права, регулирующего недобросовестную конкуренцию, и в первую очередь ограничительную практику. Здесь также нельзя обойтись без коллизионного права. Однако такая политика, имеющая целью усилить свое влияние в условиях международной конкуренции, должна учитывать существенные различия в национальных механизмах регулирования возникающих противоречий. Не вдаваясь в подробности затрагиваемых при этом основных вопросов МЧП (таких, как материально-правовое влияние на МЧП и его политизация, «неостатутарные методы»)[1], можно констатировать, что международное право конкуренции несет на себе явный отпечаток интересов экономической политики.

3. *Реализация права властями.* Далее следует отметить, что в экономическом праве довольно часто ведущую роль в реализации регулирующего механизма играют власти (ведомства, осуществляющие контроль за антимонопольной деятельностью). Это также накладывает свой особый отпечаток на классическое МЧП, деформируя его. Поскольку возможности властей вмешиваться и действовать в национальных интересах ограничены границами территорий их государств, постановка вопроса должна звучать следующим образом: как далеко распространяется сфера действия нашего права, вместо: какой из нескольких правопорядков, имеющих отношение к данному фактическому составу, подлежит применению?

4. *Правила конкуренции ЕС.* И наконец, едва ли в какой-либо иной сфере действия МЧП, нежели в сфере регулирования конкуренции, право ЕС стало играть исключительно важную роль (см. в целом о соотношении МЧП и права ЕС выше, § IB).

Уже в первичном праве ЕС закреплен самостоятельный комплекс нормативных актов, регулирующих конкуренцию (ст. 81 и 82) (бывш. ст. 85 и 86. — *Ред.*). Касается это и основных экономических свобод Общего рынка (совместимы ли различия в национальном регулировании недобросовестной конкуренции со свободой передвижения товаров по ст. 28 Римского договора о ЕС (бывш. ст. 30). Во вторичном праве ЕС также действуют многочисленные регламенты и директивы, посвященные регулированию конкуренции. Затрагиваются коллизионные проблемы и в договорах между государствами — членами Сообщества, особенно в том, что касается правовой защиты предпринимательства.

Значение коллизионных принципов, описанных в пп. 1–4, не ограничивается, разумеется, правом конкуренции. Оно характерно для всей сферы экономического права. Так что точнее было бы говорить о самостоятельном коллизионном праве, экономическом коллизионном праве[2], частью которого является право конкуренции.

Правда, здесь речь идет о частноправовом регулировании конкуренции. Публичное право играет существенную роль прежде всего в отношении компетенций антимонопольных ведомств при регулировании картелей. Это также оказывает влияние на международное право конкуренции. Так, например, в случае конфликта компетенций национальных антимонопольных ведомств государств — членов ЕС и Комиссии ЕС, которая наделена исключительной компетенцией в вопросах конкуренции, возникающие проблемы могут улаживаться посредством гармонизации соответствующих законодательств государств-членов, путем применения принципа субсидиарности и координации процессуальных процедур[3].

II. Международное картельное право

В связи с возрастающей открытостью мировых рынков при регулировании ограничительной практики все большее значение начинают приобретать коллизионные нормы. Международное картельное право (включая и правила конкуренции ЕС) следует в целом так называемому принципу эффекта (последствий): применяется право той страны, для экономики которой ограничение конкуренции имело отрицательные последствия[4].

1. § 98, абз. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой как односторонняя коллизионная норма

В этом законе регулирование § 98, абз. 2 носит односторонний характер, то есть лишь при применении немецкого картельного права, а именно, только в случаях ограничения конкуренции внутри страны. В § 98, абз. 2 ни слова не сказано ни о применении немецкого картельного права к отрицательным последствиям нарушения конкуренции за границей, ни о применении *заграничного* картельного права.

a) Это связано прежде всего с тем, что применение права при регулировании картелей часто осуществляется посредством санкций, предписываемых властями (запреты, штрафы), которые, за редкими исключениями, могут реализоваться исключительно на территории местонахождения этих властей (поэтому в международном публичном праве говорят, часто ошибочно, о территориальном принципе)[5].

b) Постановка вопроса в международно-правовой плоскости о возможности применения права одного государства в другом без нарушения суверенитета последнего вполне уместна в картельном праве из-за его, по крайней мере отчасти, публично-правового характера[6].

c) Возможны, однако, также и ситуации, в которых соответствие действий предприятия правилам конкуренции должно оцениваться без применения властями санкций. Например, когда речь идет о действительности договоренностей, ограничивающих конкуренцию, или о гражданско-правовой ответственности за нарушения. В подобных случаях довольно часто принимается во внимание применение также и иностранного права в стране[7]. Вопрос о критериях допустимости и границах применения иностранного картельного права является предметом оживленных дискуссий[8]. В настоящее время наиболее четко выкристаллизовались две точки зрения.

Сторонники одной точки зрения придерживаются метода односторонних коллизионных норм в отношении применения соответствующего национального картельного права, что позволяет считаться с ним в той мере, в какой оно не нарушает важных немецких интересов (публичный порядок). Другая точка зрения не отвергает также и классические методы МЧП, предлагая превратить одностороннюю коллизионную норму § 98, абз. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой (критерии отрицатель-

ных последствий для территории заинтересованного государства) в двустороннюю (применяется картельное право страны, на территории которой ограничение конкуренции имело место).

Решение, предлагаемое сторонниками другой точки зрения, предпочтительнее, так как теоретически оно более ясное и избегает противоречий, связанных с применением картельного права различных стран. При этом, однако, последствия ограничения конкуренции должны быть точно определены (см. ниже). Практика также до сих пор не решается по указанным причинам, лежащим на поверхности, более активно занимается проблемами отыскания и применения иностранного картельного права.

2. Сфера применения (квалификация)

В каких случаях приходится иметь дело с вопросами картельного права, к которым бы применялся § 98 Закона о борьбе с ограничительной практикой, в отличие от проблем права компаний, договорного или деликтного права? Ответ на этот вопрос о квалификации вытекает из понятия ограничения конкуренции, содержащегося в § 98 указанного закона, и его толкования по немецкому праву: сюда входят также обстоятельства, регулируемые упомянутым Законом о борьбе с ограничительной практикой, которые, правда, могут иметь договорно- или деликтноправовую природу или же относиться к праву компаний. Но, поскольку эти обстоятельства не играют центральной роли с точки зрения действий, ограничивающих конкуренцию, они регулируются не общим коллизионным правом, а специальными нормами международного картельного права. Тем не менее действительность договоренностей о картеле может быть рассмотрена в качестве самостоятельного *предварительного вопроса*, договорно-правового по своей природе, чтобы в дальнейшем дополнительно проверить его с точки зрения картельного права.

3. Последствия ограничительной практики картелей внутри страны

В § 98, абз. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой, в котором речь идет о последствиях действий, нарушающих конкуренцию внутри страны, ни слова не говорится ни о самом месте конкуренции, ни об участии в ней немецких предприятий, даже если ценовой сговор был совершен за границей, Закон о борьбе с ограничительной практикой применяется в соответствии с *прямыми* последствиями для местного рынка сговора. И наоборот, если ценовой сговор немецкого предприятия касался южноамериканских рынков, закон не применяется, хотя косвенные последствия для внутреннего рынка вполне вероятны, например усиление сбытового и рыночного потенциала предприятия благодаря расширению экспорта. Данный принцип «эффекта» подлежит конкретизации согласно соответствующей «охранительной» цели норм данного закона, которые регулируют условия создания и функционирования картелей:

a) *Картели в собственном смысле* (горизонтальные соглашения между производителями, ограничивающими конкуренцию, и о согласованных действиях) должны иметь место на немецком рынке. Косвенные последствия действий, ограничивающих конкуренцию на иностранных рынках, недостаточны[9] (практическое значение имеют исключения, сделанные в ст. 98, абз. 2, разд. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой в пользу экспортных картелей: немецкое право действует независимо от последствий для внутреннего рынка, особенно в том, что касается контроля за злоупотреблениями).

b) Сложнее определить последствия для внутреннего рынка в случаях *вертикальных* соглашений (т.е. между производителем и дилером. — *Ред.*) об ограничении конкуренции. Здесь речь идет, прежде всего, о сговоре по ценам и условиям сбыта на иностранных рынках: подобные соглашения могут затруднить доступ на рынок новых немецких конкурентов. Судебная практика справедливо ограничивается ссылкой на иностранный рынок, в отношении которого действуют договоренности, поскольку в подобных ситуациях отсутствуют последствия, ограничивающие конкуренцию внутри страны[10].

c) *В отношении злоупотребления доминирующим положением* действует § 22 указанного Закона как в случаях, когда (немецкое или иностранное) предприятие контролирует рынок, так и при злоупотреблении иностранным предприятием доминирующим положением на немецком рынке[11].

d) В основу *контроля за слияниями* со стороны Федерального картельного ведомства Германии также положена доктрина их последствий для внутреннего рынка: это ведомство запрещает слияния, если есть основания предполагать, что они ведут к созданию доминирующего положения на рынке или усиливают его (§ 24, абз. 1 Закона о борьбе с ограничительной практикой), даже если приобретение долей предприятий или аналогичные операции (§ 23, абз. 2 указанного Закона) осуществляются за границей и немецкие концерны в этом не участвуют. Речь идет только о контроле над внутренним рынком, который может быть осуществлен и иностранной компанией. При определении доли рынка также имеют в виду только территорию Германии. Разумеется,

запрет слияний предприятий за границей может в целом носить экстерриториальный характер и выходить за рамки сферы применения Закона о борьбе с ограничительной практикой, защищающего внутренний рынок. В подобных случаях международное право хранит молчание и такой запрет также может быть не реализован. Но когда конститутивную силу запрета нельзя ограничить внутренним рынком, на помощь в любом случае могут прийти частичный запрет (слияний) или ограничивающие предписания о разделении (§ 24, абз. 6)[12]. Обязательство уведомлять и сообщать о слияниях ограничены случаями их серьезных (чувствительных) последствий для внутреннего рынка. Такие уведомления должны содержать сведения об абсолютных размерах оборота сливающихся компаний, числа занятых на их предприятиях и т.д. (§ 23, абз. 1, разд. 1, № 2; § 24, абз. 1, разд. 2), а также о ресурсах этих компаний за границей[13].

4. Процедуры

Из сказанного о пространственном ограничении компетенции властей, контролирующих картели, можно одновременно вывести правило, касающееся их юрисдикции: когда имеет место ограничение конкуренции, влекущее за собой отрицательные последствия для внутреннего рынка, Федеральное картельное ведомство Германии может начать административные и штрафные процедуры на основе немецкого картельного права (параллельное действие международной подсудности и применимого права). Иначе обстоит дело с гражданско-правовыми процедурами, касающимися регулирования картелей: с исками из нарушения договоров, негаторными исками или исками о возмещении ущерба можно по общему правилу обращаться в немецкие суды в соответствии с их территориальной подсудностью[14]. Следствием этого может быть, но не обязательно, одновременное применение (немецкого) права (см. § 98, абз. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой в сочетании с § 32 ГПК Германии).

III. Международное право недобросовестной конкуренции

Немецкий закон о недобросовестной конкуренции не содержит прямо выраженных коллизионных норм. В обновленном Вводном законе к ГГУ также нет коллизионных норм, посвященных регулированию конкуренции.

1. Отграничение от международного деликтного права

В судебной практике и доктрине коллизионное право, касающееся недобросовестной конкуренции, рассматривается в

абсолютном большинстве случаев как часть международного деликтного права[15]. Одновременно считается общепринятым, что принцип закона места причинения вреда должен иметь свою *конкурентную специфику*, поскольку теория «повсеместной ответственности» (см. об этом выше, § 6A III Ubiquitätslehre) общего коллизионного права деликтных обязательств была бы слишком расплывчатой. Согласно этой теории было бы возможно остановить свой выбор на коллизионной привязке к праву страны места совершения действия (например, местонахождение типографии, печатающей периодические издания, местонахождение радиостанции, передающей рекламные объявления) или к праву страны наступления последствий этого действия (например, местом нарушения правовых благ (Ort der Rechtsgutsverletzung) может послужить (постоянное) местонахождение конкурента или место, где ограничение конкуренции выражается в том, что фирма-монополист осуществляет свою рыночную стратегию, игнорируя потребителей). Поэтому местом совершения правонарушения будет место конфликта интересов конкурентов (местонахождение рынка, см. ниже, п. 2).

В отличие от обязательственного права проблема (нарушения) интересов в праве конкуренции, без сомнения, гораздо сложнее: речь здесь идет не только об интересе конкретного потерпевшего индивида, неприкосновенность которого (т.е. интереса) деликтное право призвано защищать. Сфера действия охранительной функции закона о недобросовестной конкуренции включает ныне наряду с защитой интересов конкурентов также и защиту интересов других участников рынка: поставщиков, заказчиков, особенно потребителей, всего общества и государства как участника рыночных отношений[16]. (Эволюция функции *немецкого* закона о недобросовестной конкуренции вновь свидетельствует о том, что международное экономическое право следует прежде всего методу конструирования коллизионных норм: сфера применения собственного материального права определяется в соответствии с материально-правовым смыслом закона, и уже из этого выводятся при необходимости последствия для двусторонней коллизионной нормы.) Упомянутая выше идея о защите институтов также может служить свидетельством того, что международное право конкуренции не следует ассоциировать исключительно с деликтным коллизионным правом.

2. Право местонахождения рынка

а) Согласно относительно новой практики Федерального суда, который в целом следует доктрине, решающую роль в определе-

нии права конкуренции территориального рынка играет место конфликта интересов конкурентов[17]. Это означает, в первую очередь для случаев конкуренции на иностранном рынке, что компетентным для оценки ситуации с точки зрения права конкуренции является правопорядок страны местонахождения этого рынка, независимо от государственной принадлежности конкурентов. Этот же принцип действует и в случаях, когда немецкое предприятие осуществляет в Германии подготовку и выделяет материальные и финансовые средства, которые намеревается использовать в конкурентной борьбе на иностранных рынках: решающее значение имеет лишь место *непосредственной* коллизии взаимных интересов конкурентов. Данный принцип права местонахождения рынка соответствует принципу «эффекта» (последствий) § 98, абз. 2 Закона о борьбе с ограничительной практикой и аналогичным образом обосновывается тем, что там под действие механизма регулирования рыночных отношений одновременно подпадают интересы конкурентов и потребителей[18]. В случаях, когда необходимо определить последствия нарушения конкуренции для потребителей, в качестве территориального рынка рассматривается место, в котором осуществлялись действия по привлечению клиентов (рекламные мероприятия). Если на каком-либо рынке осуществляются меры с целью воспрепятствовать конкуренции, то компетентным является право страны места сбыта, так как именно там конкурентам чинят препятствия. Тот же критерий действует и в случаях сбыта контрактации (использование чужих товарных знаков, фирменных наименований и т.д. в корыстных целях)[19].

b) Судебная практика делает одно *исключение* из применения этого принципа в отношении конкуренции немецких предприятий между собой за границей. Если следовать основному принципу, то необходимо было бы применять иностранное право. Если же между собой конкурируют за границей исключительно (или преимущественно) немецкие предприятия, то компетентным должно быть признано немецкое право как общее национальное право участников, регулирующее нарушение ими конкуренции[20]. Это исключение заставляет вспомнить печальной памяти регламент 1942 г. о применимом праве и развитые на его основе правила «сырницы» (Käseglocken) (см. выше, § 6A IV). Суть правил в том, что к немцам, причинившим ущерб за границей, применяется немецкое право. Разумеется, сфера действия этого правила ограничена исключительно случаями, когда оспариваемые действия, нарушающие конкуренцию, направлены против (немецкого) участника этих действий. Как следствие этого, имеются в виду

прежде всего меры по ограничительной практике и злонамеренный обман, цель которых — преднамеренное нарушение правил конкуренции.

IV. Резюме

Законы по борьбе с ограничением конкуренции и недобросовестной конкуренцией дополняют друг друга и создают общий правовой режим конкуренции в сфере экономики, регулирующий объем (картельное право) и способы (недобросовестная конкуренция) конкурентной борьбы[21]. Международное конкурентное право учитывает эту взаимосвязь двух аспектов, дополняющих друг друга, посредством применения единой привязки к *рынку*, на котором конкуренция имеет место[22].

Конечно, этот основной принцип служит лишь отправной точкой для дальнейшего дифференцированного подхода к ситуациям, когда требуется определить рынок, на котором сталкиваются подлежащие защите интересы конкурентов.

B. Учебные примеры

Пример 1. *Международное картельное право: Фирма «Ландтехник» в Дании*[23]

Фирма «Ландтехник ГмбХ», г. Киль, производит и продает сельскохозяйственным предприятиям установки для изготовления и хранения силосных кормов. На выставке сельскохозяйственного оборудования в Ютландии представитель датского товарищества «Юлландс Агро-кооператив» (ЮАК) по фамилии Хадерслев провел переговоры с фирмой «Ландтехник» о возможностях сбыта ее продукции в Дании. При этом фирма «Ландтехник» предложила ЮАК исключительное право продажи своей продукции в Дании при условии, что ЮАК обяжется не включать в свою программу сбыта конкурирующие товары. По завершении этих устных переговоров фирма «Ландтехник» послала товариществу ЮАК письмо, которое рассматривала как «письменное подтверждение результатов переговоров». В этом письме давалось подробное предложение, включая и механизм реализации исключительного права продаж продукции фирмы. Письмо осталось без ответа. В дальнейшем ЮАК получала продукцию фирмы «Ландтехник», но продолжала поставлять конкурирующую продукцию своим потребителям.

Вследствие этого фирма «Ландтехник» потребовала от товарищества ЮАК возмещения ущерба за нарушение договоренности об исключительном праве. ЮАК возразила, что такая договоренность недействительна.

Дайте оценку данному спору с материально-правовой точки зрения.

Дополнительные рекомендации

1. В том, что касается правовых последствий ответа на письменное подтверждение устной договоренности, следует исходить из того, что по датскому праву договор вступает в силу, если получатель письменного подтверждения не высказывает возражений[24].

2. Кроме того, следует иметь в виду, что датское право не предъявляет требований к форме договоров о предоставлении исключительного права продажи.

Ориентировочное решение примера 1

I. Применимое договорное право

Следует ли считать действительной устную договоренность о предоставлении исключительного права на сбыт продукции фирмы «Ландтехник ГмбХ», подтвержденную письменно лишь в одностороннем порядке, зависит прежде всего от применимого в этом случае права (статут договора).

a) Прямо выбранного сторонами права (ст. 27(1) Вводного закона к ГГУ) нет. Обстоятельства данного конкретного дела не позволяют с уверенностью сделать вывод о подлежащем применению праве.

b) Поэтому согласно ст. 28(1) Вводного закона к ГГУ необходимо выяснить, с правопорядком какой страны договорные отношения сторон имеют наиболее тесную связь. Поскольку сам факт заключения данного договора довольно спорен, следует прежде всего установить в соответствии со ст. 31 Вводного закона к ГГУ действительность договора и уже на этом основании отыскивать применимое право.

Презумпция ст. 28(2) Вводного закона к ГГУ говорит в пользу права государства постоянного местонахождения стороны, которой надлежит наиболее типичное (характерное) исполнение договора. В случае договоренности о сбыте характерное исполнение заключается в самом сбыте. Соответственно, речь должна идти о местонахождении сбытового предприятия. В рассматриваемом примере это датское товарищество ЮАК. Договорное право этой страны также компетентно в отношении суждения о факте возникновения договорных обязательств. Из ст. 32(2) Вводного закона к ГГУ, позволяющей стороне, которая не согласна с заключением договора, ссылаться в зависимости от обстоятельств на право государства своего постоянного местонахождения, также следует привязка к датскому праву. (Из ст. 32(2) Вводного закона о специальной привязке, регулирующей поведение одной из сторон при переговорах о заключении договора, также можно сделать вывод о применении датского права.)

c) Согласно ст. 35(1) Вводного закона к ГГУ обратная отсылка также не учитывается (в данной статье под подлежащим применению правом понимаются только материально-правовые нормы). Так что и с этой точки зрения компетентным остается датское право.

2) По договорному праву Дании партнер по переговорам, которому после их устного завершения приходит письменное подтверждение, должен в случае возражений информировать отправителя этого подтверждения о своем несогласии, если не хочет быть связанным офертой[25]. В рассматриваемом деле кооператив ЮАК не только оставил без возражений подтверждение договора, но и стал принимать продукцию, поставленную фирмой «Ландтехник», а также включился в ее программу сбыта. Следовательно, товарищество ЮАК также связано договором о сбыте.

II. Применимое картельное право

Теперь встает вопрос о договоренности, запрещающей ЮАК продавать конкурирующие товары, с точки зрения картельного права. Отсутствие письменной формы могло бы здесь служить основным препятствием (§ 34 Закона об ограничительной практике).

1. Прежде всего надлежит выяснить, применимы ли §§ 18 и 34 Закона об ограничительной практике к данному фактическому составу. Такая постановка вопроса вполне закономерна в свете положений односторонне сформулированной коллизионной нормы § 98, абз. 2 Закона об ограничительной практике. Согласно этой норме, указанный закон применяется к действиям, ограничивающим конкуренцию, даже если они были совершены за границей, но имели отрицательные последствия для внутреннего рынка.

В рассматриваемом примере договоренность о сбыте преследует двоякую цель: во-первых, запретить датскому товариществу ЮАК вести торговлю конкурирующими товарами. Хотя в этой

договоренности речь идет о датском рынке, она может иметь и отрицательные последствия для внутреннего рынка Германии, поскольку тем самым немецким производителям и экспортерам закрывается доступ на датский рынок. Во-вторых, немецкий производитель, фирма «Ландтехник», связал себя обязательством поставлять в Данию собственную продукцию только кооперативу ЮАК. И это обстоятельство может косвенно оказывать влияние на немецкий рынок, если из-за этого немецкие экспортеры будут лишены возможности осуществлять поставки в Данию через других посредников.

Исходя из вышесказанного, и доктрина, и практика единодушны в том, что предоставление исключительного права сбыта из Германии за границу товарной продукции служит препятствием для торговли других немецких экспортеров и, как следствие этого, оказывает отрицательное влияние на внутренний рынок, связанный с внешнеэкономической деятельностью[26]. Некоторые, правда, полагают, что такое опосредованное влияние договоренностей о предоставлении исключительного права сбыта на внутреннем рынке нельзя рассматривать в качестве условия, достаточного для применения немецкого права конкуренции, поскольку они не нарушают защитную оговорку § 18 Закона об ограничительной практике внутри страны[27]. При этом, однако, забывают, что действие злополучной оговорки § 18 (в отличие § 15 того же закона) распространяется не только на внутренние последствия договора. Речь не идет также и об условиях § 18, касающихся вмешательства картельного ведомства. Это с очевидностью следует из § 34. Поэтому можно утверждать, что немецкое право применимо.

2. Наряду с этим следует учитывать ст. 81 и 82 (ранее ст. 85 и 86) Договора о ЕС, регулирующие конкуренцию. В принципе трансграничные договоры о предоставлении исключительных прав нарушают ст. 81(1) Договора о ЕС[28]. Однако данная статья к ним не применяется, поскольку они включены в регламенты 1983/84 (касается эксклюзивных дистрибьютерских договоров) и 1983/84 (касается эксклюзивных закупочных договоров) о групповых исключениях различных категорий договоров из-под действия правил конкуренции ЕС. Так что в данном случае эти правила и картельное право Германии не противоречат друг другу.

3. a) Ну и поскольку компетентно немецкое картельное право, остается проверить, не нарушает ли договоренность о сбыте § 34 Закона об ограничительной практике. Выше уже упоминалось, что речь идет в нем о применимости требований фирмы к договоренностям между сторонами, содержащим ограничения в

смысле § 18 данного закона. Договор о предоставлении монополии на сбыт в настоящем примере как раз и представляет собой такое ограничение, упомянутое в § 18, абз. 1, № 2 Закона об ограничительной практике, а может быть, даже и § 18, абз. 1, № 3, если в договор включена эксклюзивная территориальная оговорка[29]. Письменная форма в смысле § 34 Закона об ограничительной практике означает, согласно упомянутой в нем ссылке на § 126, абз. 1 ГГУ, по крайней мере обмен письмами в смысле оферты и акцепта, по которым однозначно можно установить содержание договора[30]. Одностороннего предложения и молчаливого его подтверждения недостаточно, чтобы отвечать этим требованиям, даже в случае согласия на заключение договора.

b) Разумеется, договор не может считаться недействительным, если датский статут формы договора менее жесткий. Согласно ст. 11(2) Вводного закона к ГГУ трансграничный договор между отсутствующими сторонами действителен с точки зрения формы, если соответствует праву страны постоянного местопребывания одного из его участников. Датское картельное право не содержит предписаний, касающихся соблюдения специальных требований формы для договоренностей о сбыте, подобных той, о которой речь идет в данном примере. Поэтому договор следует считать действительным, как было показано выше, в I.2, несмотря на возможное нарушение немецкого картельного права.

Пример 2. *Коллизионное право недобросовестной конкуренции: мозельское вино для английского рынка*[31]

Виноградарское хозяйство графа Зонненберга в Рейнгессене экспортирует с давних пор вина в Англию и продает их там через своего местного дилера. Наибольшим спросом пользуется сорт «Накенхаймер Энгельсберг», для продажи которого на английском рынке была разработана специальная этикетка. На ней наряду с названием хозяйства и сорта четко напечатан зарегистрированный торговый знак «Engel Hall Brand» (registered trademark). Данное название приобрело определенную известность среди специалистов в этой области. Тем временем на рынке появилось мозельское вино, зарегистрированное под названием «Бернкастелер Энгельхалль». Сбыт этого сорта приобрел общеевропейские масштабы. Однако попытки продавать его на Британских островах не удавались из-за прочных позиций Зонненберга на английском рынке. Поэтому мозельские виноделы обратились за помощью к общегерманскому обществу виноторговцев «Правда в вине», которое защищает интересы производителей. Это общест-

во, согласно своему уставу, помимо прочего, выступало за добросовестную конкуренцию на рынке немецких вин.

После неудачной попытки договориться полюбовно с хозяйством графа Зонненберга, общество «Правда в вине» возбудило против него иск в немецком суде территориальной подсудности о прекращении дальнейшего использования на этикетках продаваемых в Англии винных бутылок наименования «Engel Hall Brand». В обоснование истцы ссылались на §§ 1 и 3 Закона о недобросовестной конкуренции: Зонненберг якобы таким способом преднамеренно использовал это наименование с целью не допустить мозельских конкурентов на английский рынок. Ответчик же, со своей стороны, утверждал, что общество «Правда в вине», согласно английскому праву, не обладает компетенцией предъявлять иск.

Дополнительная информация

Источником по английскому праву конкуренции является Закон о добросовестной торговле 1973 г. (Fair Trading Act, 1973). В этом законе в качестве санкции против недобросовестной конкуренции предусмотрено прежде всего вмешательство Ведомства по контролю за добросовестной торговлей. Закон молчит в отношении права объединений (организаций) на исковую защиту[32]. В разд. 15 Правил судопроизводства Верховного суда Англии правило 12 гласит: «(1) В случаях, когда значительное число лиц заинтересовано в судебном разбирательстве по одному и тому же вопросу... это разбирательство может быть начато и, если Суд не решит иначе, продолжено как одним или несколькими из них, представляющими всех, за исключением одного или нескольких из них, так и против одного или нескольких из них, представляющих всех, за исключением одного или нескольких из них[33].

Ориентировочное решение примера 2

I. Право объединения на иск

Объединение виноторговцев «Правда в вине» может обратиться с иском в компетентный немецкий суд при условии, что оно обладает правом предъявления иска. Решение данного вопроса необходимо хотя бы потому, что объединение виноторговцев защищает интересы других лиц, от имени которых оно выступает.

1. Прежде всего следует определить сферу, к которой относится право объединения на иск. Если речь идет о допустимости предъявления иска с точки зрения процессуальных норм[34], то многое говорит в пользу применения *lex fori*, а применительно к данному случаю — немецкого права. Если же право объединения на иск отождествляется с наделением его полномочием на участие в деле в качестве истца (Sachlegitimation), что в значительной мере характерно для немецкого права[35], то подлежащее применению право следовало бы определять согласно коллизионным нормам.

В международном гражданском процессе Германии полномочия на ведение судебного дела с иностранным элементом решается по-разному, в зависимости от оснований, по которым возбужден иск. Если исходят из процессуально-правовых норм, то должен применяться «закон суда» (*lex fori*); в случае материально-правового обоснования исковое полномочие объединения подлежит обязательственному статуту (*lex causae*).

2. В отношении искового полномочия объединений в праве, регулирующем конкуренцию (в доктрине международного гражданского процесса этому понятию часто не уделяется должного внимания), это означает следующее:

если оно представляет собой самостоятельное полномочие на ведение судебного дела вне зависимости от иска объединения по материально-правовым основаниям (см. сноску 34), то в данном конкретном случае исковое полномочие объединения виноторговцев является процессуально-правовым по своей природе и к нему, следовательно, надо применять немецкое право. Если же придерживаться противоположной точки зрения, допускающей наделение объединения исковым полномочием в области конкурентного права с целью добиться прекращения использования хозяйством «Зонненберг» специальной винной этикетки, то вопрос следовало бы решать по обязательственному статусу (*lex causae*) (см. об этом ниже, II.4)[36]. Однако и в этом случае формальные требования, которые объединение должно выполнить для предъявления иска, являются процессуально-правовыми по своей природе[37] и не могут по этой причине подлежать английскому праву.

Положения устава объединения «Правда в вине» отвечают требованиям § 13(1) Закона о недобросовестной конкуренции. Отсутствуют и явные признаки «лоббирования объединением профессиональных интересов». Так что можно исходить из наличия у него права на предъявление иска в немецком суде.

II. Применимое право

1. Прежде всего следует выяснить, подлежит ли решение спора в данном случае конкурентному праву или праву промышленной собственности (праву торговых марок), поскольку торговая марка мозельских крестьян, защищенная немецким правом, кон-

курирует с торговой маркой, зарегистрированной по английскому праву. Но в рассматриваемом деле истцами выступают не они, а объединение «Правда в вине» как представитель их интересов. Поэтому должно исходить из роли этого общества в процессе. А оно в соответствии со своим уставом защищает интересы своих клиентов в сфере конкуренции. Поэтому квалификация спора подпадает под конкурентное право. Ничего не меняет в этом отношении и тот факт, что предметом иска является торговая марка, так как право конкуренции и право торговых марок представляют собой элементы единого механизма правовой защиты промышленной собственности и к ним по преимуществу применяются одни и те же коллизионные принципы[38].

2. Право недобросовестной конкуренции не содержит единых коллизионных норм. Поэтому трансграничные споры решаются на основании принципа, согласно которому должно применяться право страны, в которой имеет место прямое столкновение интересов конкурентов (право рынка)[39].

В рассматриваемом случае это английский рынок, на котором конкурируют и зонненбергские виноделы, и мозельские крестьяне. И хотя именно в Германии винодельческим хозяйством Зонненберга был создан и изготовлен особый сорт вина специально для продажи в Англии, где и зарегистрирована в конкурентных целях его этикетка, для английского рынка это не имеет решающего значения[40]. Предварительные переговоры по данному вопросу не являются существенным фактором, влияющим на коллизионную привязку. Поэтому согласно упомянутому выше основополагающему принципу английское конкурентное право следовало бы считать компетентным в том, что касается принятия решения о действиях конкурентов.

3. Для случаев конкуренции немецких фирм на иностранных рынках Федеральный суд в своей практике делает исключение из основного правила привязки к рынку: применимым в этом случае должно оставаться право Германии, общее для отечественных конкурентов, как наиболее тесно связанное с обстоятельствами дела, при условии что речь идет о целенаправленных конкурентных действиях одного из них против другого[41].

Однако здесь вполне закономерен вопрос: имеют ли место в данном случае реальные условия для применения упомянутого выше исключения из основного правила? Ведь винодельческое хозяйство Зонненберга вело свои операции на английском рынке задолго до попыток мозельских крестьян проникнуть на него. И потому действия этого хозяйства вряд ли могут рассматриваться как специально направленные против отечественного немецкого

конкурента. Да и в остальном практика Федерального суда в отношении упомянутого исключения также вызывает серьезные сомнения. Недобросовестная конкуренция является классическим предметом регулирования национальных правопорядков в соответствии с общими принципами деликтного права. Разумеется, в случаях конкуренции на немецком рынке иностранных фирм Федеральный суд руководствуется конкурентным правом Германии[42], а в своей новейшей практике он исходит, помимо этого, и из компетентного иностранного права, если затрагивается преимущественно всеобщий интерес на иностранных рынках[43].

4. Спорным остается вопрос о том, имеет ли при этом место отсылка к английскому материальному праву или речь идет об обратной отсылке (ст. 4, абз. 1 Вводного закона к ГГУ). Если рассматривать коллизионную норму конкурентного права как элемент принципа места совершения деликта, для которого более характерна материально-правовая привязка, то обращение к обратной отсылке выглядит проблематичным.

Так, согласно ст. 42(2) (Проекта) Вводного закона к ГГУ она не применяется при регулировании внедоговорных обязательственных отношений. Если же считать, что конкурентное право имеет собственную коллизионную норму, то возражения против обратной отсылки становятся еще весомее: принцип рынка или «эффекта» (последствий) обосновывается материально-правовыми соображениями, значение которых было бы сведено к нулю в случае применения обратной отсылки. И с этой точки зрения компетентным остается английское право.

5. Ну а если применению подлежит английское конкурентное право, то возникает вопрос, наделяет ли оно компетенцией предъявлять иски о воздержании от действий объединения лиц (о материально-правовой стороне искового полномочия см. выше, I.2). Английскому праву, однако, такая компетенция объединений в отношении недобросовестной конкуренции неизвестна. Закон о добросовестной торговле 1973 г. (*Fair Trading Act* 1973) предусматривает *административный* контроль (со стороны департамента добросовестной торговли) за недобросовестным поведением участников делового оборота, который может осуществляться по инициативе объединения. Сами же объединения полномочиями вчинять подобные иски не обладают.

Положение о Верховном суде (разд. 15, прав. 2) допускает «коллективные иски» (*representative actions*). Но они касаются лишь представительства в суде общих интересов одним из потерпевших. Таковым мог бы быть, например, один из мозельских

крестьян. И если эти крестьяне хотят вчинить иск из нарушения конкуренции против винодельческого хозяйства Зонненберга, то им следует сделать это (в полном соответствии с английским конкурентным правом) самостоятельно. Объединение «Правда в вине», таким образом, правом предъявлять иски от имени других лиц не обладает (nicht aktiv legitimiet).

Пример 3. *Конкуренция французской косметической фирмы в Германии — принцип свободы движения товаров в ЕС против защиты прав потребителей*[44]

Французский производитель косметики экспортирует свою продукцию в различные западноевропейские страны под торговой маркой «клиник». Через свою дочернюю компанию «Эсте Лаудер Косметик ГмбХ» она продает эти косметические товары также и на немецком рынке.

Против этого выступает Союз по защите конкуренции BCB (Weltbewerbsverband), который на основании § 13 Закона о недобросовестной конкуренции и § 27 Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости предъявил соответствующий иск в земельном суде Б. Согласно иску, торговая марка «клиник» вводит в заблуждение потребителей: она создает у них представление, что косметика якобы обладает медицинским воздействием.

Суд не отрицал, что торговая марка «клиник» действительно может ввести в заблуждение. Однако высказал сомнение в необходимости запрета ее использования, поскольку такой запрет касался бы лишь Германии, а в других странах Европейского союза это могло бы привести к различным последствиям применения данной торговой марки.

Оцените дальнейшие действия земельного суда и сложившуюся ситуацию с точки зрения материального права.

Дополнительная информация

§ 27 «Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости» запрещает в п. 1 с целью защиты от обмана в соответствии с правилами конкуренции вводить в деловой оборот косметические средства, которые содержат название, данные или описание, вводящие в заблуждение. Запрещается также реклама косметических средств как в целом, так и их отдельных свойств, если эта реклама визуально или посредством различных высказываний или как-то иначе вводит потребителей в заблуждение.

Ст. 28 Амстердамского договора (бывш. ст. 30 Договора о ЕС) (Запрет импортных количественных ограничений). В торговле между государствами-членами запрещаются импортные количественные ограничения, равно как и все приравниваемые к ним меры.

Ст. 30 Амстердамского договора (бывш. ст. 36 Договора о ЕС), ст. 28, 29 Амстердамского договора (бывш. нормы ст. 30 и 34 Договора о ЕС) не применяются в случае введения государствами-членами запретов или ограничений на экспортно-импортную или транзитную торговлю, если эти меры диктуются интересами общественной морали, поддержания порядка или безопасности с целью защиты здоровья и жизни населения, животных или растений... Такие запреты или ограничения не могут, однако, служить средством произвольной дискриминации или скрытого ограничения торговли между государствами-членами.

Конспективный ответ на задание примера 3

Земельный суд должен прежде всего выяснить, может ли он самостоятельно принять решение по делу или ему необходимо получить предварительное толкование Суда ЕС.

I. Самостоятельное решение земельного суда

1. Применимое право

a) Полномочие Союза на предъявление иска: *lex fori*, также немецкое право (§ 13 Закона о недобросовестной конкуренции), иначе при материально-правовой квалификации этого полномочия (см. выше, пример 2, I).

b) Право недобросовестной конкуренции и право торговой марки:

Принцип права страны местонахождения рынка (см. выше, сноска 17).

В данном примере: немецкий рынок, также применимое немецкое конкурентное право.

2. § 3 Закона о недобросовестной конкуренции и § 27 Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости

a) Наличие фактических свидетельств введения в заблуждение вызывает сомнение и потому требует проверки путем опроса мнений специалистов.

b) Ограничение сферы действия запрета территорией Германии?

— Принцип территориальности действует только в отношении компетенции властей, а не судов[45].

— В данном примере: судебное решение может и не содержать ограничений по территориальному принципу. Однако его исполнение в том, что касается указаний о воздержании от действий за границей, выглядит довольно проблематичным[46].

II. Рассмотрение проблемы с точки зрения права ЕС

1. Обращение земельного суда в Суд ЕС согласно ст. 234 Амстердамского договора (бывш. ст. 177(2) Договора о ЕС) с запросом дать толкование права ЕС, что, по мнению земельного суда, имеет важное значение для решения дела. В данном примере: толкование статей 28 и 30 Амстердамского договора (бывш. ст. 30, 36 Договора о ЕС), а также директив о вводящей в заблуждение рекламе и косметических средствах[47]: служат ли национальные меры (такие, как, например, судебный запрет наименования «клиник») ограничением взаимной торговли между государствами-членами?[48]

2. Согласно § 3 Закона о недобросовестной конкуренции и § 27 Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости в Германии не разрешаются наименования товаров и реклама, которые могут вызвать у потребителей впечатление, что косметика обладает медицинским воздействием.

Является ли подобное регулирование нарушением права ЕС? (А судебный запрет на основе данного немецкого регулирования, соответственно, ограничением торговли между государствами-членами?)

a) *Имплементация директив ЕС* ст. 249 Амстердамского договора (бывш. ст. 189(2) Договора о ЕС)

— Содержание директив ЕС о рекламе и косметике в должной мере инкорпорировано в § 27 Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости и § 3 Закона о недобросовестной конкуренции (см. выше, сноска 47).

— Проблема, однако, заключается в том, чтобы выяснить, соответствует ли применение/толкование упомянутых норм этих законов праву ЕС или противоречит ему.

b) *Толкование в Германии* § 3 Закона о недобросовестной конкуренции и § 27 Закона о пищевых продуктах и предметах первой необходимости запрещают, как вводящие в заблуждение, наименование товаров и рекламу, которые могут создать впечатление, что продукция немедицинского назначения (косметика) может иметь медицинское воздействие.

c) *Противоречит ли такое толкование ст. 28 (бывш. ст. 30)?* «Меры, приравниваемые к количественным ограничениям»: это могут быть положения национальных законодательных актов, предписывающие, какими должны быть внешний вид товаров, форма, состав, упаковка, наименование, независимо от того, продиктовано это высшими интересами общественного блага или нет, и тем самым препятствующие свободному трансграничному движению товаров на территории ЕС[49].

Проблема: отвечает ли узкое толкование запрета действий, вводящих в заблуждение (реклама, касающаяся здоровья), интересам общественного блага? Сравнительная оценка свободы движения товаров и информации, получаемой о них потребителем.

Суд ЕС: если товар продается в Германии (в отделах косметики крупных торговых заведений, парфюмерных магазинах, но не в аптеках) под торговой маркой, которая свободно используется в других государствах — членах ЕС и не считается там вводящей в заблуждение, то опасность «введения в заблуждение» следует рассматривать как нарушение права Сообщества, менее значительное, нежели ограничение свободы движения товаров в ЕС[50].

---

[1] *Kropholler*, IPR², 17 ff.; *MünchKomm(-Sonnenberger)*, IPR Einl. Rn. 12 ff. Zu neueren Srtömungen E. *Rehbinder*, JZ 1973, 151; *Jörges*, RabelsZ 42 (1979), 6; *Steindorff*, Entwicklungen des deutschten IPR, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran (1974), 155 ff. — *Gloy(-Wilde)*, Handbuch des Wettbewerbsrecht § 6 Rn. 12 ff. und § 8 Rn. 2 ff.; *Basedow*, NJW 1989 627.

[2] *Drobnig* RabelsZ 52 (1988), 1; *Basedow* RabelsZ 52 (1988), 8 ff.; *Messen* AöR 1985, 398; *Schnyder* Wirtschaftskollisionsrecht (Zuerich 1990); *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 1995).

[3] D. *Wolf* EuZW 1994, 233; Köhler JuS 1993, 447.

[4] Vgl. *Basedow* NJW 1989, 627; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht 149 ff.; *MünchKomm(-Immenga)* Nach Art. 37 EGBGB Rn. 28 ff.

[5] О критике принципа территориальности см. *MünchKomm(-Sonnenberger)*, Bd. 7 — IPR — Einl. Rn. 272 ff.

[6] *Großfeld*, Praxis des Internationalen Wirtschaftsrechts Kap. 7.1 (S. 103 ff); *Rehbinder*, in *Immenga/Mestmäker*, GWB § 98 Abs. 2 Rn. 17 ff.; *MünchKomm(-Immenga)*, nach Art. 37 Rn. 24 ff.; *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des Internationalen Kartellrechts (1975).

[7] *Martinek*, Das intetnationale Kartellprivatrecht (1987), 9 ff.

[8] *Rehbinder*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 98 Abs. 2 Rn. 242 ff., insb. Rn. 246 ff.

[9] *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 98 Abs. 2 Rn. 95; *BGHSt* 25, 208 = WuW/E *BGH* 1276 (Ölfeldrohre).

[10] *BGH* IPRax 1982. 21; *OLG Koblenz* IPRax 1982, 20; WuW/E *BGH* 2066 (Stangenlademagazine). Критика *Rehbinder*, IPRax 1982, 7.

[11] *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 98 Abs. 2 Rn. 157 ff.

[12] *MünchKomm(-Immenga)*, nach Art. 37 EGBGB Rn. 63 ff.; *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker* GWB² § 98 Abs. 2 Rn. 188 ff.; *Messen*, Kollisionsrecht der Zusammenschlußkontrolle (1984), Leitsätze 15 ff.; *KG* WuW/E OLG 3051 (Morris-Rothmans, 1984).

[13] *BGHZ* 74, 322 (Organische Pigmente); *MünchKomm(-Immenga)*, nach Art. 37 EGBGB Rn. 58.
[14] *BGH* NJW 1980, 1224; *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker* GWB § 98 Abs. 2 Rn. 254; *Kropholler* in: Hansbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts (hrsg. vom Max Planck-Institut) Bd. I (1982) Kap. II Rn. 378.
[15] Vgl. *BGHZ* 35, 329, 333 (Kindersaugflaschen); *BGHZ* 113, 15 = JZ 1991, 1038 (Kauf im Ausland); *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, UWG Einl. Rn. 176; *Kegel* IPR[7] § 18 IV 1 a bb (S. 537); *Palandt(-Heldrish)*, BGB, Art. 38 EGBGB Rn. 16; *MünchKomm(-Kreuzer)*, EGBGB Art. 38 Rn. 226; *Firsching/von Hoffmann*, IPR § 11 Rn. 45 ff. Krit. *UWG-Großkomm. (Schricker)* Einl. Rn. 178 ff.
[16] *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 41 ff.; *Großkomm(-Schünemann)*, Einl. Rn. C. 17 ff.; *Koch*, Anm. zu *BGH* JZ 1991, 1039; EG-Richtlinie über irreführende Werbung v. 10.9.1984 (abgedr. Bei *Baumbach/Hefermebl*, Wettbewerbsrecht, S. 16 ff.), Art. 4.
[17] *BGHZ* 35, 329, 333 f. (Kingdersaugflaschen); *BGHZ* 40, 391, 395 f. (Stahlexport); *BGH* HJW 1988, 644 (Ein Champagner unter den Mineralwässern); *BGHZ* 113, 15 = JZ 1991, 1038 (Kauf im Ausland).
[18] *MünchKomm(-Kreuzer)*, Art. 38 Rn. 238.
[19] *MünchKomm(-Kreuzer)*, aaO. Rn. 243 ff.
[20] *BGHZ* 40, 391, 397 (Stahlexport); *OLG München* RIW 1993, 231.
[21] *UWG-Großkomm(-Schünemann)* UWG Einl. Rn. E 7 ff.; *Koppensteiner*, Wettbewerbstecht (Wien 1981), S. 12.
[22] *Sandrock*, GRUR Int. 1985, 507; *UWG-Großkomm(-Schricker)* Einl. Rn. F 1 ff.
[23] *OLG Karlsruhe* IPRax 1982, 20 m Anm. E. *Rehbinder* ebd. 7.
[24] *O. Lando*, The Law of Contracts, in: *Gammeltoft/Hansen* n. a., Danish Law, A General Survey (Kopenhagen 1982), 141, 147 ff.; *Sandrock/Beckmann*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung Bd. I (1980) B Rn. 142 (S. 320 ff).
[25] Vgl. *O. Lando*, The Law of Contracts.
[26] *Rehbinder* in *Immenga/Mastmäcker* GWB[2] § 98 II Rn. 126; *OLG Düsseldorgf* WuW/E OLG 2766 (Lademagazine); *Rehbinder* IPRax 1982, 7, 8.
[27] *BGH* IPRax 1982, 21; *OLG Koblenz* IPRax 1982, 20 (mit krit. Anm. *Rehbinder* aaO S. 7 ff).
[28] *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EWG-Kartellrecht (4. Aufl. 1994), Art. 85 I Rn. 1032.
[29] *Emmerich* in *Immenga/Mastmäcker*, GWB[2] § 18 Rn. 88. 93.
[30] *Emmerich* in *Immenga/Mastmäcker* GWB[2] § 34 Rn. 44.
[31] *BGH* IPRax 1983, 118 (Domgartenbrand).
[32] *Cunningham*, The Fair Trading Act 1973 (1974).
[33] *Langan/Henderson*, Civil Procedure, 3. Aufl. (1983), 140 ff.
[34] *Hadding*, JZ 1970, 305; *Gilles*, ZZP 98 (1985), 1; *AK-ZPO(-Koch)*, vor § 50 Rn. 12.
[35] *BGHS* 41, 314; BGH NJW 1970, 243; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht UWG §13 Rn. 5; *Rosenberg/Schwab(-Gottwald)*, Zivilprozeßrecht, 15.Aufl. (1993, § 47.3 (S. 244).

[36] *Schack*, IZVR Rn. 549 ff.; *Schütze*, Deutsches internationales Zivilprozeßrecht (1985), 4 ff.; *Geiner*, Internationales Zivilprozeßrecht[2] (1993), Rn. 2234 ff.; *Bernstein*, Festschrift Sieg (1976), 49, 57/58.
[37] *Rosenberg/Schwab(-Gottwald)*[45] 244; Gloy(-Wilde), Handbuch § 6 Rn. 52 und *Schack* IZVR Rn. 556.
[38] *Sandrock* GRUR Int. 1985, 507, 515 ff.
[39] *BGHZ* 35, 329 ff. (Kindersaugflaschen); *BGHZ* 113, 15 (Kauf im Ausland) m. Anm. *Koch*, 1039; *Kreuzer*, in: von *Cämmerer* (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten S. 232 ff. n. w. Nw.
[40] *BGHZ* 35, 329,334; *OLG Karlsruhe* WRP 1985, 104 f.
[41] *BGHZ* 40, 391, 397 — Stahlexport.
[42] *BGHZ* 41, 455 — Klemmbausteine.
[43] *BGHZ* IPRax 1983, 118, 120 — Domgartenbrand.
[44] Nach *EuGH* 2.2. 1994, Rs C-315/92 — «Clinique» — NJW 1994, 1207.
[45] *UWG GroßKomm(-Schricker)*, Einl. Rn. F 6.
[46] *Koch*, in; Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, hrsg. von. *P. Schlosser* (1992), 171.
[47] RiL 84/450 EWG v. 10.9.1984 über irreführende Werbung, EG-Abl. Nr. L 250, 17 (Mindestanforderungen in Deutschland durch § UWG erfullt); RiL 76/768 EWG v. 27.7.1976 über kosmetische Mittel, EG-Abl. Nr. L 262. 169.
[48] Согласно ст. 234 (бывш. 177 Договора о ЕС) Суд ЕС не решает вопрос о соотвстствии национального права Договору о ЕС *Köhler*, JuS 1993, 447, 448.
[49] *EuGH* ZIP 1993, 1813 ff. = NJW 1994, 121 = EuZW 1993, 770 ff. (Keck).
[50] *EuGH* HJW 1994, 1207 (Clinique).

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК
Институт государства и права

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

СОВРЕМЕННАЯ ПРАКТИКА

Сборник статей
под редакцией
М.М. Богуславского и А.Г. Светланова

МОСКВА
2000

Ю.Э. Монастырский

ВЛИЯНИЕ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ С ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ (ОПИСАНИЕ ИЗВЕСТНОЙ ПРАКТИКИ[1])

Весной 1997 г. в нашу адвокатскую фирму поступила просьба о ведении судебного дела в Федеральном арбитражном суде Северо-Западного округа. Спор между одним из крупных западных инвесторов и Санкт-Петербургским территориальным управлением Государственного комитета Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (далее именуемым «Антимонопольный комитет») подошел к стадии рассмотрения кассационной жалобы последнего на постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области.

Ранее апелляционная инстанция отменила решение суда первой инстанции, удовлетворившего иск Антимонопольного Комитета о недействительности некоторых положений учредительного договора акционерного общества, учрежденного в марте 1991 г. упомянутым крупным западным инвестором совместно с ОАО «Морской порт Санкт-Петербург».

Дело оказалось юридически интересным тем, что международный по составу участников спор решался на основе публичного права, применение которого имело для них гражданско-правовые последствия.

I. Обстоятельства дела

В 1990 г. одна из крупных швейцарских компаний «Inter Maritime Management S.A.» (далее именуемая «Иностранный инвестор») предложила свои услуги по рациональной модернизации мощностей ОАО «Морской порт Санкт-Петербург» (далее — «Порт») — ключевого элемента инфраструктуры города и всего региона. Новые технологии перевалки грузов и обработки контейнеровозов и судов типа «ро-ро» позволили бы увеличить транспортные потоки и торговый оборот региона, дать стимул

[1] Настоящая статья была впервые опубликована в Московском журнале международного права, 1999, № 4. С. 352—361. В настоящем сборнике она публикуется с согласия редакции журнала. В текст внесены незначительные изменения.

развитию смежных отраслей промышленности, увеличить привлекательность инвестиций и доходы местного бюджета. Не вполне благоприятная акватория Порта позволяла начать строительство только на одном определенном ее участке, имеющем подходящую высоту берега и прочие исходные параметры.

Перед началом проекта Иностранный инвестор попробовал выговорить для себя определенные гарантии своего приобретения, а именно: права эксплуатировать новые мощности на определенных условиях и в стабильном режиме, чтобы это как можно скорее окупило сделанные им вложения и приносило доход. В юридическую схему проекта была заложена конструкция передачи прав на данную акваторию в уставный капитал созданного совместно акционерного общества (далее именуемого «Общество»), позволяющих, как это было закреплено в учредительных документах, «осуществлять строительство, производить реконструкцию и модернизацию порта». Это устанавливало исключительность в обладании правом на получение будущего дохода от эксплуатации и создавало привилегию нахождения в списке постоянных партнеров Порта, независимо от того, насколько успешным было бы сотрудничество, строительство и введение в действие новых технологий.

Впоследствии, однако, оказалось, что Иностранный инвестор вовсе не спешит делать вложения сверх тех, которые являлись формальной оплатой небольшого уставного капитала созданного Общества, и стремится не столько развивать проект, сколько продать свою долю участия по гораздо более высокой, чем собственные затраты, цене третьим лицам, потенциально способным проводить в последующем значительные капиталовложения.

Такое положение не устраивало ни Порт, ни других инвесторов, имевших большую заинтересованность в осуществлении модернизации инфраструктуры города. С момента подписания учредительного договора о создании Общества (далее именуемого «Договор») прошло 6 лет, а никаких серьезных работ или улучшений той части акватории, которая была пригодна для новых технологий, не осуществлялось. Со временем выяснилось, что Иностранный инвестор, предлагая, с одной стороны, к продаже свою долю в уставном капитале Общества, при этом, с другой стороны, стремился получить как можно большую прибыль и поэтому не спешил с такой продажей. Вместе с тем, ссылаясь на исключительные права Общества, он всячески препятствовал попыткам Порта и других инвесторов осуществлять модернизацию благоприятного участка морского порта, переданного Обществу. Действия Иностранного инвестора крайне негативно влияли на экономическое развитие Порта, сдерживали транспортные потоки и создавали дефицит на рынке портовых услуг.

В деле защиты своих нарушенных прав Порт вынужден был считаться с главной юридической трудностью — подчинением всех споров из Договора международному третейскому суду в Великобритании, разбирательство в котором обещало быть длительным и дорогостоящим. Решение третейского суда следовало затем снабдить юридической силой через процедуру разрешения исполнения в суде общей юрисдикции Санкт-Петербурга. Вместе с тем третейская оговорка в Договоре обладала деррогационным эффектом по отношению ко всем искам, связанным с Договором, например о расторжении такового, возмещении убытков, пересмотре его условий и т.д. Таким образом, очевидные претензии Порта к своему контрагенту, заявленные в суд РФ, имели бы результатом отказ правоприменительных органов от осуществления правосудия в силу Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и ст. 8 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Следует признать, что имела место определенная особенность в закреплении обязательств сторон по проекту. Они фиксировались в тексте Договора, имевшего вид всеобъемлющего, подробно составленного документа, хотя стандартно его предметом является только совместная деятельность по созданию общества и совершению первоначальных вкладов в его уставный капитал. Объяснялось это, возможно, двумя причинами: Договор составлялся в 1991 г., когда акционерное законодательство России было, мягко говоря, не в полном порядке. Стороны Договора, возможно, использовали рекомендации юридического консультанта из государства, имеющего правовую систему англосаксонского типа, где получило широкое распространение соглашение между акционерами, охватывающее не только регламентацию их прав как участников общества, но и другие вопросы текущего взаимного инвестирования, особых льгот и т.д.

Кроме того, Договор содержал условия, не известные российскому праву, о том, что даже после его прекращения стороны не будут иметь совместные проекты такого же рода с третьими лицами в течение трех лет. Договором, таким образом, устанавливались обязательства, которые должны были возникнуть в момент

утраты им юридической силы, что само по себе вряд ли имело бы исковую защиту в случае, например, расторжения Договора. При таком прекращении его действия обязательства не могут существовать в прежнем виде (п. 2 ст. 453 ГК РФ). Однако, сама по себе такая не вполне корректная формулировка усиливала акцент на исключительности прав Иностранного инвестора и созданного им Общества на обладание участком акватории Порта, по крайней мере, в период действия Договора.

Порт был ограничен в выборе должного средства правовой защиты в силу некоторых других юридических аспектов дела. Прошедший государственную регистрацию Договор был составлен таким образом, что обязательства по инвестированию в инфраструктуру Порта были сформулированы не конкретно, без определения сроков, размера платежей и порядка их внесения. Таким образом, сформулировать в сложившихся обстоятельствах, в чем именно состоит нарушение обязательств Иностранным инвестором, оказывалось далеко не просто. Несмотря на то, что Иностранный инвестор фактически не участвовал в делах Общества, созданного для модернизации порта, и не занимал ту часть акватории, которая подходила под установления новых технологий перевалки, начать проект с новым инвестором становилось юридически рискованно, т.к. Иностранный инвестор мог угрожать судебным разбирательством за границей ввиду нарушения его преимущественных прав. Сам по себе риск подобного судебного разбирательства сильно воздействовал на многих других иностранных инвесторов, которые условием сотрудничества считали устранение всяких даже малореальных опасностей того, что их капиталовложения окажутся под угрозой.

II. Действия, предпринятые Портом до рассмотрения дела третьей судебной инстанцией

Хорошо понимая, что требования, имеющие связь с Договором, охватываются арбитражной оговоркой и подлежат рассмотрению за границей третейским судом, а также то, что какие-либо юридические мероприятия не должны приводить к затяжному разбирательству и быть быстрыми и эффективными, Порт совместно с властями города инициировал разбирательство в Антимонопольном комитете, в результате чего в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга был заявлен иск о недействительности тех положений Договора, которые противоречат антимонопольному законодательству. Суду предлагалось признать, что формулировка о передаче исключительных прав по строительству, реконструкции и развитию учреждаемому Обществу является недействительной.

Суд первой инстанции нашел, что требование Антимонопольного комитета является законным и удовлетворил его; положение Договора о том, что Общество имеет исключительные права на использование участка акватории Порта, пригодного для сооружения и эксплуатации новых терминалов, было признано недействительным.

Вскоре, однако, Иностранный инвестор подал жалобу. Отменяя решение, апелляционная инстанция издала постановление, мотивировочная часть которого, подробная и неплохо составленная, казалось бы не давала никаких шансов для продолжения разбирательства по выдвинутому основанию.

Центральным пунктом постановления апелляционной инстанции был вывод о том, что исполнение Договора не имело результатом убытки на стороне каких-либо лиц, во всяком случае, такой ущерб не был доказан Антимонопольным комитетом.

Другое обоснование отмены судебного решения состояло в том, что к Договору, заключенному в 1991 г., не следовало применять нормы антимонопольного регулирования, принятые позже. Действительно, Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» был принят через три дня после государственной регистрации Общества и через три недели после подписания Договора[1].

Следующим нарушением, допущенным судом первой инстанции, называлось отсутствие должного уведомления не явившегося на заседание иностранного ответчика о судебном заседании, как это предусмотрено Гаагской конвенцией по вопросам гражданского процесса 1954 г., в момент присоединения к которой Советский Союз, правопреемником которого является Россия, сделал заявление об обязательности процедуры уведомления посредством Министерства иностранных дел и Министерства юстиции своих лиц, вовлеченных в судебный процесс за границей. Ввиду этого согласно п. 3 ст. 158 АПК РФ решение подлежало отмене в любом случае.

Антимонопольным комитетом на данное постановление была подана кассационная жалоба.

[1] Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст. 99.

III. Итоги предварительного анализа дела

Исследование обстоятельств дела и юридический анализ сложившейся ситуации приводили к выводу о том, что нейтрализацию положения Договора можно было бы осуществить разными способами: путем прекращения его на будущее время, посредством установления его недействительности в судебном порядке, а также с помощью оспаривания законности передачи в 1991 г. прав на использование участка акватории Порта в качестве исключительного имущественного правомочия.

Ввиду вышесказанного являлись в принципе допустимыми некоторые альтернативные средства правовой защиты. Удовлетворение иска о расторжении Договора, пока не исполненного в части «объединения усилий и инвестиций для внедрения новых технологий перевалки», позволило бы освободиться от обязанности безотзывного отчуждения права на основе режима исключительного использования. Такой метод создавал риск отказа от правосудия ввиду наличия арбитражной оговорки, однако мог считаться перспективным аргумент о том, что арбитражная запись не может охватывать спор о расторжении, т.к. последний относится к признанию права на недвижимость и является исключительно подсудным органу по месту ее нахождения по той причине, что такое признание прямо связано с правомерностью расторжения Договора (п. 3 ст. 212 АПК). Предполагалось, что пункт об исключительной подсудности подлежит расширительному толкованию и не ограничивается только виндикационным или негаторным требованиями и заявлениями об установлении фактов.

По причине наличия несоответствий требованиям, предъявленным к учредительным документам, существовал повод для требования признания регистрации Общества недействительной, что имело бы результатом, как устанавливала судебная практика того времени, ликвидацию Общества как субъекта права с исключительным режимом использования. Такой иск явно не подпадал под арбитражную оговорку и мог дать быстрый и нужный юридический эффект.

Другим средством правовой защиты могли служить те или иные разновидности владельческих исков о принадлежности права на акваторию Порта, его истребовании, устранении препятствий в его осуществлении и т.п. Однако все это возбуждало известные трудности квалификации юридического состава относительно того, перешло ли право с исключительным режимом использования или нет от одного владельца к другому, возможно ли его существование в столь мало определенной форме и т.д.

Анализ выявил явную предпочтительность того способа защиты прав, который сформулировал Антимонопольный комитет применительно к оспоримости некоторых положений Договора. Это помогал видеть и анализ постановления апелляционной инстанции, которое имело один явный и крупный недостаток. Оно не содержало ни одной материальной нормы, которой бы обосновывались выводы данного суда. В мотивировочной части имелись общие процессуальные нормы, однако ни одного правового положения по существу не было приведено. Между тем представителям Порта было известно, что только по причине отсутствия материальных норм в резолютивной части решений их рекомендуют отменять как незаконные. Таким образом, в одном этом усматривался очевидный повод обжаловать постановление апелляционной инстанции на основе выявления максимального количества дефектов и нарушений в нем.

Представлялось возможным также использовать то, что выводы апелляционной инстанции базировались на цивилистических категориях оснований ответственности — ущерб на стороне истца, причинно-следственная связь, неравномерное юридическое действие, вина должника, в то время как поведение ответчиков нужно было оценивать публичными нормами, особыми предпосылками санкций и положением о защите публичных интересов, отстаиваемых государственным специализированным органом.

Особенность данного дела заключалась в том, что, представляя формально юридически интересы Порта, Ответчика в процессе, как стороны оспариваемого Договора, мы не только поддерживали, но и разрабатывали аргументацию Истца — Антимонопольного комитета, добивающегося признания недействительными отдельных положений этого Договора. Весь ход заседания кассационной инстанции по сути определялся процессуальной активностью адвокатов, защищавших Иностранного инвестора.

IV. Содержание правовых доводов, использованных в ходе разбирательства в кассационной инстанции

Во время рассмотрения жалобы на постановление апелляционной инстанции до сведения суда были доведены следующие аргументы в пользу его отмены.

1. Нормы права применяются к недействительным сделкам независимо от времени их совершения.

Ст. 9 Закона РФ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса РФ» предусматривает, что нормы ГК РФ об основаниях и последствиях о недействительности сделок (ст.ст. 162, 165—180) применяются к сделкам, требования о признании недействительными и последствиях недействительности которых рассматриваются судом, арбитражным судом или третейским судом после 1 января 1995 г. независимо от времени совершения соответствующих сделок. Требование Антимонопольного комитета о применении последствий недействительности некоторых из статей Договора было заявлено после 1 января 1995 г. Следовательно, в рассматриваемом случае нормы ГК РФ, определяющие основания и последствия недействительности сделок, подлежали применению.

Ст. 4 ГК РФ, определяя случаи, в которых действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения закона в действие, устанавливает общее правило в соответствии с которым нормы гражданского законодательства не имеют обратной силы. Однако указанная статья ГК делает исключение только для тех случаев, когда это прямо предусмотрено законом. Ст. 9 Закона РФ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса РФ» является как раз таким исключением из общего правила, установленного ст. 4 ГК РФ.

2. Антимонопольное законодательство существовало на момент заключения Договора.

К моменту заключения Договора отечественному законодательству были знакомы понятие монополистической деятельности и ограничение конкуренции, в подтверждение этого можно привести положения п. 1 ст. 9 Закона СССР «О государственном предприятии (объединении)» от 30 июня 1987 г. и Постановления Совета министров СССР от 16 августа 1990 г. № 935 «О мерах по демонополизации народного хозяйства». Таким образом, в момент подписания Договора стороны должны были отдавать себе отчет в возможности вступления положений заключаемого Договора в противоречие с антимонопольным законодательством.

3. При принятии решения апелляционная инстанция анализировала только непосредственно правомерность заключения Договора и его гражданско-правовые последствия применительно к отношениям сторон. Однако необходимо было сосредоточиться на влиянии (или возможности такого влияния) на весь рынок портовых услуг, в свете объективно возрастающего спроса на такие услуги и усиливающегося (имеющего перспективу усиления) дисбаланса спроса и предложения.

4. Условия ответственности в антимонопольном праве отличаются от таковых в гражданском праве. В последнем предпосылками являются: противоправные действия, имущественный ущерб, причинно-следственная связь между первым и вторым. В соответствии с антимонопольным законодательством неправомерными могут быть как юридические, так и фактические действия, если они приводят либо могут привести к правонарушению. Между тем это совсем не учитывалось апелляционной инстанцией.

Результатом правонарушения по антимонопольному законодательству является не ущерб на стороне отдельного лица, а ущерб интересам третьих лиц в смысле условий справедливой конкуренции. Однако апелляционная инстанция формулировала выводы как будто имелось в виду защитить интересы Порта, а не справедливую конкуренцию и публичные интересы в целом.

5. Важной особенностью правонарушений в смысле антимонопольного законодательства является необязательность умысла на их совершение (намерения, имеющего цель достичь того результата, который получился). В ст. 10 ГК РФ, где описываются пределы осуществления гражданских прав, имеется в виду, что злоупотребление правом, нарушающим добросовестную конкуренцию и приводящим к злоупотреблению доминирующим положением, не обязательно связано с умыслом сторон[1]. Правонарушением в смысле антимонопольного законодательства может быть не только юридическое, но и фактическое действие, либо сознательное воздержание от действий, нормально осуществляемых в рамках справедливой конкуренции (например, непродажа товаров, неоказание услуг, непринятие заказов, непринятие предложения по причине соглашения или согласованных действий с другими субъектами и пр.).

Важное значение такого отличия оказалось не исследованным апелляционной инстанцией.

6. В суд была представлена графическая схема, иллюстрирующая следующее влияние на экономическую среду региона:

— злоупотребление Портом и Иностранным инвестором своим доминирующим положением на рынке в виде ограничения доступа на рынок других хозяйствующих субъектов;

— сдерживание (ограничение) конкуренции в сфере портовых и околопортовых услуг;

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный). Отв. редактор О.Н. Садиков. М., 1998. С. 30—34.

— неподчинение предписанию Антимонопольного комитета;

— неправомерное воздействие на конкуренцию в сфере услуг Порта.

а) Злоупотребление доминирующим положением Порта выразилось в том, что в условиях возрастания спроса на услуги Порта, а также на услуги, оказание которых возможно только посредством портовых сооружений (например, смешанная перевозка, экспортные, импортные операции, хранение, экспедирование и пр.), ограничивался доступ на рынок потребителей этих услуг, т.к. портовые мощности развивались несоразмерно возрастающему спросу на услуги Порта.

Злоупотребление проявлялось в том, что оказывающие услуги лица — перевозчики, хранители — ограничивались в доступе на рынок, т.к. мощности Порта оказывались перегруженными. Суд апелляционной инстанции истолковал злоупотребление доминирующим положением как разновидность конкуренции, хотя это разные понятия (ст. 10 ГК).

б) С другой стороны, злоупотребление проявлялось в том, что Порт лишен возможности использовать выгоды от конкуренции на рынке строительных услуг как при выборе подрядчика, так и в процессе осуществления им работ (заменять подрядчика, привлекать новых подрядчиков и т.п.).

Все это не обратило на себя внимания апелляционной инстанции. Общий смысл ее заключения сводится к тому, что у Порта не было гражданско-правовой обязанности поручать строительство сразу нескольким подрядчикам.

в) В соответствии со ст. 18 п. 9 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» Истец управомочен требовать в суде признания недействительности таких сделок, предписание которых не было исполнено сторонами, если по сделке передаются права, позволяющие определять условия ведения предпринимательской деятельности передавшего права лица. Представлялось очевидным, что оспариваемый Договор (его часть) как раз является такой сделкой, т.к. по Договору переданные исключительные права развивать такое место акватории Порта, которое является с точки зрения рентабельности единственно пригодным (исключительное местоположение) для возведения комплекса сооружений для обработки контейнеров типа «ро-ро» (новые технологии).

г) Нарушением антимонопольного законодательства являлось и непосредственное заключение Договора, кабальные условия которого для Порта являлись необычными для проектов такого рода, но сама кабальность находилась в сфере влияния гражданского права. В смысле же антимонопольного законодательства нарушались публичные интересы, т.е. интересы государства и иных хозяйствующих субъектов, тем, что права развивать мощности Порта передавались: (1) безотрывно; (2) третьему лицу; (3) в качестве исключительного права; (4) на неопределенный срок; (5) под условием, что прекращение действия Договора не затронет обладания исключительным правом в течение еще трех лет; (6) по отношению к месту, которое имеет исключительное значение для внедрения новых технологий.

Исполнение таких условий могло привести к монопольно высоким ценам на портовые услуги, к ограничению конкуренции или злоупотреблению, что является достаточным для квалификации Договора как правонарушения.

V. Судебное рассмотрение в суде кассационной инстанции

В результате проверки законности судебных актов суд кассационной инстанции пришел к выводу о возможности удовлетворения требований Антимонопольного комитета. При этом суд согласился с правильностью отмены решения суда первой инстанции по причине нарушения предписаний Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. Однако, учитывая то, что Иностранный инвестор был надлежащим образом и в соответствии с этой Конвенцией уведомлен о рассмотрении дела в кассационной инстанции, суд счел возможным жалобу Антимонопольного комитета удовлетворить и принять по делу новое решение.

Суд решил, что:

В соответствии с пп. (в) п. 13 ст. 1 Закона «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» антимонопольный орган вправе обращаться в арбитражный суд с заявлениями о нарушениях антимонопольного законодательства.

Закон РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» не содержит исчерпывающего перечня, при наличии которого антимонопольный орган вправе предъявлять иски в арбитражный суд.

В силу норм Конституции РСФСР (1978 г.) к законодательным актам относились кроме законов СССР и союзной республики постановления Советов Министров СССР и РСФСР. Таким законодательным актом является Постановление Совета Министров СССР от 16 августа 1990 г. № 835 «О мерах по демонополизации народного хозяйства», согласно п. 2 которого впредь до

принятия антимонопольного законодательства предприятиям и организациям, занимающим доминирующее положение на рынке, запрещалось заключать сделки, ограничивающие права участников гражданско-правовых отношений. Согласно п. 2 ст. 8 Основ законодательства об инвестиционной деятельности в СССР, субъекты инвестиционной деятельности были обязаны не допускать проявления недобросовестной конкуренции и выполнять требования антимонопольного регулирования.

В российском законодательстве данные принципы нашли дальнейшее развитие в Законе РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Согласно ч. 1 ст. 18 предприниматель несет ответственность в соответствии с законодательством за нарушение антимонопольных правил. По п. 1 ст. 20 государством гарантировалось недопущение монопольного положения на рынках отдельных предприятий и недобросовестной конкуренции. Ст. 28 данного же Закона было предоставлено право антимонопольным органам производить проверку предприятий по мере необходимости. Таким образом, факт принятия через три дня после регистрации Общества Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» не мог явиться основанием для отказа в удовлетворении иска при наличии ряда законов, устанавливающих антимонопольные правила, и длящихся правоотношений по договору о совместной деятельности между сторонами, действие которого не прекратилось на момент рассмотрения спора.

По условиям Договора два хозяйствующих субъекта, один из которых является монополистом по приему и обработке морских судов, перевалке грузов, следующих смешанным транспортом, включая морской, и занимает доминирующее положение на рынке услуг по приему и обработке внешнеторговых грузов в контейнерах в Санкт-Петербурге и Ленинградской области, что тесно связано с рынком услуг по строительству, реконструкции и эксплуатации контейнерных терминалов, заключили соглашение о совместных действиях на указанных товарных рынках, оговорив для себя исключительные (монополистические) права.

Результатом подобных действий явилось поддержание дефицита на рынке услуг по обработке контейнерных грузов, завышение тарифов на погрузо-разгрузочные работы, изменение транспортных потоков в другие регионы и государства, незаключение договоров с потенциальными инвесторами и строительными организациями.

Суд счел, что Договором нарушаются публичные интересы, т.е. интересы государства и хозяйствующих субъектов, тем, что права по

развитию мощностей монополиста передаются третьему лицу на неопределенный срок, безотзывно, в качестве исключительного права, под условием, что прекращение действия договора не затронет обладание исключительным правом в течение еще трех лет после его прекращения и по отношению к месту, которое имеет исключительное значение для развития и внедрения новых технологий.

Согласно п. 9 ст. 2 действовавшего на момент совершения сделки Закона РСФСР «О собственности в РСФСР» осуществление права собственности не должно было нарушать прав и охраняемых интересов других лиц. На момент учреждения Общества и совершения сделки Порт, как союзное предприятие, обладал имуществом на праве полного хозяйственного ведения, а собственником данного имущества он не являлся. Распоряжаясь правом использования данных основных средств, в силу п. 6 Постановления ВС РСФСР «О введении в действие Закона РСФСР «О собственности в РСФСР», Порт был обязан получить согласие Министерства морского флота СССР и Главного управления имуществом Исполкома Ленсовета, представлявших государство как собственника данного имущества, на ограничение его права на использование земли и основных средств. Данное согласие получено не было, что явилось нарушением права собственника и законодательства РСФСР. Таким образом, на момент совершения сделки в оспариваемой части Договор являлся недействительной сделкой по нормам ст.ст. 2, 20, 21, 30, 32 Закона РСФСР «О собственности в РСФСР» и ст.ст. 48, 49 ГК РСФСР 1964 г.[1]

Анализ представленных документов, выводов суда первой и апелляционной инстанции, с учетом изложенных выше норм законодательства, позволили признать требования Истца обоснованными в полном объеме в части признания недействительным Договора.

На основании изложенного и руководствуясь ст. 174, п. 2 ст. 175 АПК РФ, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа решил: постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области отменить, признать недействительным положение Договора о создании Общества между Ленинградским морским торговым портом (ОАО «Морской порт Санкт-Петербург») и фирмой «Inter Maritime Management S.A.» полностью.

[1] Данное требование Закона нашло свое подтверждение в норме судебного толкования, изложенной в п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 1992 г. № 13 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о собственности».

Private International Law in Common Law Canada

Cases, Text, and Materials

MARVIN BAER
Faculty of Law
Queen's University

JOOST BLOM
Faculty of Law
University of British Columbia

ELIZABETH EDINGER
Faculty of Law
University of British Columbia

NICHOLAS RAFFERTY
Faculty of Law
University of Calgary

GENEVIÈVE SAUMIER
Faculty of Law
McGill University

CATHERINE WALSH
Faculty of Law
University of New Brunswick

1997
EMOND MONTGOMERY PUBLICATIONS LIMITED
TORONTO, CANADA

It is a different question, however, whether the "full faith and credit" principle obligates a court to recognize a defence, or entertain a cause of action and allow recovery, created by the law of a sister state that is in conflict with its own strong policies. The problem can arise, of course, only if the impugned law falls within the legislative competence of the sister province, a question on which it is now clear the forum is empowered to adjudicate. (See *Hunt v. T & N Plc*, above.) But assuming that the relevant law is within the constitutional authority of the sister province, can the public policy exception be invoked to exclude claims or defences created by that law? In the United States, the answer, in theory, is yes. The obligation of a state to give "full faith and credit" to the substantive laws of a sister state is subject to "the express proviso, consistently repeated in the cases, that if the forum state has a genuinely strong local policy against the type of claim sued upon, it need not entertain the suit, a rule which is exactly opposite to the requirement that sister state judgments be enforced regardless of the forum's local policies." (Leflar, McDougal, and Felix, at 219.)

In practice, however, public policy rarely figures as a defence to the application of a sister state law in the United States. Scoles and Hay (at 73-74) explain why. First, in the interstate context, "it will be a rare case in which a claim validly existing under the law of one American state can be said to be so far outside the pale of social, economic, and moral standards currently imposed by our civilization as to be violative of the strong public policy of any sister state." Second, in cases where the forum has no relationship to the issues or the parties, it will not assume jurisdiction over the claim, thereby avoiding having to apply the public policy problem. Third, in the converse case where a factual connection with the forum does exist, considerations of public policy "enter earlier in the analysis; as part of the choice of law process itself." This "appears clearly from two of the 'choice-of-law principles' suggested by the *Restatement, Second* in its § 6: ' ... (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue."

PENAL LAWS

Jurisdiction and Choice of Law in Crime

The principle that the courts will not enforce the criminal laws of a foreign state is reflected in Chief Justice Marshall's frequently quoted maxim that "the courts of no country execute the penal laws of another." (*The Antelope*, 23 US 337 (10 Wheat.) 66, at 123 (1825).) There is perhaps no more direct and accurate mirror of the social and economic values of a state than its criminal law. The penal exception thus avoids the necessity for courts to engage in difficult value judgments about the fairness and wisdom of a foreign country's criminal justice policies. Viewed in this light, the principle is essentially an *a priori* application of the general public policy exception. (*Moore v. Mitchell*, 30 F2d 600, at 604 (2d Cir. 1929).)

The result of the mutual antipathy expressed by states to the enforcement of each other's penal laws means that choice of law in crime is subsumed within the rules governing jurisdiction—that is, a decision to assume jurisdiction in a criminal proceeding carries with it a decision to apply that country's domestic criminal law to the relevant conduct.

The limits of domestic criminal jurisdiction (and choice of law) are set by the principle of territorial sovereignty: a state has jurisdiction to apply its penal laws only over crimes that occur within its own territorial limits and, conversely, has no jurisdiction over crimes that occur outside its borders. According to La Forest J in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 SCR 178, at 208:

> [T]he territorial principle in criminal law was developed by the courts to respond to two practical considerations, first, that a country has generally little direct concern for the actions of malefactors abroad, and secondly, that other states may legitimately take umbrage if a country attempts to regulate matters taking place wholly or substantially within their territories. For these reasons the courts adopted a presumption against the application of laws beyond the realm, a presumption later codified in this country in s. 5(2) of the *Criminal Code*.

Other states may, however, claim a territorial authority to regulate the same events or activities, as in the case of transnational criminal activity or where jurisdiction is based on the nationality of the offender regardless of the locus of the relevant conduct. Concurrent and possibly conflicting criminal jurisdiction is thus inevitable. In *Libman v. The Queen*, above, La Forest J for the Supreme Court endorsed a jurisdictional rule that gives Canadian courts authority under section 5(2) [now section 6(2)] of the Criminal Code over any crime that bears a "real and substantial connection" to this country, whether or not territorial jurisdiction is also available in another state (at 212-13):

> I am ... aware that the view I have taken leaves open the possibility that a person could be prosecuted for the same offence in more than one country, but any injustice that might result from this eventuality could be avoided by resort to the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict*, which have been applied to persons tried in other countries [list of authorities omitted].
>
> I might summarize my approach to the limits of territoriality in this way. As I see it, all that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada. As it is put by modern academics, it is sufficient that there be a "real and substantial link" between an offence and this country, a test well known in public and private international law; see Williams and Castel, *supra* [*Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects*, c. 2, at 71 et seq.]; Hall, *supra* ["Territorial Jurisdiction and the Criminal Law," [1992] *Criminal Law Review* 276]. As Professor Hall notes (p. 277), this does not require legislation. It was the courts after all that defined the manner in which the doctrine of territoriality applied, and the test proposed simply amounts to a revival of the earlier way of formulating the principle. It is in fact the test that best reconciles all the cases. ...
>
> That this approach is attuned to modern times is evident from the fact that some variant of it has been recommended by numerous law reform bodies or adopted in legislation; see, *inter alia*, the English Law Commission's *Report on the Territorial and Extraterritorial Extent of the Criminal Law* (Law Com. 91, 1978); the American Law Institute's *Model Penal Code* (Proposed Official Draft, 1962) para. 1.03; the New Zealand *Crimes Act*, 1961, 1961 (NZ), c. 43, s. 7 and the recent Law Reform Commission of Canada Working Paper No. 37, *Extraterritorial Jurisdiction*, Part III.
>
> Just what may constitute a real and substantial link in a particular case, I need not explore. There were ample links here. The outer limits of the test may, however, well be coterminous with the requirements of international comity.

The parallels are clear between the jurisdictional test for crime articulated in *Libman* and the court's subsequent adoption—in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 SCR 1077—of an equivalent limiting principle for subject matter jurisdiction in *in personam* civil proceedings. However, because the assumption of subject matter jurisdiction in a civil as opposed to a criminal proceeding does not necessarily carry with it the application of domestic substantive law to the merits, it may be that the extent of the contacts necessary to satisfy the "real and substantial connection" standard is correspondingly diluted in the civil context.

Recognition of Foreign Penal Laws

The penal exception is limited to denying a foreign sovereign the power to enforce its criminal laws outside the territory of their enactment. It does not preclude forum *recognition* of the relevant law in other contexts. As we saw above, in the discussion on public policy, the courts have been prepared to invoke illegality under a foreign penal law as a basis for refusing to give effect to a transaction valid under its normally applicable *lex causae*. Indeed, Canadian courts may be under a positive statutory obligation to penalize indirectly a breach of foreign criminal law. See, for instance, section 465(3) of the Criminal Code of Canada, which envisages a charge of conspiracy involving a breach of foreign criminal law. On the requirements for a charge under that section, see *R v. Gunn* (1982), 44 NR 307 (SCC); 1 SCR 522.

Another important qualification on the penal exception arises in cases where an extradition treaty has been concluded with the foreign country. Here, a Canadian court will *indirectly* assist enforcement by ordering the return of the person charged with breaking the criminal law of a foreign legal system for trial and punishment in that country. However, extradition treaties typically contain qualificatory clauses designed to avoid any conflict with fundamental forum public policy. Thus, it is commonly made a condition of extradition that the foreign crime for which extradition is sought also constitute a crime in the eyes of the *lex fori*. (See, further, *Re McVey; McVey v. United States of America*, [1992] 3 SCR 475; [1993] 1 WWR 289.) Extradition is usually also prohibited where the person whose extradition is sought has already been tried for the same offence in the territory of the requested state (but not apparently in the *requesting* state, at least in the absence of positive provision. (See *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 SCR 500; 76 NR 12.)

A more difficult public policy question arises in cases where the double criminality requirement is satisfied but the punishment imposed by the foreign state is gravely disproportionate to the forum sanction for the same offence. The problem is presented most acutely in cases where the foreign state, notably the various states of the United States of America, retains the death penalty. Canada's extradition treaties do not prohibit extradition in capital cases *per se*. Instead, the minister of justice is vested with a discretion to seek assurances from the requesting state that the death penalty will not be imposed or, if imposed, will not be carried out. In the absence of the minister's willingness to seek such assurances, the Supreme Court has not been prepared to extend the Charter to give fugitives from foreign justice a constitutional right to remain in Canada in capital extradition cases. (See *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 SCR 779; 84 DLR (4th) 438.) In the view of the majority in that case, extradition must be refused as violative of the Charter only if the circumstances facing the accused on surrender are so fundamentally unacceptable to Canadian community standards as to "shock the conscience." While torture might qualify under that test, it was thought that the death penalty *per se* did not.

The existence of extradition treaties can pose questions of *forum conveniens* in cases where the relevant conduct is punishable under the law of both the requesting and requested state. The Supreme Court has generally left it to the executive to decide whether to prosecute in Canada or extradite abroad, even in cases when the crime, though of a transnational nature, was committed by a Canadian in Canada so as to involve a *prima facie* infringement of the right of a citizen to remain in Canada guaranteed by section 6(1) of the Charter. (See *United States v. Cotroni*, [1989] 1 SCR 1469; 48 CCC (3d) 193.) A similar tendency to defer to the executive on jurisdictional issues is seen in *United States of America v. Lepine*, [1994] 1 SCR 286; 87 CCC (3d) 385. In that case, a majority determined that the Canadian executive, not the extradition judge, is vested with the authority in the context of the Canada-United States Extradition Treaty to consider whether the requesting state had sufficient territorial jurisdiction to prosecute the fugitive for the offence.

What is the appropriate response where *compliance* with domestic penal law would lead to a *violation* of foreign penal law? The leading Canadian case is *Spencer v. R*, [1985] 2 SCR 278; 21 DLR (4th) 756. An officer of a Canadian bank was subpoenaed to give evidence in an income tax prosecution of a customer of the bank arising from transactions in the Bahamas. He objected to testifying on the ground that he would thereby commit an offence under the secrecy provisions of Bahamaian law. The Supreme Court of Canada ruled that he was nonetheless compelled to testify. But Estey J recognized that Canadian courts, in the interests of comity, should not lightly disregard the foreign law and the witness should therefore be allowed time to obtain an order in the Bahamas permitting the testimony, failing which, however, the Canadian courts would have no option but to proceed. (See also *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 61 Alta. LR (2d) 319 (CA); *Comaplex Resources International Ltd. v. Schaffhauser Kantonalbank* (1990), 42 CPC (2d) 230 (Ont. SC, M).)

Treaties that provide for mutual legal assistance in the procurement of evidence for use in domestic criminal prosecutions are increasingly common between states. (See, for instance, the Treaty Between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, implemented by RSC 1985 c. 30 (4th supp.), in force July 28 1988.) Conflicts problems can arise where the exclusionary or constitutional rules of the foreign state in which the evidence was procured differ from those of the forum whose criminal law was allegedly violated. A qualified rule in favour of the law of the place where the evidence is obtained was adopted by the Supreme Court in *R v. Harrer*, [1995] 3 SCR 562. The appellant had been tried and convicted in Canada on the basis of a statement made to police in the United States. At issue was whether the failure of the US police to comply with Canadian Charter requirements—specifically, the requirement that Canadian police must give an accused a second warning when an interrogation changes focus—made the statement inadmissible in Canada. In dismissing the appeal, the court ruled that the Charter had no direct application to

A *judgment* of a sister state, based upon a penal claim within the US Supreme Court's definition in *Huntington* or based upon a tax claim is entitled to recognition under the Full Faith and Credit Clause. A *statute* of another state embodying such a claim, for instance, one establishing a tax obligation, arguably may be entitled to recognition under the Full Faith and Credit Clause as a "public act" of a sister state, but there is no authority to this effect to-date. The enforcement of a foreign penal *claim*, not reduced to a money judgment or entitled to recognition as part of a sister-state's "public act," remains within the province of the states. With respect to "penal" claims, the states increasingly follow the US Supreme Court's definition in *Huntington* with the result that claims essentially designed to compensate for loss, even though encompassing a penalty against the wrongdoer, will ordinarily be enforced. With respect to tax claims, most of the states now maintain reciprocal statutes for the collection of taxes. [Footnotes omitted.]

TAX LAWS

General

Quebec Civil Code

Art. 3155. A Quebec authority recognizes and, where applicable, declares enforceable any decision rendered outside Quebec except in the following cases: ...

(6) the decision enforces obligations arising from the taxation laws of a foreign country.

NOTES

1. The revenue or tax exclusion has deep roots, leading common lawyers at least as far back as Lord Mansfield's dictum in 1775 that "no country ever takes notice of the revenue laws of another." (*Holman et al. v. Johnson, alias Newland* (1775), 1 Cowp. 341, at 343; 98 ER 1120.) The same position has generally been taken in other countries. (See generally Mann.)

2. The Canadian position is still represented by *United States of America v. Harden*, [1963] SCR 366. That case arose out of an action taken, in 1957, by the United States of America against one Harden in the District Court of the southern district of California to recover income tax arrears for the years 1945 and 1946. Judgment was eventually entered in 1961 for $639,500.15 pursuant to a stipulation agreed to after pre-trial hearings before a district judge. Harden, by then a resident of British Columbia, failed to pay and the United States brought an action to enforce its judgment in the Supreme Court of that province. The US authorities based their right to sue on two principal arguments: (1) that although a foreign sovereign cannot enforce its revenue laws by direct action in Canada, it is not prevented from suing in a Canadian court to enforce a judgment for those same taxes obtained within its own borders; and (2) alternatively, that Harden had consented to the signing of judgment against her and the revenue exclusion did not reach a compromise agreement to pay money in satisfaction of a foreign tax claim. The Supreme Court, confirming the disposition in the courts below, rejected both arguments (at 371):

In [*Gov't of India, Ministry of Finance v. Taylor*, [1955] AC 491, [1955] 2 WLR 303], at p. 515, Lord Somervell of Harrow recognizes and applies "... the special principle that foreign states cannot directly or indirectly enforce their tax claims here."

In my opinion, a foreign state cannot escape the application of this rule, which is one of public policy, by taking a judgment in its own courts and bringing suit here on that judgment. The claim asserted remains a claim for taxes. It has not, in our courts, merged in the judgment; enforcement of the judgment would be enforcement of the tax claim.

Similarly, in my opinion, the argument that the claim asserted is simply for the performance of an agreement, made for good consideration, to pay a stated sum of money must also fail. We are concerned not with form but with substance, and if it can properly be said that the respondent made an agreement it was simply an agreement to pay taxes which by the laws of the foreign state she was obligated to pay.

Neither the foreign judgment nor the agreement does more than make certain the fact and the amount of the respondent's liability to the appellant. The nature of the liability is not altered, it is a liability to pay income tax.

3. Sixteen years after *Harden*, British Columbia sought to enforce in the US courts a judgment for logging taxes obtained in British Columbia against four residents of the United States. In upholding the dismissal of the province's action, the US federal court utilized *negative* reciprocity, citing the *Harden* decision. (See *Her Majesty the Queen v. Gilbertson*, 597 F2d 1161 (9th Cir. 1979).)

Indirect Enforcement

Van deMark v. Toronto-Dominion Bank
(1989), 68 OR (2d) 379 (HC)

Osler J: This is an application for a mandatory order requiring the respondent bank to pay or deliver to the applicants all moneys held by the respondent on deposit in their respective names. Since the commencement of the application the respondent has paid the moneys into court and the order sought, therefore, will be one for the payment out of such moneys to the applicants.

An interlocutory order was requested and this was refused by R.E. Holland J on August 10, 1988. Mr. Justice Holland gave brief reasons summarized in the sentence, "Canadian Courts will not directly or indirectly enforce the revenue laws of another country: *United States of America v. Harden* (1963), 41 DLR (2d) 721 ... ."

An appeal was taken from that decision but the proceedings have been stayed pending the final judgment now being requested.

The applicant, Kenneth Van deMark, placed on deposit with the respondent as of July 29, 1988, the sum of $12,010.52 Canadian in account 3300013 at the 77 Bloor St. Branch, and the sum of $350,457.77 US in the Church and Wellington St. Branch.

The corporate applicant has on deposit with the respondent at the 77 Bloor St. Branch, in account number 0301050, the sum of $17,200.61.

Joint accounts are maintained at 77 Bloor St. W by Kenneth Van deMark, Alanna Van deMark and Haley Van deMark, in which are deposited in account 7107158 the sum of $3,199.81 US, and in account 0220859, $2,469.38 Canadian. Kenneth Van deMark and Alanna Van deMark have in account no. 3307638 the sum of $78,987.94 Canadian. With respect to the last three mentioned accounts, the applicant Kenneth Van deMark claims no interest whatsoever and is a signatory as a matter of convenience, the funds being the property of Alanna Van deMark and Haley Van deMark in the one case, and Alanna Van deMark in the other.

All of the above sums are as of July 29, 1988. On that day, the respondent "froze" all funds held in the six bank accounts listed because of four levies served by the United States of America, Department of Treasury, Internal Revenue Service, upon the offices of the bank located in the City of New York, it being alleged that the applicants hold funds as nominees of Haley Van deMark and Alanna Van deMark, the parents of the applicant Kenneth Van deMark, and that such parents owe the United States of America for alleged tax arrears the sum of $5,636,837.80 as of July 15, 1988.

It should be added that the proceedings before Mr. Justice Holland and the motion to stay the appeal resulted in the release of the moneys mentioned as being on deposit in account no. 0301050 to Alanna Bloor Street Ltd., and that amount is no longer in issue.

The disposition of the funds in accounts 7107158, 0220859 and 3307638 will be the subject of a separate application which has been adjourned *sine die*.

It is stated that the United States Internal Revenue Service has made the allegation that with respect to the funds still at issue in this application, Kenneth Van deMark holds as nominee for his parents and, under United States law, such funds can be seized as though they were funds of the parents.

The applicant Kenneth Van deMark is a Canadian citizen, a businessman and has never carried on business in the United States

The "notice of levy" purports to attach any assets of the parents held by the Toronto-Dominion Bank in or out of the United States and purports to attach any assets in possession of the bank, of which Kenneth Van deMark holds title as nominee for his parents. No evidence that such relationship exists has been placed before me or, apparently, furnished to the bank.

It is stated that if the bank does not deliver the funds, it will be liable to pay the United States Government something like 200% of the value of the assets claimed.

There is no dispute between the bank and Kenneth Van deMark and the dispute, if any, is between the bank and the Internal Revenue Service of the United States.

The effect of what has occurred is that a Canadian citizen has placed assets in a branch in Canada of a Canadian chartered bank. The bank also does business in the United States and is being threatened by a United States authority.

One must sympathize with the position of the bank but that position is the result of its election to carry on business in more than one country and that cannot influence the application of Canadian law.

It should be added that Kenneth Van deMark, in his affidavit, swears that he does not now act and never has acted as a nominee for anyone, including the persons named in the notices of levy delivered to the bank, that he is not a taxpayer of the United States and that he has never been served with any assessment or notices of assessment with respect to taxes owed to the Government of the United States. In addition, he swears that the funds on deposit in his name are his own funds and that no other person or persons named in the notices of levy have or ever have had any interest in those funds.

In *United States of America v. Harden* (1963), 41 DLR (2d) 721, [1963] SCR 366, 44 WWR 630 (SCC), the law was discussed and, in my view, settled by the Supreme Court of Canada in a judgment delivered for the court by Cartwright J. ...

At p. 723 it was stated that during the course of the action no one questioned the well-established rule that a foreign state is precluded from suing in Canada for taxes due

under the law of that foreign state, and that in a foreign judgment there is no merger of the original cause of action.

It was argued that although a claim for taxes would not be entertained by the courts of this country, a judgment for payment of those taxes contained in the courts of a foreign state would be, and also that the judge of first instance should not have set aside the writ in summary proceedings but should have directed that the action proceed to trial.

On the last point, it appeared to Cartwright J that all the necessary facts were before the judge of first instance and that nothing would have been gained by proceeding to a trial. With respect to the first argument, Cartwright J, at p. 725, pronounced the law as follows:

> In my opinion, a foreign state cannot escape the application of this rule, which is one of public policy, by taking a judgment in its own Courts and bringing suit here on that judgment. The claim asserted remains a claim for taxes. It has not, in our Courts, merged in the judgment; enforcement of the judgment would be enforcement of the tax claim.

[Osler J then referred to the following cases in support of the principle that "a claim of a foreign state to collect taxes owed to it made directly or indirectly will not be recognized by the courts of this country." (See *Re Visser, The Queen of Holland v. Drukker*, [1928] Ch. 877, at 884 and *Government of India, Ministry of Finance v. Taylor*, [1955] AC 491, at 503.)]

As to the plight of the bank, a broadly similar situation arose from the disposition made by the testator in *Re Fudger* (1984), 18 ETR 12 (HCJ). In that case, the testatrix had property in Canada and in Scotland. Her Canadian property was disposed of by Canadian will and codicil which documents expressed the fact that they were disposing of property in Canada. Her Scottish property was disposed of by Scottish instruments which expressed the fact that they were disposing of property in the United Kingdom and that their terms were not to affect any property outside of the United Kingdom.

The United Kingdom Inland Revenue claimed capital transfer tax in respect of all the assets. The claim exceeded the value of the Scottish property so that if full payment was not made by the executors the United Kingdom Inland Revenue could take the entire Scottish property in part satisfaction of its claim.

Recognizing that this would impose a penalty upon the Scottish beneficiaries, White J, when the court's direction as to the effect of the Canadian will was sought, basing himself in part upon United States of *America v. Harden*, *supra*, stated [at p. 21] that:

> Any claim made by CTO [Inland Revenue Capital Tax Office] for payment of tax against the Canadian executor is not provable or enforceable in Ontario. To construe the Canadian will in such a way as to require the Canadian executor to pay foreign taxes simply because a foreign beneficiary under a foreign will might otherwise be exposed to the payment of taxes imposed in the foreign jurisdiction, would be an indirect method of enforcing the revenue laws of the foreign jurisdiction.

Counsel for the bank argues that to forgive the bank its indebtedness to the applicant, who is at law a creditor of the bank, is not to enforce indirectly a foreign judgment but only to recognize the bank's right of restitution based on principles of unjust enrichment.

In my view, there can be no question of unjust enrichment, at least at this stage, as there is no evidence that anything has been paid by the bank to the foreign state. Indeed, evidence of foreign law submitted by the respondent bank in the form of an affidavit to

which is attached a letter of opinion from a New York attorney is far from conclusive as to the question of whether the United States courts will enforce the notices of levy served on the New York branch of the bank. The case cited in support of the proposition that United States courts do have jurisdiction refers to a case in which jurisdiction over a foreign branch was obtained by virtue of the fact that jurisdiction existed over the home office of that bank in New York. It seems to me far from obvious that jurisdiction over a branch in New York would give United States courts, in United States law, jurisdiction over a Canadian head office or Canadian branch.

In any event, while acceptance by the bank of a penalty imposed in the United States might seem to be a hardship, the effect of permitting the Ontario branches to defend the applicants' claim on the basis of the bank's liability in New York State would be to enforce indirectly a claim for taxes by a foreign state and one that has, so far as the evidence discloses, not even given rise to a New York or Federal Court judgment.

Stringam v. Dubois
(1992), 135 AR 64 (CA)

[SD died domiciled and resident in Arizona. She named the Valley Bank of Oregon as her executor and devised her Alberta wheat farm to her niece, the respondent (plaintiff). Probate was issued out of the Superior Court of Arizona, and letters of administration, with will and codicils annexed, were granted by the Alberta Surrogate Court, pursuant to a power of attorney granted by the executor, to the appellant. The total estate was valued at $1.9 million. The farm was valued at $431,000. US estate tax was apportioned with $149,000 applying against the farm. The devisee moved under section 8(3) of the Alberta Devolution of Real Property Act, RSA 1980, c. D-34 for an order requiring the conveyance to her of the wheat farm, available one year after the granting of probate or letters of administration. The executor sought a sale of the farm to satisfy the US estate taxes. Applying the tax exclusion, the Alberta Court of Queen's Bench ruled in favour of the devisee. The executor appealed. The judgment of the Court of Appeal was delivered by Stratton JA.]

Stratton JA (dismissing the appeal): The issue raised by this appeal is whether, on the facts of this case, the rule against our courts enforcing a tax claim of a foreign jurisdiction applies so as to allow the transfer of Canadian realty to the devisee of that realty, rather than requiring that the property be sold and the proceeds used firstly to pay United States estate taxes.

. . .

In argument before us, it was common ground that three cases in particular are critical to the above stated issue.

The preferred starting point in a perusal of these cases is, in my view, the decision of the Privy Council in *Hardoon v. Belilios* [1901] AC 118, which was relied on by the appellant. That case raised the question of whether the person who is the mere registered owner of shares is entitled to be indemnified by the beneficial owner for certain financial burdens incidental to that ownership.

The relevance of that case is clear when one looks at the evidence of Robert Rosepink, which was accepted by the trial judge "in relation to American tax laws and the manner in which they affect the administration of this estate in the State of Arizona."

A summary of his opinions (Exhibit 2 at trial) is attached as Appendix A to this judgment. In brief these opinions set out various situations wherein either the Bank or the appellant could be held liable under US law for unpaid US estate taxes if the wheat farm should be transferred without payment of the taxes.

In *Hardoon v. Belilios*, Lord Lindley enunciated the rule relied on by the appellant, as follows:

> The next step is to consider on what principle an absolute beneficial owner of trust property can throw upon his trustee the burdens incidental to its ownership. The plainest principles of justice require that the cestui que trust who gets all the benefit of the property should bear its burden *unless he can show some good reason why his trustee should bear them himself.* (emphasis added)

Then, at p. 127, in referring to a *cestui que trust*, he said:

> The obligation of such a person to indemnify his trustee against calls upon them appears to their Lordships indisputable in a court of equity unless, of course, *there is some contract or other circumstance which excludes such obligation.* (emphasis added)

The next of the three key cases and the most important for our purposes, is *United States of America v. Harden* [1963] SCR 366.

[The court then reviewed the facts and ruling in *Harden*.]

The appellant argued that in the light of the facts in *Harden* the reference by Cartwright J to "indirect enforcement" should be limited to a similar factual situation, that is an action based on a tax judgment. I find no support for that limitation in the decision of the Supreme Court.

The appellant also suggested that a further important distinction be made between the *Harden* decision and our cases in that in *Harden* the foreign government was the entity seeking enforcement of the claim. This argument is also not supported by the Supreme Court decision. The point is addressed squarely by Sheppard JA. In writing for the BC Court of Appeal he said:

> Also, the Courts will not entertain an action *brought by an individual* which will indirectly have the effect of enforcing the revenue laws of a foreign country. (1963) 36 DLR (2d) 602 at 604. (emphasis added)

I have not overlooked the fact that the decision of the Supreme Court in *Harden* has been criticized as an older rule that is not responsive to modern circumstances. (See Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 1st edition, p. 73 and *The Conflict of Laws*—McLeod 1983—pp. 209-213.) Nevertheless the rule remains the law of Canada and I am bound by it.

I now turn to the last of the three key decisions—*Re Reid* (1970) 17 DLR (3d) 199 (BC CA). In that case an English company, subject to the laws of England, became the trustee of an estate wherein the bulk of the assets were situate in BC. There were insufficient assets in England to pay the estate tax levied under English law. The appropriate English statute also expressly made the trustee responsible for payment of the tax. The trustee paid the tax and then sought reimbursement from the estate on the strength of the rule in *Hardoon v. Belilios* (*supra*) and s. 97 of the BC *Trustee Act* (comparable to s. 25 of the *Trustee Act*, Ch. T-10, RSA 1980; see Appendix B). The success of that application

would have directly affected the entitlement of the remainderman under the will and therefore he opposed it on the grounds that the rule in *Harden* constituted a sufficiently "good reason" to oust the operation of s. 97 and the rule in *Hardoon v. Belilios* (*supra*).

Robertson JA, writing for the court in *Reid*, refused to apply the *Harden* rule. He distinguished the *Harden* case from the one he was considering on two grounds:

1. He pointed out that in the cases before *Harden* to which he referred, wherein the rule against enforcement of foreign revenue laws was applied, "success would have enriched the treasury of the interested state" but in the case before him "whether or not the respondent trustee is indemnified cannot affect to the slightest degree the amount of estate duty collected in England." (p. 205)

With the greatest respect, I do not consider that to be a proper basis for distinguishing *Harden*. It implies that the act of a trustee in first paying the foreign levy and then seeking reimbursement would serve to emasculate the *Harden* rule. I do not agree. In any event, in the present case, it is clear that success would have the immediate effect of enriching the US treasury.

2. Again in reference to the cases mentioned by him and which accepted the rule against enforcement, Robertson JA said:

> Further, in each of those cases the foreign State was ... the plaintiff, the claimant or the instigator of the proceedings. Here (in *Re Reid*) the United Kingdom has nothing whatever to do with the respondent's claim to be indemnified.

This statement implies that only where the foreign state is involved as an active party to the proceedings, will the *Harden* rule have application, with the greatest respect I disagree. To accept that conclusion, in my view, ignores the indirect aspect of the *Harden* rule. Moreover, as pointed out earlier, Sheppard JA in the Court of Appeal of BC in *Harden* (approved by the SCC) stressed that the identity of the plaintiff in the action is not vital if the action "indirectly (has) the effect of enforcing revenue laws of a foreign country" (*supra*).

In the result, and again with the greatest respect, I have concluded that I cannot follow the *Reid* decision. Nevertheless the careful reasoning in that decision together with the considerable criticism of the decision in *Harden* leads me to comment that the Supreme Court may wish to re-examine the problem in the light of more modern international notions of comity. Nevertheless, until it is changed by the Supreme Court, statute, treaty or convention, the rule as reaffirmed in *Harden* is valid and binding.

The major difficulty is to determine under what circumstances must the *Harden* rule be applied. The authorities seem agreed on the key question that must be asked for that determination, namely what is the nature or substance of the proceedings placed in issue? In the present case the nature or substance of the proceeding is the indirect enforcement of the tax laws of the United States and as such the rule enunciated in *Harden* should be applied.

It must also be noted that the US taxing authority has recourse for unpaid taxes against the respondent, who is a US resident, and thus it need not pursue either the appellant or the Bank.

Cartwright J in *Harden*, pointed to two explanations for the rule against enforcement of foreign tax judgments and I quote:

> Various reasons have been suggested for this ancient rule. In his speech in *Government of India, Ministry of Finance (Revenue Division) v. Taylor, supra*, Lord Keith of Avonholm having approved of the judgment of Kingsmill Moore J in the High Court of Eire in *Peter Buchanan Ld. & Macharg v. McVey*, reported as a note in [1955] AC 516, and particularly of the proposition "that in no circumstances will the courts directly or indirectly enforce the revenue laws of another country," goes on at pp. 511 and 512 to suggest two explanations, as follows:
>
> > One explanation of the rule thus illustrated may be thought to be that enforcement of a claim for taxes is but an extension of the sovereign power which imposed the taxes, and that an assertion of sovereign authority by one State within the territory of another as distinct from a patrimonial claim by a foreign sovereign, is (treaty or convention apart) contrary to all concepts of independent sovereignties. Another explanation has been given by an eminent American judge, Judge Learned Hand, in the case of *Moore v. Mitchell*, in a passage, quoted also by Kingsmill Moore J in the case of *Peter Buchanan Ltd* as follows: "While the origin of the exception in the case of penal liabilities does not appear in the books, a sound basis for it exists, in my judgment, which includes liabilities for taxes as well. Even in the case of ordinary municipal liabilities, a court will not recognize those arising in a foreign State, if they run counter to the 'settled public policy' of its own. Thus a scrutiny of the liability is necessarily always in reserve, and the possibility that it will be found not to accord with the policy of the domestic State. This is not a troublesome or delicate inquiry when the question arises between private persons, but it takes on quite another face when it concerns the relations between the foreign State and its own citizens or even those who may be temporarily within its borders. To pass upon the provisions for the public order of another State is, or at any rate should be, beyond the powers of the court; it involves the relations between the States themselves, with which courts are incompetent to deal, and which are intrusted to other authorities. It may commit the domestic State to a position which would seriously embarrass its neighbour. Revenue laws fall within the same reasoning; they affect a State in matters as vital to its existence as its criminal laws. No court ought to undertake an inquiry which it cannot prosecute without determining whether those laws are consonant with its own notions of what is proper."

The explanation by Judge Learned Hand is particularly supportive of my conclusion in this case. The disposition of the bulk of the estate of the testator, the treatment of the trusts in the light of the instructions in the will, the reason for taxes to remain outstanding notwithstanding a substantial US estate, and the apportionment of estate taxes between probate and non-probate assets all leave questions as to whether the estate tax claimed would be, in the words of Judge Hand, "in accord with the policy" of this country.

In *Re Dwelle Estate* (1969) 69 WWR 212 (Alta. SC) a similar problem to the case at bar was considered and the *Harden* rule was applied. In that case the testatrix died resident and domiciled in California and by her will appointed an Alberta lawyer to be the executor of her Canadian estate. The state of California made a claim against the Canadian estate for inheritance tax and the Alberta executor applied to the Court for directions. Applying *Harden*, Riley J made an order prohibiting the Alberta executor from "making any payment of estate funds which would in effect be payment of a tax to a foreign government."

It was also argued that the failure of the appellant administrators to pay the estate tax constituted a breach of a duty imposed under his will or as undertaken by him in his "Affidavit on Application for Administration With Will Annexed." Paragraph 8 of that affidavit reads as follows:

8. That I will faithfully administer the property of the deceased, by paying (4) her just debts, all taxes and duties payable in respect of the estate, and the legacies contained in (4) her will (11) and Codicils, *so far as the same will thereunto extend and the law bind me*, and distribute the residue (if any) of the estate according to law, and that I will exhibit under oath a true inventory of all the property of the deceased, and render a full account of my administration whenever required by law to do so. (emphasis added)

To accept that argument one must interpret the word "taxes and duties" in paragraph 5 so as to include foreign taxes and duties. In my view "and the law bind me" modifies the words "just debts, all taxes and duties payable." On this construction, the administrator is only to pay those debts, taxes and duties which the law mandates and that "law" refers to the law of the forum, namely Alberta law.

Thus the appellant must be able to point to some Alberta law which mandates that the administrator pay the US taxes. In other words, the US revenue authorities would have to prove their claim in Alberta. This analysis thus comes full circle because under the law presently applicable in Alberta, an Alberta Court must refuse to entertain or enforce such a claim.

NOTES

1. In *Cement and Chemicals Co. v. Peat Marwick Ltd.*, [1989] BCJ no. 1897 (SC), the plaintiff applied for payment out of its share of certain moneys held by the defendant pending the resolution of disputes since resolved in favour of the plaintiff. However, it appeared that the moneys were potentially the subject of income tax claims by both Canada and the United States. The defendant feared that if this were the case and it paid the money out without filing returns or paying any applicable taxes, it might itself become subject to tax liability. That difficulty was addressed by Spencer J as follows:

A large sum is involved. On the plaintiff's calculation, allowing for security for the Canadian tax claim and for future expenses, there is something in the order of $5.5 million that should be paid out to various claimants. Obviously it is unjust that such a sum should be withheld if under the terms of the agreement the defendant should now pay it out. On the other hand, it would be equally unjust if the defendant were to be required to pay it out and then found that it was substituted as the payer of any lawful tax claim either here or in the United States. Although the agreement under which the defendant holds the monies for the plaintiff and others is silent about any tax consequences, it cannot have been intended that they should be borne by the defendant.

As to whether there are indeed any taxes owing, either here or in the United States, there is profound disagreement. Those are issues that I have no jurisdiction to solve however. Until they are solved by the appropriate authorities to the satisfaction of this Court, I should make no order that has a real possibility of prejudicing the defendant by exposing it to a possible substantial tax claim in substitution for the plaintiff.

My previous order gave leave to the plaintiff to apply for payment out if neither of the claimants made a claim within sixty-one days. One of them has. Technically the terms for leave have not been met. Apart from that, I would not be prepared to order payment out until the possible tax claims have been resolved. The plaintiff has the means at its disposal to resolve those claims by filing whatever returns are required and submitting to the tax authorities of each country. If it is right, the plaintiff will obtain releases that will satisfy the defendant or the Court. If it is found liable for tax, that will have the anomalous result, in the case of the United States, of ensuring that a foreign taxing statute is enforced, a thing which Canadian courts generally will not do, see *United States of America v. Harden* (*supra*) [[1963] SCR 366]. That case is not authority, however, for the proposition that a Canadian court should require a litigant here to be exposed to the risk of taxation in the United States by ordering that it release funds that are held within this Court's jurisdiction.

2. See also *Re Sefel Geophysical Ltd.*, below.

Characterization

The use of the words "taxation laws of a foreign country" (*des lois fiscales d'un État étranger*) in the Quebec Civil Code underscores an important point. The revenue exclusion applies only to taxation laws in the strict sense. A restricted characterization is necessary in the modern welfare state as governments have assumed responsibility for the provision of a wide variety of services that in an earlier era were performed by the private sector or not at all. Where these services are financed out of undifferentiated general tax revenues, the exclusion generally operates. But where the financial liability for the service is imposed directly on those who contribute to the need for it to be performed in the first instance, the law is not likely to be characterized as a revenue law in the exclusionary sense. The point is graphically illustrated by *United States of America v. Ivey*, above, in which Sharpe J curtly dismissed as "ungrounded rhetoric" the defendants' argument that the government's imposition of strict liability on those in control of a waste-disposal site for cleanup costs amounted to a form of taxation within the revenue exclusion.

A similarly attenuated approach to the characterization of "revenue laws" is also taken in cases where the financial liability for the governmental service is imposed on those who directly benefit from the service. Indeed, *Weir v. Lohr* (1967), 65 DLR (2d) 717 (Man. QB) illustrates that in such cases even the use of the term "tax" in the relevant foreign statute is not necessarily controlling of its characterization nor is the fact that the funds collected by the foreign sovereign are destined to be paid into its consolidated revenue fund. That case involved an action in Manitoba for damages for personal injuries suffered by a Saskatchewan resident in an automobile accident in Manitoba. The victim's claim included an amount for hospital services received in Saskatchewan. The evidence showed that the hospital account had been paid by the Saskatchewan Hospital Commission directly to the Winnipeg General Hospital and that the victim's claim under this head of loss was in reality a claim for reimbursement by the minister of public health for Saskatchewan exercising statutory subrogation rights under the Saskatchewan Hospitalization Act, RSS 1965, c. 253. Under the Act, all Saskatchewan residents were entitled to hospital benefits financed by payment of a compulsory "tax" varying in amount according to the status and dependents of the person. In view of this characterization, the third-party insurer argued that the plaintiff's claim could not be sustained because it amounted to an attempt to enforce a foreign revenue law. As Tritschler J observed, the minister's claim was not for the recovery of the "tax" levied by the Act but for reimbursement of the hospital account, a matter "completely collateral and merely *res inter alios acta*" that could not be raised by the third party in mitigation of damages in accordance with the well-established subrogation principles. He rejected the attempt to characterize the statute as revenue in nature (at 720-21):

As to the first question whether the hospital bill is a *tax claim* or a *revenue debt*: the formula adopted by the *Act*, particularly its use of the words "tax" and "taxes" are not controlling. In essence, the *Act* provides a scheme of hospital insurance, albeit a compulsory one. The so-called tax is a premium and the persons paying (and only such persons) are, in the words of the *Act*, "beneficiaries" and entitled to "receive benefits," namely, payment of hospital bills out of the Fund. ... This is so even if, as counsel submitted, the Fund is part of the consolidated funds of Saskatchewan.

Contemporary Relaxation of the Tax Exclusion?

Re Sefel Geophysical Ltd.
[1989] 1 WWR 251, 260-61 (Alta. QB)

[The trustee of the estate of a bankrupt company applied for advice and directions in relation to the appropriate distribution among creditors of the proceeds of sale of the bankrupt's estate. The creditors' claims included revenue claims by the United Kingdom and the United States and the question arose, *inter alia*, whether these claims were barred by the tax exclusion. Forsyth J answered as follows.]

Forsyth J: ... In addition, there is the hurdle created by the cases of *India (Govt. of), Min. of Fin. (Revenue Div.) v. Taylor*, [1955] AC 491, [1955] 2 WLR 303, [1955] 1 All ER 292 (HL), and *USA v. Harden*, [1963] SCR 366, 44 WWR 630, 41 DLR (2d) 721, 63 DTC 1276, [1963] CTC 450, which hold that the courts will not enforce foreign revenue claims. There is no doubt that some of the claims asserted in the present bankruptcy case are revenue claims. I do not propose to deal with them individualy, but I point out the potential difficulty.

Cases were cited in support of the proposition that claims proven in bankruptcy must be claims that would be enforceable by a court. *Re Morton; Ex parte Morton Bartling & Co.*, 15 Sask. LR 460, 3 CBR 114, [1922] 2 WWR 811, 66 DLR 378 (KB), illustrates that statute-barred claims are not provable. The same syllogistic conclusion is urged in the case of revenue claims which are barred by the holding in *USA v. Harden*. In fact, *India (Govt. of) v. Taylor* is specific authority for the principle that foreign revenue claims are not provable in a liquidation setting. However, given the present trends of international comity in the recognition of foreign bankruptcy proceedings, I am not certain that the *India (Govt. of)* case is compatible with the current judicial climate. If the goal is to deal with liquidations in an orderly fashion in one country by virtue of deference shown by competing nations, surely some claims should at least be recognized. I am not dealing with the priority of those claims at this point, but rather I am saying that current comity principles suggest that some foreign tax claims should be recognized in a Canadian liquidation setting. Comity is about respecting foreign judgments, proceedings and acts of state. If our bankruptcy proceedings are respected and deferred to, as they were in the case at bar, I am of the opinion that the claims of foreign states should be respected in our proceedings as long as they are of a type that accords with general Canadian concepts of fairness and decency in state-imposed burdens.

I specifically restrict my opinion to the special case of liquidation proceedings. The underlying considerations in a liquidation setting are significantly different from those in a setting where the action is simply one on a tax judgment as in *USA v. Harden*. I can find no authority within Canada that binds me with respect to the holding in *India (Govt. of) v. Taylor*. Comity does not allow me to alter priorities set out in the Bankruptcy Act, but it does dictate the recognition of foreign sovereigns and governments to some extent in liquidation proceedings.

NOTES

1. In the light of the relative universality of taxation laws and their economic significance in the modern state, the revenue exclusion has drawn severe criticism over the years as nothing more than an aid to absconding taxpayers seeking to avoid their societal obligations. However, judicial relaxation of the doctrine is unlikely in the opinion of Baade (at 52):

> [T]wo considerations [continue to] militate against the *judicial* enforcement of foreign-country tax claims in the absence of treaty or of authorizing statute. First, history has shown that revenue laws have been used "for religious and racial discrimination; for the furtherance of social policies and ideals dangerous to the security of adjacent countries; and for the direct furtherance of economic warfare." So long as these possibilities exist, safety is said to lie in "universal rejection" rather than in selective enforcement [citing Kingsmill Moore J in *Buchanan, Ltd. v. McVey* [1954] Ir. Rep. 89 (Kingsmill Moore J, 1950), aff. ibid. 108 (SC 1951)].
>
> Secondly, it is all but impossible for courts to bargain for (as it were) the reciprocal enforcement of forum tax claims in the requesting country. It is believed, therefore, that while there will eventually be a movement towards the reciprocal enforcement of tax claims at least in homogeneous communities of states, this will be brought about only with the aid of reciprocity statutes and international agreements.

2. The Quebec Civil Code recognizes reciprocity as a qualification on the revenue exclusion:

> Art. 3162. A Quebec authority recognizes and enforces the obligations resulting from the taxation laws of foreign countries in which the obligations resulting from the taxation laws of Quebec are recognized and enforced.

International Tax Conventions

Although the existence of international tax conventions has long been a part of the Canadian legal landscape, these conventions generally have not provided for the reciprocal enforcement of tax judgments between the parties but have been aimed instead at reducing or eliminating the burden of multiple taxation in the event that a taxpayer is subject to the taxation laws of more than one country. Canada and the United States have agreed, however, to enforce each other's tax claims, if the taxing state certifies that the claim has been finally determined and the enforcing state accepts the claim for collection. (Canada-United States Income Tax Convention, 1980, article XXVIA, added by a Protocol of 17 March 1995.)

Increasingly common, as well, are conventions providing for the exchange of information as necessary to carry out the provisions of a convention or the domestic tax laws of the contracting states. (See, for example, article XXVII of the Canada-United States Tax Convention 1980, section 3 of the Canada-United States Tax Convention Act, SC 1984, c. 20, and section 231.2 of the Income Tax Act (Canada). And see *United States v. Stuart*, 489 US 353 (1989) involving a request to the United States for information by Revenue Canada.

Note that the obligation to supply information under the convention is suspended if disclosure would be contrary to the national interests or the public policy of a contracting state.)

On the interpretation and scope of international tax conventions, see further Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD); International Fiscal Association, Canadian Branch (IFACB); Vogel; and Ward. And see *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 SCR 802; 125 DLR (4th) 485.

Interprovincial Context

In the United States, the interstate recognition and enforcement of sister-state tax claims that have been reduced to judgment has been accepted not only as a matter of common law doctrine but as constitutionally mandated by the full faith and credit clause in the US constitution. (See *Milwaukee County v. M.E. White Co.*, 296 US 268 (1935).) Does the full constitutionally-based faith and credit principle endorsed by the Supreme Court of Canada in *Hunt v. T & N Plc*, [1993] 4 SCR 289 likewise mandate the interprovincial enforcement of sister-province tax judgments in Canada? In fact, any obstacles to interprovincial enforcement were largely resolved even before *Hunt* by provincial legislation that protected taxpayers against double taxation *and* provided for the reciprocal enforcement of judgments among provinces. (See, for example, Income Tax Act, RSBC 1979, c. 190, sections. 54-60; Income Tax Act, RSO 1990, c. I.2, sections. 49-54; and Income Tax Act, RSNB 1973, c. I-2, sections. 50-56.) Moreover, the operation of the doctrine between the common law provinces has been doubted even as a matter of common law doctrine. (See *Weir v. Lohr* (1967), 65 DLR (2d) 717 (Man. QB) (decided on other grounds).) After all, the public policy concerns that are conventionally said to underlie the exclusion are clearly absent in the interprovincial context.

However, it is a different question whether the courts are constitutionally obliged to adjudicate a tax claim by a sister province on the merits. As with the operation of the public policy and penal exceptions, the courts in the United States distinguish between the enforcement of a judgment based on a sister-state tax statute (entitled to full faith and credit) and the adjudication on the merits of a cause of action created by a sister-state tax statute (within individual state discretion). (See the excerpt from Scoles and Hay, above, in the section "Interprovincial Context," under "Penal Laws.") Of course, as a practical matter, it is difficult to see why a provincial or state government would ever seek to directly enforce its tax laws in another province when it has the option of first reducing the claim to judgment at home and then bringing an action to enforce that judgment in the other province on the basis of reciprocal enforcement legislation or the "full faith and credit" doctrine.

OTHER PUBLIC LAWS

General

It is occasionally argued that "the prohibitions on the enforcement of penal and revenue laws are examples of a wider principle that a State cannot enforce its public law or its political or prerogative rights [because] an assertion of sovereign authority by one State within the territory of another is contrary to all concepts of independent sovereign authorities." (Dicey and Morris, vol. 1, at 103.) However, as Sharpe J observed in *United States of America v. Ivey*,

above, the existence of a comprehensive public law exclusion is controversial, especially in today's world where public regulatory and compensation laws often perform the functions that, in earlier years, were the province of private law and where the line between the public and the private is increasingly difficult to draw. His reasoning reflects the more temperate approach expressed in the "Oslo Resolution," a 1977 resolution of the *Institut de droit international*. (See parts I(a) and (b), part II of the Resolution, "Public Law Claims Instituted by a Foreign Authority or a Foreign Public Body," Ann.Inst.dr.int. 1977 II 328-330.)

The premise of the Oslo resolution is that public law claims instituted by a foreign authority or a foreign public body should in principle be "considered inadmissible to the extent that, as viewed by the forum state, their objective is connected to the exercise of governmental power." However, such claims should nonetheless be admitted if: (1) with due regard to the rights of the defendant, the forum state regards this as "justified by the particular objectives of the claim, the exigencies of international solidarity, or the convergence of the interests of the states concerned"; or (2) the claim is based on propositions of public law which are "consequential or accessory to private-law claims" (for instance, a claim for indemnity or reimbursement by a public welfare authority against a defaulting primary family support obligor). The sympathy of the institute to this more flexible approach is evidenced by its rejection of an attempted amendment to make the admissibility of foreign law claims contingent on treaty; to impose such a condition would "paralyze jurisprudential developments." For a full discussion and references, see Baade (at 39-40).

Nationalization, Expropriation, and Confiscation Laws

As Sharpe J noted in *United States of America v. Ivey*, above, Canadian authority is "sparse" on the existence of a general public or political laws exclusionary doctrine. Indeed, Rand J's decision in *Estonian State Cargo and Passenger SS. Line v. Proceeds of the Steamship Elise and Laane and Balster*, [1949] SCR 530 seems to be the only instance in which any reliance was placed on the "political" character of the foreign law as a basis for exclusion.

That case involved a claim to share in the proceeds of the ship "Elise," which had been sold by order of the Exchequer Court following its arrest in Canadian territorial waters to enforce the *in rem* claim of the crew for wages. The plaintiffs rested their claim on a decree and legislation of the *de facto* government of Estonia (the Estonian Soviet Socialist Republic) that purported to nationalize all Estonian merchant ships, including those in foreign ports, and to vest title in the plaintiffs, with compensation fixed at 25 percent of each ship's value. The Supreme Court refused to enforce the plaintiffs' claim on the ground that it was based on a foreign "penal" (Rand J, "political") law of a "confiscatory" nature.

However, although the "Elise" was owned by Estonian nationals and registered in that country, it was not only within Canadian territorial jurisdiction at the date of suit, it was also outside Estonian territorial limits at the date of the decree. As such, the case is better viewed as resting on the more limited proposition—generally accepted in the commentary and supported by the jurisprudence in other common law systems—that a foreign law confiscating or expropriating title to private property in favour of the state will not be recognized or enforced in the forum if the property is located *outside* the territorial limits of the foreign state at the time of enactment. For a comprehensive analysis, see Sykes and Pryles (at 294ff).

The converse proposition, in other words, also holds true. Regardless of the adequacy of compensation and whether or not the foreign law is characterized as "confiscatory" in character, foreign public laws that effect a transfer to the state of private property located *within* its territorial limits are not *per se* subject to exclusion either on the basis of the public policy exception or as penal or other "political" laws. Thus, decrees of the Netherlands government that purported to nationalize German property to secure wartime reparations were held to be entitled to recognition and enforcement in Canada on the assumption that the situs of the relevant property (bearer share certificates located in Ontario but held in a Netherlands corporation) was in the "confiscating" state, the Netherlands. (See *Brown, Gow, Wilson et al. v. Beleggings-Societeit NV*, [1961] OR 815 (HC). Generally, see Sykes and Pryles, above, at 298-300. And see *India (Union) v. Bumper Development Corp.*, above, in the section on "International Sources," under the heading "Public Policy.") As Scrutton LJ explained in *Luther v. Sagor & Co.*, [1921] 3 KB 532, at 559: "British citizens who may contribute to the state more than half of their income in income tax and super tax, and a large proportion of their capital in death duties, can hardly declare a foreign state immoral which considers (though we may think wrongly) that to vest individual property in the state as representing all the citizens is the best form of proprietary right."

To trigger the public policy or penal exception, a foreign public law confiscating property within the enacting state, in addition to being "confiscatory," must also be "penal" in the sense of unjustifiably discriminatory as directed primarily at the punishment of a particular person or class of persons. (See Sykes and Pryles, above, at 294.) However, the basis of the discrimination must violate fundamental forum public policy. Thus, the nationalization decrees of the Netherlands government recognized in *Brown, Gow, Wilson et al. v. Beleggings-Societeit NV*, though directed at German property, were aimed at securing wartime reparations. As such, the decrees were entitled to recognition in Canada in view of the fact that they accorded with Canadian public policy as expressed in legislation with a similar purpose and in international treaties and conventions to which both Canada and the Netherlands were signatories.

SELECTED BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Baade, "Operation of Foreign Public Law" *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, chapter 12 (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) and Martinus Nijhoff: Tübingen and Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991)

Black, "Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act" (1992), 71 *Canadian Bar Review* 721

Carter, "Rejection of Foreign Law—Some Private International Law Inhibitions" (1984), 55 *British Year Book of International Law* 111

Carter, "The Role of Public Policy in English Private International Law" (1993), 42 *International and Comparative Law Quarterly* 1

Castel, "Foreign Tax Claims and Judgments in Canadian Courts" (1964), 42 *Canadian. Bar Review* 277

Corr, "Criminal Procedure and the Conflict of Laws" (1985), 73 *Georgetown Law Journal* 1217

A.V. Dicey and J.H.C. Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12th ed., ed. L. Collins (London: Sweet & Maxwell, 1993)

Dolinger, "World Public Policy—Real International Public Policy in the Conflict of Laws" (1982), 17 *Texas International Law Journal* 167

George, "Extraterritorial Application of Penal Legislation" (1966), 64 *Michigan Law Review* 609

International Fiscal Association, Canadian Branch, *Special Seminar on Analysis of Canada's Tax Conventions and Comparison to the OECD Model Double Taxation Convention* (Toronto: Richard De Boo, 1979)

Kahn-Freund, "Reflections on Public Policy in the English Conflict of Laws" (1953), 39 *Transactions of the Grotius Society* 39-69

Kutner, "Judicial Identification of 'Penal Laws' in the Conflict of Laws" (1978), 31 *Oklahoma Law Review* 590

Lagaarde, "Public Policy," *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, chapter 11 (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) and Martinus Nijhoff: Tübingen and Dordrecht/Boston/Lancaster, 1991)

Law Reform Commission of British Columbia, *Report on the Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act* (1992)

Leflar, "Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims" (1932), 46 *Harvard Law Review* 193

Leflar, "Out-of-State Collection of State and Local Taxes" (1976), 20 *Vanderbilt Law Review* 443

R. Leflar, L. McDougal, and R. Felix, *American Conflicts Law*, 4th ed. (Charlottesville, VA: Michie, 1986)

Lorenzen, "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws," (1924), 33 *Yale Law Journal* 736

Mann, "The International Enforcement of Public Rights" (1987), 19 *New York University Journal of International Law* 603

Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD Committee on Fiscal Affairs, *Model Double Taxation Convention on Income and Capital* (Paris: OECD, 1977)

Paulsen and Sovern, "'Public Policy' in the Conflict of Laws" (1956), 56 *Columbia Law Review* 969

E. Scoles and P. Hay, *Conflict of Laws*, 2d ed. (St. Paul, Minn.: West, 1992)

Smart, "Public Policy and the Conflict of Laws" (1983), 99 *Law Quarterly Review* 24

Sykes and Pryles, *Australian Private International Law* (Sydney: The Law Book Company, 1991)

Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991)

Ward, "Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties" (1977), 25 *Canadian Tax Journal* 263

ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 4
2009
ТОМ 9

Редакционный совет
М.И. БРАГИНСКИЙ
В.В. ВИТРЯНСКИЙ
Г.А. ГАДЖИЕВ
В. ЕМ
И.С. ЗЫКИН
А.А. ИВАНОВ
А.С. КОМАРОВ
П.В. КРАШЕНИННИКОВ
А.Л. МАКОВСКИЙ
(председатель)
Е.А. СУХАНОВ
В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор
Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора
С.В. ТРЕТЬЯКОВ

Редакционная коллегия
Г.Е. АВИЛОВ
В.А. ЖУКОВ
О.М. КОЗЫРЬ
А.Н. КУЧЕР
А.А. МАКОВСКАЯ
Л.А. НОВОСЕЛОВА
Е.А. ПАВЛОВА
С.В. САРБАШ
Д.И. СТЕПАНОВ
В.В. ЧУБАРОВ

Ответственный секретарь
М.Л. БАШКАТОВ

Выпускающий редактор П.Д. Савкин
Дизайн: А.Г. Орлова
Верстка: А.Н. Багаев
Интернет-поддержка: Д. Кухарь
Отдел рекламы: reklama@mvgp.ru
Отдел подписки: podpiska@mvgp.ru
Отдел доставки: dostavka@mvgp.ru

Журнал «Вестник гражданского права» выходит два раза в полугодие.
«Вестник гражданского права» зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия. Рег. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:
В. Ем, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 4, помещ. VI.
тел.: +7 (495) 649 18 06;
www.mvgp.ru

Перепечатка материалов из журнала «Вестник гражданского права» допускается только с согласия Издателя. Ссылка на источник опубликования обязательна.
Издатель или Редакция не дают справок и консультаций и не вступают в переписку.
Рукописи не возвращаются.
Учредитель, Издатель не несут ответственности за содержание рекламы и объявлений.

Мнения, высказываемые в публикациях авторов, не обязательно отражают официальную точку зрения организаций, которые они представляют.

ISSN 1992-2043

Журнал «Вестник гражданского права» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук

РЕЖИМ «СТРАТЕГИЧЕСКИХ ИНВЕСТИЦИЙ»: НОВЕЛЛЫ ИЛИ КОЛЛИЗИИ?

А.Н. ЖИЛЬЦОВ,

кандидат юридических наук, заведующий кафедрой Российской школы частного права, арбитр МКАС при ТПП РФ,

Б.Р. КАРАБЕЛЬНИКОВ,

кандидат юридических наук, профессор Московской высшей школы социальных и экономических наук, арбитр МКАС при ТПП РФ

Необходимо сделать доступными для всех выгоды от снятия барьеров в международной торговле, от свободы перемещения капиталов.

Д.А. Медведев

Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее – Закон № 57-ФЗ или Закон)[1] пока вызвал незначительный интерес со стороны как бизнес-сообщества, так и российских правоведов. Комментарии деловой прессы свелись к тому, что Закон хорош уже хотя бы тем, что существующий «неформальный» контроль государства за всеми сколько-нибудь серьезными иностранными инвестициями вводится в правовые рамки, что само по себе делает «правила игры» более прозрачными. Юристы же и вовсе не стали обращать на него специального внимания, так как изучение довольно запутанных административных механизмов в условиях, когда нет клиентов, готовых платить за этот анализ, лишено необходимых стимулов.

[1] Текст Закона № 57-ФЗ на английском языке размещен на официальном сайте Федеральной антимонопольной службы России: http://www.fas.gov.ru/english/legislation/20300.shtml.

Однако Закон № 57-ФЗ — акт любопытнейший, и мы считаем совершенно необходимым обратить внимание специалистов на (не побоимся громких слов) новую фазу развития российского законодательства, которую он открывает. Мы сосредоточим свое внимание на сугубо частноправовых аспектах этого Закона, оставив за рамками своего анализа многие административно-правовые вопросы и исторические параллели, напрашивающиеся в связи с ним, например о том, повышает ли инвестиционную привлекательность государства норма о том, что инвестор должен обосновывать перед чиновниками саму целесообразность своей инвестиции, о том, что в Законе не перечислены основания, по которым инвестору может быть отказано в согласовании сделки, о «дублировании» нормами этого Закона норм Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», и др.

Итак, согласно ч. 1 ст. 2 Закона № 57-ФЗ он «регулирует отношения, связанные с осуществлением иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ», т.е. отношения между частными лицами, являющимися субъектами гражданского права. По своей сути он содержит два следующих основных правила для иностранных частных инвесторов.

1. Приобретение иностранным инвестором десяти и более процентов уставного капитала российской компании, осуществляющей пользование участком недр федерального значения[2], или 50 и более процентов уставного капитала компании, относящейся к перечню, установленному ст. 6 Закона № 57-ФЗ, *требует предварительного согласования* с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, действующей на основании Постановления Правительства РФ от 6 июля 2008 г № 510 (далее — Правительственная комиссия). Такое согласование требуется и в случае, когда иностранный инвестор получает лишь *косвенный* контроль за акциями или долями участия в капитале российского хозяйственного общества, причем даже если эти сделки осуществляются за рубежом (п. 5 ст. 2). В случае, когда иностранный инвестор прямо или косвенно получает возможность обеспечить избрание своего представителя в совет директоров российского хозяйственного общества, осуществляющего пользование участком недр федерального значения, а такой совет директоров насчитывает девять и менее членов, то соответствующая сделка также подлежит предварительному согласованию. Наконец, если иностранный инвестор представляет собой организацию, находящуюся под контролем иностранного государства, то за предварительным

[2] См. дефиницию этого понятия в ст. 2.1. Федерального закона «О недрах» от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 (в ред. от 18 июля 2008 г.). Согласно указанной статье к правовой категории участка недр федерального значения относятся все месторождения редких полезных ископаемых и все серьезные месторождения углеводородов, золота и меди.

согласованием такой организации следует обращаться в Правительственную комиссию при приобретении 25 и более процентов российской компании, просто входящей в перечень, предусмотренный Постановлением № 510, и/или при приобретении пяти и более процентов компании, осуществляющей пользование участком недр федерального значения.

2. Иностранный инвестор, приобретающий пять и более процентов акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение, *обязан уведомлять* об этом Правительственную комиссию (ст. 14 Закона № 57-ФЗ). Порядок такого уведомления установлен Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 октября 2008 г. № 795 и предусматривает раскрытие информации не только непосредственно о компании, которой принадлежат акции (доли) российского хозяйственного общества, но и о лицах, под чьим контролем она находится.

Впрочем, санкции за неуведомление о приобретении иностранным инвестором пяти и более процентов акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение, Законом № 57-ФЗ непосредственно не предусмотрены, поэтому в рамках этой небольшой статьи мы остановимся на правовом анализе только последствий включения в российское законодательство указанного выше правила *о предварительном согласовании сделок*, касающихся приобретения долей в капиталах указанных хозяйственных обществ.

Правительственная комиссия, возглавляемая лично Председателем Правительства, имеет ничем не ограниченную свободу усмотрения касательно согласования предстоящей сделки. За полтора года, прошедшие после вступления Закона № 57-ФЗ в силу, в прессе прошли сообщения о приблизительно десятке сделок, подпадающих под действие этого Закона, причем в ряде случаев в качестве покупателей выступали оффшорные структуры известных российских предпринимателей[3]. В ряде случаев (согласно прессе) в согласовании было отказано или решение вопроса откладывалось до проведения новых переговоров с инвестором. Так что Закон № 57-ФЗ не остался просто на бумаге, как это подчас бывает с нашими законами, он несомненно работает, по крайней мере в части, связанной с функционированием Правительственной комиссии.

Специалистов в области гражданского и международного частного права в первую очередь должно интересовать, вправе ли российский законодатель устанавливать ограничения, касающиеся совершения сделки за рубежом, учитывая, что ни один из участников такой сделки может не быть российским резиден-

[3] Сама Правительственная комиссия 5 февраля 2009 г. сообщила, что лишь за «последнее время» ею получено 45 заявок иностранных инвесторов (РБК daily, 5 февраля 2009 г.). Из этого можно сделать вывод, что большинство заявок остаются сугубо конфиденциальными и сведения о них прессе недоступны.

том. Во-вторых, особого внимания заслуживает в высшей степени своеобразная система санкций, предусмотренных Законом № 57-ФЗ для применения к нарушителям порядка, созданного для предварительного согласования сделок.

Пределы законодательной власти российского государства

Согласно норме ч. 2 ст. 4 Конституции Российской Федерации «Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации». О распространении действия российских законов за пределы России ни Основной закон, ни другие законы ничего не говорят, хотя примеры такого распространения имеются.

Например, согласно ч. 1 ст. 12 Уголовного кодекса РФ «граждане Российской Федерации и постоянно проживающие в Российской Федерации лица без гражданства, совершившие вне пределов Российской Федерации преступление против интересов, охраняемых настоящим Кодексом, подлежат уголовной ответственности в соответствии с настоящим Кодексом, если в отношении этих лиц по данному преступлению не имеется решения суда иностранного государства».

Таким образом российский законодатель карает противоправные действия российских граждан, совершенные за рубежом, и оставшиеся безнаказанными со стороны зарубежного правосудия[4]. Вряд ли эту норму можно считать противоречащей ч. 2 ст. 4 Конституции, так как резидент России не может оставаться безнаказанным за совершенное им преступление, даже если оно имело место за границей. Аналогичные нормы есть и в законодательстве США (например, FCPA, карающий американских граждан за дачу взятки иностранному чиновнику).

Хотя в отличие от уголовного законодательства российское гражданское право не содержит аналогичных норм, специально регламентирующих его применение за границей, наши гражданские законы вполне могут применяться за рубежом. Прежде всего это имеет место, когда в соответствии с волей участников сделки она подчиняется российскому праву: в этом случае, независимо от субъектного состава правоотношения и места исполнения сделки, права и обязанности сторон регулируются нормами российского гражданского законодательства. Применение российского гражданского права за рубежом также возможно в случае отсылки к нему коллизионной нормы другого государства, ко-

[4] Х.В. Бааде отмечал, что такой подход к распространению действия своего уголовного законодательства на ситуации, когда противоправное деяние совершено гражданином соответствующего государства или его резидентом за рубежом, не противоречит международному публичному праву и является весьма распространенным. Но при этом принудительно исполнить такие экстерриториальные нормы уголовного права можно лишь на территории издавшего их государства (см.: *Baade H.W.* The Operation of Foreign Public Law // Texas International Law Journal. 1995. Vol. 30. P. 442).

торой будет руководствоваться иностранный суд в отсутствие волеизъявления сторон договора о подлежащем применению праве. Но следует отметить, что в этом случае экстерриториальное применение российских гражданско-правовых норм является результатом действия зарубежного коллизионного законодательства.

Другим примером является ситуация, когда осуществление прав и обязанностей сторон по договору, подчиненному иностранному праву, тесно связано с Россией и российской правовой системой. В этом случае те нормы российского права, которые суд или арбитраж посчитает в силу их значения «сверхимперативными», т.е. выражающими особо значимую законодательную политику, должны применяться или могут учитываться (в случаях, когда российское право не является ни *lex fori*, ни *lex causae*) несмотря на то, что стороны своей волей подчинили свою сделку иностранному материальному праву (п. 1 и п. 2 ст. 1192 ГК).

В широко известном деле «Мегафон», которое недавно завершилось мировым соглашением противоборствовавших сторон, имело место по крайней мере два случая, когда суды применяли нормы российского законодательства при оценке действительности сделок, подчиненных иностранному праву.

Так, федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа, рассматривая иск одной группы акционеров ОАО «Мегафон» к другой группе акционеров, признал недействительными отдельные положения Соглашения акционеров, заключенного между иностранными компаниями и подчиненного шведскому материальному праву, так как это Соглашение вступило в противоречие с нормами российского корпоративного права, регулирующими вопросы статуса российского юридического лица и прав и обязанностей его акционеров, и было признано в этой части недействительным[5].

Другим примером из этого же дела может послужить отмена Верховным Судом Швейцарии арбитражного решения, вынесенного на территории этой страны, в котором арбитры не посчитали доказанным, что один из фигурантов разбирательства был российским государственным служащим, которому на основании российского законодательства запрещено заниматься предпринимательской деятельностью. Верховный Суд посчитал, что предъявленные ему доказательства достаточны для того, чтобы признать такого фигуранта российским чиновником, и потому отменил арбитражное решение, как вынесенное в нарушение соответствующих норм российского права[6]. Отметим, что в данном деле

[5] Постановление ФАС ЗСО от 31 марта 2006 г. по делу № Ф04-2109/2005(14105-А75-11) Ф04-2109/2005(15210-А75-11) Ф04-2109/2005(15015-А75-11) Ф04-2109/2005(14744-А75-11) Ф04-2109/2005(14785-А75-11).

[6] См.: Решение Верховного Суда Швейцарии от 29 августа 2006 г. по делу 4P.102/2006 (арбитражное решение, вынесенное арбитражем МТП в Женеве 16 августа 2004 г. (разбирательство № 12875/MS), отменено и дело возвращено составу арбитража для нового рассмотрения).

Верховный Суд Швейцарии не затронул вопроса о том, обладают ли соответствующие российские нормы сверхимперативным характером, так как с точки зрения Суда особая значимость норм российского законодательства о государственной службе являлась достаточным основанием для их учета иностранным судом или арбитражем. Впрочем, отнесение указанных норм к категории норм сверхимперативных является лишь вопросом толкования, так как в современной доктрине признается, что сверхимперативными могут быть не только нормы частноправового, но и публично-правового характера[7]. В отсутствие прямо выраженного в самой норме указания о ее особой территориальной и/или персональной сфере действия отнесение ее к категории сверхимперативных может осуществляться судом на основе толкования ее цели[8].

Очень важно, что в обоих приведенных примерах речь шла о применении норм российского права, направленных отнюдь не на регулирование частноправовых обязанностей лиц, участвующих в отдельной сделке. Законодательство о государственной службе вообще не касается частного права, запрещая госслужащим заниматься предпринимательской деятельностью, а российское корпоративное законодательство в 2006 г. (когда сибирские суды рассматривали дело «Мегафон») регулировало лишь порядок функционирования компаний, а не права и обязанности акционеров по отношению друг к другу, основанных на не предусмотренных законом договорах, заключенных между ними[9].

Закон же № 57-ФЗ регулирует права и обязанности частных лиц по отношению друг к другу, а именно их право продавать и покупать акции российских компаний, причем даже опосредованно, покупая и продавая компании, которым эти акции принадлежат. При этом Закон прямо указывает, что такие частные лица могут быть иностранными, и подразумевает, что совершаемые ими сделки могут быть подчинены нероссийскому законодательству.

---

[7] *Strikwerda L.* Semipubliekrecht in het Conflictenrecht. Verkenningen op een kruispunt van methoden. The Hague, 1978. P. 198–199; Eek H. Peremptory Norms and Private International Law // Rec. des Cours. 1973-II. P. 25; *Rooij R. van* Conflict of Laws and Public Law // Netherlands Reports to the Twelth International Congress of Comparative Law / P. Gerver, E. Hondius, G. Steenhoff (eds). 1986. P. 175–184; *Baniassadi M.R.* Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration? // International Tax and Business Lawyer. 1992. Vol. 10. P. 60.

[8] Как отмечал Б. Одит, «определение применимости сверхимперативной нормы к конкретной ситуации неизбежно предполагает процесс ее толкования» ("determining the applicability of a loi de police to a particular situation is clearly a process of statutory interpretation") (см.: *Audit B.* A Continental Lawyer Looks at Contemporary Choice-of-Law Principles // Am.J.Comp.L. 1979. Vol. 27. P. 602).

[9] В настоящее время Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ такие соглашения признаны допустимыми, хотя и в весьма ограниченных пределах. Насколько этот Закон применим к ранее заключенным соглашениям акционеров, а также к тем соглашениям, которые подчинены иностранному праву и выходят за рамки прямо урегулированных российским законодательством вопросов – тема для отдельной публикации.

Акции или доли участия в капитале хозяйственного общества — это товар. Оттого, что товар этот «произведен» (т.е. эмитирован) в России, ни российское, ни какое-либо иное законодательство не требует, чтобы сделки с ним всегда были бы подчинены российскому частному праву. Формально не требует этого и Закон № 57-ФЗ, хотя он вводит определенные ограничения на совершение таких сделок, требуя их предварительного согласования с Правительственной комиссией. Такие ограничения требуют осмысления.

Например, если француз пожелает продать бельгийцу находящийся на территории Германии автомобиль «Жигули», произведенный в России (представим себе на минуту такую возможность), не требуется же подчинение этой сделки российскому праву или ее согласование с российским административным органом? Если автомобиль был вывезен из России, он утратил связь с российскими законами, и переход титула на него уже не может быть ими ограничен. Можно возразить, что владение «Жигулями» представляет собой опасность в первую очередь для их владельца, а не для России как страны, где они были произведены. Изменим пример: допустим, речь идет о приобретенном в России оружии, например о боевом самолете. Если Россия как продавец пожелает ограничить возможности собственника по отчуждению этого товара, то ей придется либо предусмотреть это в договоре о продаже данного самолета, либо обратиться к инструментарию международного права — двусторонним и многосторонним договорам между государствами, к актам Совета Безопасности ООН. Внутренним законодательством России ограничить передачу такого самолета потенциальному врагу возможным не представляется.

И хотя выпущенные в бездокументарной форме акции — не автомобиль и не самолет, «привязать» их к России и тем самым распространить на них действие российских законов (например, вследствие нахождения регистратора эмитента в России) все равно вряд ли получится, так как сделки в отношении «контроля» за российскими компаниями очень редко связаны с переходом права собственности на акции непосредственно российского эмитента: как правило, продаются акции иностранной компании, которая в свою очередь владеет акциями компании российской, причем зачастую не напрямую, а через целую цепочку иностранных посредников[10]. Тем не менее Закон № 57-ФЗ такие «косвенные» сделки также велит согласовывать с Правительственной комиссией.

Очевидно, что авторы Закона № 57-ФЗ скорее всего рассчитывали на то, что его нормы будут квалифицированы в качестве сверхимперативных норм российского права, каковые нормы обязательны для применения и в том случае, когда та или иная сделка подчинена иностранному материальному праву. В качестве примера, помимо уже рассмотренного выше дела Верховного Суда

[10] См., например: *Федоринова Ю.* Как устроен «Базэл» // Ведомости. 2008. 22 окт.

Швейцарии об отмене арбитражного решения по спору об акциях «Мегафона», можно привести дело *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, в котором поводом для отмены арбитражного решения послужило то, что арбитры такие нормы антимонопольного права Евросоюза не учли[11].

Однако расчет этот вряд ли оправдан. И нормы законодательства о госслужбе, и нормы антимонопольного законодательства, которые суды сочли обязательными для применения в указанных выше примерах — это нормы права административного, которое по своей природе ближе к публичному, а не к частному праву. Их особая значимость, обуславливающая необходимость их учета даже в случае, когда сделка подчинена иностранному материальному праву, основана на том, что они направлены на защиту интересов неопределенно широких групп населения, которые государство обязано защищать от коррупции, от монопольно высоких цен и т.п. Такого рода социальная направленность нормы права рассматривается в доктрине коллизионного права как одно из основных условий для отнесения соответствующей нормы к категории сверхимперативных и оправданности ее экстерриториального применения[12]. Хотя сверхимперативные нормы могут иметь и исключительно политическую направленность, т.е. являться выражением внешней политики издавшего их государства, в отношении таких норм существует наименьшая вероятность принятия их во внимание или применения за рубежом ввиду того, что иностранные суды или арбитражи склонны принимать во внимание лишь те интересы, которые признаются в соответствующих странах или международным сообществом в целом. Однако Закон № 57-ФЗ едва ли можно рассматривать в интересующем нас контексте как имеющий социальную направленность, так как он в соответствующей части регулирует только продажу акций одним частным лицом другому частному лицу применительно к определенной в нем категории предприятий и не касается защиты интересов неопределенно широких групп населении. Кроме того, не может сделка между несколькими частными лицами угрожать «обороне страны и безопасности государства», но при этом сразу лишиться всех таких «опасных» свойств в силу лишь наличия одобрения Правительственной комиссии. Опасная и незаконная сделка не может стать безопасной и законной лишь в силу административного одобрения.

В российском праве сверхимперативным нормам частного права посвящена ст. 1192 ГК, первый пункт которой как раз и предусматривает, что такие нормы российского права должны применяться независимо от того материально-

[11] См. комментарий к этому делу на русском языке: *Зыков Р.О.* Order public нормы антимонопольного права Европейского Союза как основание для отмены арбитражного решения // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 1. С. 77.

[12] См., например: *Eek H.* Peremptory Norms and Private International Law. P. 58.

го права, которому в соответствии с коллизионными привязками МЧП подчинена сделка. Вообще в российском гражданском праве немного сверхимперативных норм[13], и нет сомнения в том, что Закон № 57-ФЗ мыслился законодателем как одна из них. Вопрос только в том, насколько такой законодательный подход эффективен, особенно в свете того, что с учетом регулируемых Законом № 57-ФЗ отношений полная реализация заложенных в нем целей возможна лишь в результате применения его положений иностранными государственными или арбитражными судами. При этом в связи с тем, что «косвенные» сделки между иностранными компаниями едва ли будут подчинены российскому праву, положения Закона № 57-ФЗ будут рассматриваться иностранными судами и арбитражами в качестве сверхимперативных норм третьей страны. В отношении же готовности иностранных судов и арбитражей применять рассматриваемый российский закон в таком качестве к сделкам, имеющим лишь косвенное отношение к России, возникают большие сомнения. Такие сомнения обусловлены не только тем, что ни одна из известных авторам сверхимперативных норм частного права (кроме этого Закона) не рассчитана на применение к «косвенным» сделкам[14], но также и тем, что сам институт применения сверхимперативных норм третьей страны встретил весьма сдержанное отношение национальных судов практически всех стран, законодательство которых предусматривает такую возможность. Кроме того, как уже отмечалось, для того чтобы закон мог претендовать на применение за рубежом в качестве сверхимперативной нормы, требуется и выражение этим законом законодательной политики, находящей понимание и поддержку в правовой системе соответствующей страны. Отмеченные условия возможного применения Закона № 57-ФЗ в качестве сверхимперативной нормы третьей страны заслуживают того, чтобы остановиться на их рассмотрении немного подробнее.

Подход к проблеме применения сверхимперативных норм третьих государств законодателей стран Запада наиболее четко отражен в ст. 7(1) Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, которая гласит:

«При применении права какой-либо страны согласно правилам, установленным в Конвенции, также могут быть применены императивные нормы права другой страны, имеющего тесную связь с отношением, если и поскольку согласно праву этой страны такие нормы должны применяться независимо от того,

---

[13] В качестве примера таких норм можно привести нормы о письменной форме сделки, о недопустимости заключения сделок с целью, противной основам правопорядка и нравственности. О сверхимперативных нормах российского гражданского законодательства см. подробнее: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. С. 351 (автор комментария – А.Н.Жильцов).

[14] См. подробнее о сверхимперативных нормах: *Жильцов А.Н.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. №2. С. 40.

какое право применимо к договору. При решении вопроса о применении этих императивных норм, следует принимать во внимание их характер и назначение, а также последствия их применения или неприменения»[15].

В соответствии с процитированным положением Римской конвенции, явившимся прообразом аналогичных предписаний национального законодательства целого ряда стран[16], для того чтобы норма иностранного права, не являющегося в конкретном случае ни *lex fori*, ни *lex causae*, могла быть применена или принята во внимание, необходимо выполнение следующих условий: соответствующая норма в стране происхождения должна рассматриваться в качестве сверхимперативной, необходимо наличие тесной связи ситуации с правовой системой, в состав которой входит сверхимперативная норма, а также требуется, чтобы это было оправданно с точки зрения как характера и целей нормы, так и последствий ее применения или неприменения. Прежде всего следует обратить внимание на то, что в соответствии с Римской конвенцией допускалось применение или принятие во внимание сверхимперативной нормы практически любой третьей страны, в то время как Регламент ЕС от 17 июня 2008 г. № 593/2008 (Рим I)[17], который вступит в силу 17 декабря 2009 г., значительно ограничил круг норм, которые могут рассматриваться в качестве сверхимперативных норм третьей страны: в соответствии с п. 3 ст. 9 Регламента в таком качестве могут быть применены лишь сверхимперативные нормы страны, где обязательство должно быть или было исполнено. Поскольку исполнение обязательств из косвенных сделок, совершаемых между иностранными компаниями, едва ли будет иметь место на территории России, применение положений Закона № 57-ФЗ в качестве сверхимперативной нормы третьей страны в контексте предписаний п. 3 ст. 9 Регламента ЕС практически исключено. Впрочем, и в соответствии с п. 1 ст. 7 Римской конвенции 1980 г. требование о наличии тесной связи отношения с правовой системой, сверхимперативная норма которой претендует на применение, по отношению к «косвенным» сделкам едва ли будет расценено как удовлетворенное.

Помимо критерия наличия тесной связи между отношением и соответствующей правовой системой важным условием применения сверхимперативной нормы третьей страны в соответствии как с Римской конвенцией, так и Регламентом «Рим I» является выражение императивной нормой особо значимой це-

[15] O.J.Eur.Comm., No L 266/1 (1980).

[16] См, например, п. 2 ст. 5 Закона о международном частном праве Республики Азербайджан 2000 г., п. 2 ст. 1100 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 1091 ГК Казахстана, ст. 3079 ГК Квебека, п. 2 ст. 1174 ГК Киргизии, п. 2 ст. 1192 ГК России, ст. 1165 ГК Узбекистана, п. 2 ст. 14 Закона о международном частном праве Украины 2005 г.

[17] O.J.Eur.Comm., No L 177/6 (2008).

ли, подлежащей оценке судом. Именно особая законодательная политика, выражаемая нормой права, в сочетании с наличием тесной связи ситуации с соответствующей правовой системой является основанием для отхода от общего коллизионного принципа, согласно которому обязательственное отношение регулируется правом, избранным сторонами договора либо установленным вследствие коллизионной отсылки. Как отмечается в одном из авторитетнейших трудов по коллизионному праву, «законы, применяемые независимо от воли сторон [overriding statutes], представляют собой исключение из общего правила, в соответствии с которым законы применяются в том случае, если они являются частью применимого [к сделке] права. Одной из основных причин применения такого законодательства вопреки избранному сторонами праву является то, что в противном случае цель законодательства, направленная на регулирование определенных договорных отношений, может оказаться недостигнутой, если стороны могут свободно подчинить свой договор какому-либо иностранному праву»[18].

В отношении критерия цели иностранной сверхимперативной нормы в литературе отмечалось, что некоторые нормы могут иметь чрезмерную сферу применения, выражая стремление соответствующего государства распространить действие своего законодательства на отношения, имеющие лишь отдаленную связь с этим государством. При этом такие нормы, как правило, имеют сугубо политические или экономические цели, не находящие поддержки международного сообщества[19]. По мнению большинства комментаторов, такие иностранные сверхимперативные нормы, которые Оле Ландо образно назвал «нескромными статутами», не должны применяться судами и международными арбитрами[20]. При этом известны случаи, когда такие нормы являлись причиной

[18] *Dicey, Morris and Collins*. The Conflict of Laws. 14th ed. P. 25.

[19] На Чрезвычайной Сессии Гаагской Конференции по международному частному праву, посвященной разработке Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., при обсуждении проекта статьи, схожей со ст. 7(1) Римской конвенции и впоследствии отклоненной незначительным большинством голосов, многие делегаты подчеркивали необходимость различать «хорошие» и «плохие» императивные нормы (последние выражают политические интересы соответствующего государства или противоречат законодательству страны суда) и настаивали на предоставлении судам свободы при определении применимости таких норм (см.: Proceedings of the Extraordinary Session of the Hague Conference on private international law concerning the Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods, 14–30 October 1985. The Hague, 1987. P. 491, 495).

[20] См.: *Lando O.* The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // 189 Rec. des Cours. 1984. P. 404–405; *Idem*. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations // C.M.L.R. Vol. 24. 1987. P. 210; *Diamond A.L.* Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations // 199 Rec.des Cours 1986-IV. P. 298. Как отмечал П. Майер, в соответствии с Римской конвенцией (ст. 7(1)) судья имеет полную свободу отказаться применять иностранную сверхимперативную норму, если он посчитает, что сфера ее применения чрезмерна» (см.: *Mayer P.* Mandatory rules of law in international arbitration // Arbitration International. Vol. 2. 1986. No 4. P. 289; *Idem*. L'Interference des Lois de Police // L'Arbitrage Commercial International. L' apport de la jurisprudence arbitrale. Seminaire des 7 et 8 avril 1986. ICC Publishing, 1986. P. 54).

принятия государствами, интересы которых оказались ущемлены, ответных блокирующих мер[21]. В качестве прецедента, в котором суд отказался применить иностранную сверхимперативную норму в связи с ее чрезмерной сферой действия, можно сослаться на Решение Окружного суда Гааги по делу *Compagnie Europeenne des Petroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.*[22] В этом деле голландский суд отказался применить экспортное эмбарго США от 22 июня 1982 г. к договору на поставку газового оборудования в СССР, заключенному между французской и голландской компаниями и подчиненному голландскому праву, несмотря на ссылки последней на применимость эмбарго к договору ввиду того, что 100 процентов ее уставного капитала принадлежат американской материнской компании. Суд посчитал, что экспортное эмбарго США не подлежало применению к такому договору ни с точки зрения международного публичного права, ни в силу международного частного права Голландии, требующего наличия тесной связи между договором и иностранным государством, императивная норма которого претендует на применение.

Наконец, применительно к критерию оправданности цели иностранной сверхимперативной нормы следует учитывать, что анализ существа законодательной политики, выраженной сверхимперативной нормой, будет осуществляться судом как с точки зрения допустимости преследуемых нормой целей в правовой системе страны суда[23], так и в плоскости наличия признания соответствующих интересов международным сообществом. Наиболее емко стоящая перед судом задача в свете рассматриваемого критерия была сформулирована М. Блессингом, который отмечал, что при решении вопроса о применимости сверхимперативной нормы третьей страны суду следует анализировать, в частности, финансовые и социально экономические цели, на достижение которых направлена норма, что предполагает определение характера ценностей, защита которых обеспечивается нормой, с точки зрения их общепризнанности. При этом в соответствии со сложившейся международной и арбитражной практи-

[21] В качестве такого примера может рассматриваться Регламент ЕС от 22 ноября 1996 г. № 2271/96, OJ 1996, L 309/1, принятый в ответ на чрезмерную экстерриториальную сферу действия законодательства США о санкциях в отношении Ливии, Ирана и Кубы (Public Law. P. 104–172; 50 U.S.C. P. 1701; I.L.M. Vol. 35. 1996. P. 1273).

[22] District Court (Rechtbank), Den Haag 17 September 1982, Rechtspraak van de Week/Kort Geding 1982. No. 167. P. 347. English translation by Haight, G.W., in I.L.M., Vol. XXII, 1983, p. 66.

[23] Прямое указание на необходимость анализа выражаемых сверхимперативной нормой интересов в контексте основополагающих принципов *lex fori* содержится в ст. 19 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве (см.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2001). В этой связи также представляет интерес высказывание Ф. Вишера, который отмечал, что «содействие в реализации интересов иностранных государств должно быть ограничено лишь теми случаями, когда налицо очевидное совпадение интересов страны суда и соответствующего иностранного государства» (см.: *Vischer F.* General Course on Private International Law // 232 Rec. des Cours. 1992-I. P. 175).

кой императивные нормы, имеющие своей целью лишь обеспечение финансовых, фискальных и политических интересов государства, как правило, не соответствуют критерию оправданности их применения[24].

Произведенный анализ критериев определения применимости сверхимперативных норм третьих стран позволяет сделать вывод о том, что Закон № 57-ФЗ едва ли может претендовать на применение или принятие во внимание его положений иностранными судами и международными арбитражами в этом качестве. Маловероятно, что косвенные сделки, совершаемые иностранными компаниями за рубежом, будут признаны иностранными судами как удовлетворяющие требованию о наличии тесной связи правоотношения с правовой системой России. Притом что авторам неизвестны аналогичные нормативные акты за рубежом, представляется сомнительным, что законодательная политика, которую выражает Закон № 57-ФЗ, будет признана иностранными судами как соответствующая требованию общепризнанности ценностей, обеспечиваемых иностранной сверхимперативной нормой или будет допустима с точки зрения *lex fori*. Иными словами, решение законодателя обеспечить максимальную реализацию заложенных в Закон № 57-ФЗ целей, включая распространение действия его положений и на косвенные сделки, совершаемые за рубежом, посредством наделения его положений сверхимперативным характером, едва ли сможет достичь ожидаемого результата.

Кроме того, существует вероятность того, что западные суды и арбитры вообще не будут готовы рассматривать Закон № 57-ФЗ в качестве сверхимперативной нормы, регулирующей сделки в отношении иностранных акций, совершаемые между иностранными компаниями, лишь косвенно связанными с Россией. Дело в том, что косвенный контроль — это атрибут права административного, и хотя мы легко найдем в западноевропейском и американском праве требования о предварительном согласовании с антимонопольными органами сделок по приобретению акций крупных местных компаний, нам неизвестно ни одного случая, когда такие требования о согласовании распространялись бы на зарубежные сделки между иностранными компаниями, в результате которых устанавливается косвенный контроль за компанией-эмитентом. И вообще, на Западе акции, как правило, приобретают не для установления контроля за эмитентом, а для того, чтобы потом продать на бирже и зафиксировать прибыль в размере курсовой разницы. При этом нет нужды в косвенном владении, наоборот, чем меньше посредников между инвестором и титулом, тем легче будет зафиксировать прибыль от продажи акций. В повседневном управлении западными публичными компаниями львиная доля их акционеров даже не пытается участвовать.

[24] См.: *Blessing M.* Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts // Swiss Commercial Law Series. Vol. 9. Basel, 1999. P. 64–65.

В России же, где на биржах обращаются акции лишь нескольких десятков компаний, акции покупают, как правило, для установления контроля за финансовыми потоками компаний. В таких условиях контроль за обычной хозяйственной деятельностью эмитента – это именно то, к чему инвестор стремится в первую очередь. Так что озабоченность российского законодателя вполне можно понять: сугубо иностранные компании, скрытые за цепочкой учрежденных в оффшорах посредников, командуют крупными отечественными заводами, от которых зависят целые города. Однако складывается такое впечатление, что авторы Закона № 57-ФЗ сами не были уверены в том, что его нормы будут применяться в отношении сделок, совершаемых за рубежом и имеющих к России лишь косвенное отношение. Следы таких сомнений прослеживаются в конструкции санкций, предусмотренных этим Законом.

Сделка ничтожна или ...

Прежде всего придется процитировать первые три части ст. 15 Закона № 57-ФЗ:

«1. Сделки, указанные в статье 7 настоящего Федерального закона и совершенные с нарушением требований настоящего Федерального закона, ничтожны.

2. Суд применяет последствия недействительности ничтожной сделки в соответствии с гражданским законодательством. В случае, если сделка, в результате совершения которой установлен контроль иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение, совершена без учета требований настоящего Федерального закона и к указанной сделке невозможно применить последствия недействительности ничтожной сделки, а также в случае, если иностранный инвестор в установленный срок не представил в уполномоченный орган ходатайство о согласовании установления контроля в соответствии с частью 5 статьи 7 настоящего Федерального закона, суд по иску уполномоченного органа принимает решение о лишении иностранного инвестора или группы лиц права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение. В случае лишения иностранного инвестора или группы лиц в судебном порядке права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, принадлежащие иностранному инвестору или группе лиц голоса не учитываются при определении кворума общего собрания акционеров (участников) такого хозяйственного общества и подсчете голосов на общем собрании акционеров (участников) такого хозяйственного общества.

3. Решения общего собрания акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, и иных органов управления такого хозяйственного общества и сделки, совершенные таким хозяйственным обществом, после установления иностранным инвестором или группой лиц в нарушение требований настоящего Федерального закона контроля над таким хозяйственным обществом могут быть признаны в судебном порядке недействительными по иску уполномоченного органа».

На первый взгляд, ничего особенного Закон № 57-ФЗ не предусматривает, так как содержит норму о том, что суд применяет последствия недействительности ничтожной сделки в соответствии с гражданским законодательством. По всей видимости, речь должна идти о двусторонней реституции в рамках п. 2 ст. 167 ГК, так как односторонняя реституция или обращение в доход государства в рамках ст. 169 ГК вряд ли подходят к ситуации, когда законность или незаконность сделки зависят не от ее содержания или мотива, а единственно от усмотрения третьего лица — Правительственной комиссии. По крайней мере в рамках осторожного подхода к толкованию ст. 169 ГК, принятого Пленумом ВАС РФ, это невозможно[25]. Но общие конструкции ГК о последствиях недействительности ничтожных сделок в виде двусторонней реституции вряд ли будут работать в специфическом контексте Закона № 57-ФЗ.

Прежде всего ч. 2 ст. 15 Закона № 57-ФЗ содержит ссылку именно на российское гражданское законодательство. При этом Закон № 57-ФЗ не требует, чтобы все согласуемые в соответствии с ним сделки были бы подчинены лишь российскому материальному праву. Если сделка будет подчинена иностранному праву и суд или арбитраж применит норму Закона № 57-ФЗ в качестве сверхимперативной, все равно вряд ли это повлечет за собой применение норм российского ГК о ничтожных сделках, последствия нарушения такой сделкой обязательного для соблюдения иностранного закона (т.е. Закона № 57-ФЗ) все равно должны будут устанавливаться в соответствии с правом, которому сделка по воле сторон будет подчинена, и скорее всего это будет не российское право.

Далее, если дело будет рассматривать иностранный суд (по месту нахождения ответчика) или арбитраж (на основании арбитражной оговорки), то вряд ли в этот орган поступит иск о применении последствий недействительности ничтожной сделки по российскому праву. Скорее всего поступит иск о возмещении ущерба

[25] «...Для применения статьи 169 ГК РФ необходимо установить, что цель сделки, права и обязанности, которые стороны стремились установить при ее совершении, либо желаемое изменение или прекращение существующих прав и обязанностей (статья 153 Кодекса) заведомо противоречили основам правопорядка и нравственности. При этом цель сделки может быть признана заведомо противной основам правопорядка и нравственности только в том случае, если в ходе судебного разбирательства будет установлено наличие умысла на это хотя бы у одной из сторон» (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. № 22).

(если переданные акции не были оплачены или продавец каким-либо образом ввел покупателя в заблуждение) или об исполнении обязательства передать акции или деньги. Кстати, Закон этого не запрещает. По всей видимости, его авторы полагали, что, рассматривая такой иск, иностранный суд или арбитраж будет поставлен перед дилеммой: либо применить норму Закона № 57-ФЗ в качестве сверхимперативной и ограничиться реституцией по российскому праву (что вряд ли будет возможно в этой ситуации исходя из нашего предположения о том, что договорным статутом сделки будет не российский закон), либо рассмотреть исковое заявление по существу и попытаться связать воедино Закон № 57-ФЗ и заявленные истцом средства правовой защиты. Но по описанным выше причинам вряд ли зарубежные суды или арбитражи вообще будут применять этот Закон.

Конечно, на это можно возразить, что дело о недействительности сделок, не получивших предварительного согласования Правительственной комиссии, может быть рассмотрено и российским судом. Увы, это лишь теоретическая возможность. Вряд ли иностранный инвестор заключит сделку без закрепления в ней юрисдикции иностранного арбитража или иностранного суда, по крайней мере за всю нашу практику нам таких сделок видеть не доводилось. В этом нет никакого особого недоверия к российской судебной системе: любую серьезную инвестицию иностранный инвестор всегда стремится вывести из-под юрисдикции национального правосудия государства, которое может иметь особый интерес во вмешательстве в его деятельность. Тут инвесторы не доверяют никаким судам по месту осуществления инвестиции и полагаются только на заведомо нейтральные арбитражи или суды.

Кроме того, российские суды при рассмотрении исков руководствуются национальным законодательством о подсудности. Закон № 57-ФЗ закрепляет подсудность дел об обжаловании отказа Правительственной комиссии в согласовании сделок (ч. 7 ст. 11) (отметим в скобках, что было бы неплохо предусмотреть в Законе № 57-ФЗ перечень оснований для отказа в согласовании сделок, без которого непонятно, каким образом суд сможет рассматривать жалобу), но не закрепляет в компетенции российских судов дел о применении последствий недействительности ничтожных сделок в отношении договоров, которые были заключены без предварительного согласования с Правительственной комиссией. И это неудивительно, так как в отсутствие в России постоянного места осуществления деятельности ответчика и в отсутствие договорной подсудности, закрепляющей компетенцию российского суда, иск вообще не подлежит рассмотрению в российском суде. Поэтому до сих пор российские государственные арбитражные суды делали все возможное, чтобы не дать себя втянуть в рассмотрение споров, лишь косвенно связанных с Россией[26], хотя в ряде случаев, когда

[26] См.: *Плешанова О.* Правила игры // Коммерсант. 2008. 16 окт. № 188(4005).

в качестве истца фигурировал российский государственный орган или известная олигархическая группа, российские суды были готовы рассматривать иски, формально никак к их компетенции не относящиеся.

Наконец, даже если бы российский суд нашел основание для рассмотрения дела и вынес решение о реституции, вряд ли бы оно было признано и приведено в исполнение за рубежом, где собственно и реализуются сделки о купле-продаже российских активов. У России очень мало договоров о правовой помощи со странами, которые используются в качестве инвестиционных «гаваней», предусматривающих взаимное признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений, а рассчитывать на признание и приведение в исполнение российских судебных актов в странах, где это возможно без соответствующего международного договора в силу принципа международной вежливости, нам едва ли приходится.

По всей видимости, все эти соображения принимались во внимание авторами Закона № 57-ФЗ, раз они сразу за нормой о ничтожности сделок, не прошедших предварительное согласование, сразу поместили следующую норму: «В случае, если сделка, в результате совершения которой установлен контроль иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение, совершена без учета требований настоящего Федерального закона и к указанной сделке невозможно применить последствия недействительности ничтожной сделки... суд по иску уполномоченного органа принимает решение о лишении иностранного инвестора или группы лиц права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение». Получается так: если лишить титула иностранного инвестора не удалось, давайте хотя бы ограничим его права.

Правда, тут следует задать вопрос о том, является ли норма о «лишении голоса» альтернативой или лишь дополнением к норме о ничтожности сделки. Ответа на этот вопрос мы дать не можем: ни этот Закон, ни другие нормы российского права для ответа на него не подходят, лишь здравый смысл подсказывает, что если сделка ничтожна как противоречащая закону, то последствия, предусмотренные п. 2 ст. 167 ГК, никак не могут оставаться без внимания только потому, что соответствующее решение суда не может быть исполнено. Если сделка купли-продажи ничтожна, то купленный товар (акции) покупателю не принадлежит, и это касается не только права голоса на общем собрании, но и любых прав, связанных с такими акциями, причем для лишения покупателя таких прав никакие дополнительные иски со стороны правительственного учреждения не требуются.

Более того, сама санкция в виде «лишения голоса», применяемая, как подразумевается ч. 2 ст. 15 Закона № 57-ФЗ, российским судом, представляет собой

недостаточно проработанный правовой механизм. Прежде всего отметим, что такой санкции российское корпоративное право не содержит: оно, напротив, карает проведение общих собраний, на которых не учитываются голоса акционеров, которые хотят голосовать. Наверное, тот факт, что «лишение голоса» не нашло своего отражения в Гражданском кодексе и в корпоративном законодательстве, следует рассматривать в качестве коллизии Закона № 57-ФЗ с ГК, которая должна разрешаться в пользу норм ГК о том, что участники хозяйственного общества вправе участвовать в управлении его делами (п. 1 ст. 67), по той причине, что нормы ГК обладают высшей силой в регулировании гражданских отношений по сравнению с нормами других законов (п. 2 ст. 3 ГК).

С другой стороны, если рассматривать Закон № 57-ФЗ как акт, регулирующий отношения административные, то норма п. 2 ст. 3 ГК в этом случае применяться не должна, и ч. 2 ст. 15 Закона № 57-ФЗ будет иметь преимущество перед нормой п. 1 ст. 67 ГК как специальная норма перед общей.

Далее, так как речь идет о правах иностранных инвесторов, вряд ли эти права (включающие в себя право голоса), защищенные многочисленными соглашениями о защите и поощрении капиталовложений, могут считаться законно «урезанными» в силу принятия Закона № 57-ФЗ, ведь дело не только в том, что внутренний закон не может противоречить международным обязательствам России, но и в том, что его ч. 6 ст. 2 сама исключает отношения, урегулированные соглашениями[27] о защите и поощрении капиталовложений, из сферы его применения. Если бы это было не так, то иск, подаваемый в соответствии с ч. 2 ст. 15 Закона № 57-ФЗ «уполномоченным органом», т.е. Федеральной антимонопольной службой, возможно, следовало бы квалифицировать в качестве неправомерных действий государства, за которые России пришлось бы нести перед иностранным инвестором ответственность. Но здесь можно сформулировать немало вопросов, которые пока не имеют ответа и без ответа на которые говорить о неправомерных действиях государства преждевременно. Во-первых, можно ли считать инвестицию, осуществленную вопреки требованию Закона № 57-ФЗ без согласия Правительственной комиссии, законной и, как следствие, подпадающей под защиту того или иного международного договора о защите капиталовложений? Во-вторых, можно ли считать капиталовложением в России покупку акций компании, которая в свою очередь владеет российскими акциями (именно так чаще всего переходит контроль над российскими компаниями)? Различные договоры по-разному относятся к такого рода «косвенным» инвестициям.

---

[27] Закон № 57-ФЗ указывает, что речь идет о «ратифицированных» соглашениях – тут, наверное, содержится косвенная ссылка на Договор к Энергетической Хартии, который так и не ратифицирован Россией, но уже стал основанием для подачи в международный арбитраж иска против нее.

Впрочем, если инвестор не может опереться на защиту того или иного соглашения о защите и поощрении капиталовложений, то приведенные выше соображения о коллизии Закона № 57-ФЗ с международными договорами России ему не помогут.

Однако даже если обращение в суд за «лишением права голоса» и не нарушит международные обязательства России и не будет считаться *a priori* противоречащим п. 1 ст. 67 ГК, все равно при его рассмотрении будет немало сложностей. Первая сложность – формально-логическая, ведь лишая иностранного инвестора права голоса, российский суд должен будет исходить из того, что инвестор является законным владельцем акций, в то время как ч. 1 ст. 15 Закона № 57-ФЗ прямо указывает, что сделки, совершенные в нарушение этого Закона, ничтожны. Получается, что суд (и ФАС) должны будут «закрыть глаза» на нормы п. 1 ст. 166 ГК о ничтожности не соответствующих закону сделок независимо от их признания таковыми судом. Как раз иск о «лишении голоса» и будет означать косвенное подтверждение законности владения инвестором соответствующими акциями.

Вторая сложность состоит в том, что механизмы «лишения права голоса» и оспаривания решений общих собраний и сделок *по иску* ФАС никак не укладываются в систему исков, которая сформировалась в рамках российского корпоративного законодательства. О «лишении голоса» уже говорилось выше. Механизм оспаривания (признания недействительными) по иску ФАС решений общих собраний и сделок, совершенных вопреки установленным этим Законом ограничениям (ч. 3 ст. 15), также не находит своего логичного подтверждения в действующем законодательстве о хозяйственных обществах. Решение общего собрания – не сделка[28], и корпоративное законодательство допускает его оспаривание только акционером или участником общества и только в течение трех месяцев с момента, когда акционер узнал или должен был узнать о соответствующем решении (п. 7 ст. 49 Закона «Об акционерных обществах»)[29], или в течение двух месяцев, когда о таком решении должен был узнать участник ООО (п. 1 ст. 43 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»). К ФАС эти нормы неприменимы. Что же касается одобренных органами управления хозяйственных обществ сделок, в утверждении которых иностранный инвестор пользовался своим правом голоса, то такие сделки согласно нормам действующего российского корпоративного законодательства могут оспариваться не как ничтожные, а лишь как оспоримые и могут оспариваться лишь самими хозяйст-

[28] По крайней мере так считает большинство специалистов в сфере российского корпоративного права, и мы с такой точкой зрения согласны.

[29] До вступления 21 октября 2009 г. в силу Федерального закона от 19 июня 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» такой срок составлял шесть месяцев.

венными обществами или их акционерами (участниками), но никак не ФАС. По крайней мере п. 2 ст. 166 ГК предусматривает, что «требование о признании оспоримой сделки недействительной может быть предъявлено лицами, указанными в настоящем Кодексе», а ГК права оспаривать соответствующие сделки хозяйственных обществ в рамках действия Закона № 57-ФЗ ФАС не предоставил.

Сам подход Закона № 57-ФЗ представляется непродуманным: ведь ни собственно собрание, ни одобренная им сделка закону сами по себе не противоречат, если в собрании принимал участие иностранный инвестор, который на этот момент еще не был лишен права голоса решением суда, поэтому нет оснований считать их недействительными. Если же собрание состоялось после вынесения судом вступившего в законную силу решения о лишении иностранного инвестора права голоса и несмотря на это иностранный инвестор в собрании участвовал и голосовал, то одобренная с помощью его голосов сделка может рассматриваться как ничтожная. Но зачем тогда специально предоставлять ФАС право на предъявление иска о ее оспаривании, ведь согласно п. 2 ст. 166 соответствующий иск может быть предъявлен любым заинтересованным лицом?

И наконец, Закон № 57-ФЗ никак не объясняет, в какой суд следует обращаться ФАС при оспаривании сделок. С момента вступления 21 октября 2009 г. в силу Федерального закона от 19 июня 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» иски акционеров (участников) компаний об оспаривании сделок должны рассматриваться только в государственном арбитражном суде по месту нахождения самой компании, однако ФАС таким акционером (участником) не является и непосредственно на него новеллы, внесенные Законом № 205-ФЗ в части подсудности дел об оспаривании сделок, не распространяются, хотя скорее всего суды по месту нахождения компаний, чьи акции были куплены иностранным инвестором, будут готовы их рассматривать.

De lege ferenda

Получается, что нормы Закона № 57-ФЗ скорее всего заранее обречены на то, что останутся без применения иностранными судами и арбитражами (так как российский закон не может ограничивать сделки между иностранными частными лицами, имеющие к России лишь косвенное отношение), и будут применяться лишь российскими судами, которые при этом закроют глаза на многочисленные коллизии между этим Законом и нормами российского законодательства о недействительности сделок, нормами корпоративного законодательства и процессуального законодательства...

Такой результат неслучаен. Во-первых, незачем было российскому законодателю пытаться распространять нормы своего права на иностранных лиц и сдел-

ки между ними, поэтому вряд ли положения Закона № 57-ФЗ будут расценены иностранными судами и арбитражами в качестве сверхимперативных. Во-вторых, возврат к административному согласованию[30] частноправовых сделок, которое может быть дано или в котором может быть отказано по усмотрению Правительственной комиссии, никак не способствует привлечению в Россию иностранных инвесторов, причем в сферу реального сектора экономики, а не спекулятивных биржевых инвестиций. Закон нуждается в серьезной переработке.

Разумеется, мы никак не отрицаем необходимость контроля со стороны государства за инвестициями, которые имеют прямое отношение к безопасности и стабильности России. Прежде всего речь идет об оборонных предприятиях, производящих товары, изъятые из оборота или ограниченно оборотоспособные. Но в принятии этого Закона не было бы никакой необходимости, если бы Правительство следовало логике ГК и оставило бы эти предприятия в форме унитарных или казенных предприятий. Когда же они были превращены в акционерные общества, сама корпоративная сущность которых направлена на быстрое привлечение сторонних инвестиций, между необходимостью государственного контроля и потребностью в привлечении инвестиций возникло внутреннее противоречие, которое нельзя решить усилиями одной лишь Правительственной комиссии.

В своем нынешнем виде Закон № 57-ФЗ не столько защищает российскую экономику от происков врагов, сколько бьет по интересам российских компаний, закладывающих свои акции в обеспечение привлеченных на Западе кредитов. В рамках этого Закона кредиторы не могут ни свободно стать собственниками заложенных акций, ни продать их, что в итоге снижает кредитоспособность российских компаний, не имеющих никакого отношения к безопасности страны[31]. Кроме того, неудачные формулировки Закона № 57-ФЗ уже породили основания для расширительного толкования его норм, причем Правительственной комиссии пришлось поручать руководству ФАС функции по его толкованию и даже видоизменению[32]. В сложившихся в мировой экономике условиях России не выжить за новым «железным занавесом» — именно эта мысль, сформулированная в цитате, которой открывается настоящая статья, должна быть положена в основу переработки Закона № 57-ФЗ.

---

[30] Такой механизм существовал в рамках основательно забытого Постановления Совета Министров СССР от 13 января 1987 г. № 49 .

[31] О залоге акций российских компаний, торгующих продуктами питания, см.: *Бусько К.* X5 побилась об заклад // Коммерсант. 2008. 10 окт. № 184(4001).

[32] ФАС: банки могут продавать активы иностранцам без одобрения Правительства // www.gazeta.ru/news/lenta/2008/10/10/n_1281262.shtml.

На многочисленные вопросы о взаимодействии норм Закона № 57-ФЗ с другими нормами российского права, поставленные выше, и на момент завершения этой статьи ответов нет, хотя с момента его вступления в силу прошло полтора года. Просто все споры иностранных инвесторов с Правительственной комиссией не выходят за рамки кабинетов высоких должностных лиц, к чему, наверное, и стремились авторы Закона. Поэтому отсутствует и судебная практика. Единственным же судебным делом, в котором фигурирует Закон № 57-ФЗ, пока стал иск иностранного инвестора ТГК-4 о недействительности сделанной им оферты о выкупе акций миноритариев ТГК-4, причем никто не скрывает, что этот «инвестор» на самом деле принадлежит российскому гражданину Михаилу Прохорову. Причем еще до завершения судебных баталий высокопоставленный представитель Правительства заявил, что ссылки иностранного инвестора на Закон № 57-ФЗ не должны избавлять его от исполнения принятых им на себя коммерческих обязательств[33]. Действительно, этот Закон принимался с совсем другими целями.

[33] Сечин против Прохорова // Московский комсомолец, 2009. 2 июля.

ББК 67.93
М43

Авторы:

Н.Р. Баратянц (§ 7 гл. V); М.П. Бардина (§ 9 гл. III); М.М. Богуславский (гл. I, § 1--4, 6, 7 гл. III, § 4 гл. IV, § 2--6 гл. V, § 5 гл. VII, § 3 гл. IX, § 3 гл. X, гл. XI); Г.В. Вельяминов (§ 1 гл. V); А.С. Довгерт (§ 8 гл. III); И.С. Зыкин (§ 10 гл. III, § 2, 3 гл. VIII); А.Л. Маковский (§ 5 гл. III); А.И. Минаков (п. 4 § 4 гл. II, § 2 гл. IX); А.А. Рубанов (§ 3 гл. IV); О.Н. Садиков (§ 1--2 гл. IV, § 1 гл. X); М.Х. Бабаев (§ 2 гл. X); Л.А. Афанасьева (§ 4 гл. VIII); О.В. Воробьева (§ 1, 3 гл. VII); Е.В. Кабатова (§ 2, 6 гл. VII, § 1 гл. VIII); А.А. Маковская (§ 2 гл. VI); А.Г. Светланов (§ 1 гл. IX); П.А. Харитонов (§ 1 гл. VI); Н.А. Шебанова (§ 3 гл. VI, § 4 гл. VII)

Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор М.М. БОГУСЛАВСКИЙ

Рецензенты:
доктор юридических наук, профессор И.И. ЛУКАШУК,
кандидат юридических наук, доцент Н.П. СЕМЕНОВ

Редактор издательства Н.К. ВОЕВОДЕНКО

Международное частное право: современные проблемы. — М.: ТЕИС, 1994. — 507 с.

В работе дается анализ основных проблем современного международного частного права: анализируется предмет и природа международного частного права, место в правовой системе, отграничение от смежных областей регулирования. Показано влияние научно-технического прогресса на расширение сферы действия международного частного права. Исследуются тенденции развития правовых норм в этой области, сближения правовых норм, проблемы кодификации норм международного частного права.

В книге рассмотрено влияние интеграционных процессов на развитие международного частного права, обсуждается вопрос о формировании и кодификации норм МЧП и их применении, проанализирована роль сравнительного правоведения в этой области.

Для специалистов в области международного права и международных отношений.

ББК 67. 93

ISBN 5-7218-008-9

© Коллектив авторов, 1993
© Российская академия наук, 1993
© Изд-во «Наука»
© Издательское товарищество «ТЕИС», 1994
© IPG «LAW»

на территории другой стороны «судами, компетентными в соответствии со статьей 24 настоящей Конвенции». Договаривающиеся стороны признают также решения, касающиеся признания отцовства, установления опеки, попечительства и усыновления,а равно их отмены, вынесенные компетентными учреждениями СССР, и соответствующие решения, вынесенные в порядке добровольной юрисдикции итальянскими судами.

В ст. 24 Конвенции устанавливаются подробные правила о компетенции судов. Для определения того, суд какой страны будет считаться компетентным, установлены следующие критерии:

а) постоянное местожительство или место пребывания ответчика;

б) местонахождение предприятия (филиала);

в) место исполнения договора;

г) место причинения ущерба (по деликтным обязательствам).

д) постоянное местожительство или местопребывание истца по делу о взыскании алиментов (п. 1 ст. 24).

Однако в п. 2 ст. 24 и этих правил сделаны два существенных изъятия. Приведем этот пункт полностью:

«2. Однако в изъятие из положений пункта 1:

а) по делам, касающимся вещных прав на недвижимое имущество, считается исключительно компетентным суд Договаривающейся Стороны, на чьей территории находится это имущество; в) по делам, касающимся личного статуса лица, считается исключительно компетентным суд Договаривающейся Стороны, гражданином которой на день предъявления иска являлось это лицо».

Приведенное правило свидетельствует о влиянии итальянской доктрины и итальянского законодательства. Известно, что значение принципа гражданства в этой стране трудно переоценить.

В заключение следует отметить, что по мере развития глубоких процессов перестройки, происходящих в нашем обществе, расширения и углубления разнообразных отношений с гражданами других стран территориальное начало, еще господствующее в нашем законодательстве и договорной практике, будет смягчаться путем сочетания этого начала с принципом гражданства. Тенденция развития нашей международной договорно-правовой практики говорит в пользу такого вывода.

7. Проблемы экстратерриториального действия правовых норм и международное частное право

1. Применение национальной нормы права за пределами территории соответствующего государства называется экстратерриториальным.

В широком смысле МЧП вообще имеет экстратерриториальную направленность, ибо здесь основной вопрос — применение иностранного права на территории другой правовой системы. Однако действие

иностранной нормы не прямое, а опосредованное соответствующей коллизионной привязкой национального закона.

Рассматриваемая нами проблема экстратерриториального применения национального права появилась сравнительно недавно, всего несколько десятилетий назад.

Огромное, постоянно увеличивающееся число международных споров начиная с 1645 г., вызванных попытками государства придать экстратерриториальный характер своему «экономическому» законодательству (прежде всего законодательству о компаниях, о конкуренции, экспортному, налоговому и другому торговому), не является случайностью.

Причин, породивших явление экстратерриториальности, достаточно много. Однако западные юристы едины в том, что это результат интенсивного развития и неуклонного роста объема международной торговли, а также того важного значения, какое она приобрела с середины XX в. в международных отношениях. Как следствие этого — желание каждого государства всеми имеющимися в его распоряжении способами (в первую очередь законодательными) воздействовать на поведение своих граждан и юридических лиц и по возможности контролировать их деятельность в международном обороте[1]. Экстратерриториальное применение права — это своего рода средство навязывания, утверждения национальной экономической политики соответствующего государства на мировом рынке с целью получения определенных выгод и преимуществ. В целом такая тенденция отражает меняющийся характер участия государства в области регулирования международной торговли.

Понятно, что вмешательство государства в хозяйственную сферу может принимать любые формы, в том числе принятия разнообразного торгового и налогового законодательства. Специфика же участия, о котором идет здесь речь, заключается в том, что вмешательство государства уже не ограничивается определением экономической политики на макроуровне, а стало распространяться и на более низкий уровень и может выражаться, например, в том, что частным лицам и гражданам в обязательном порядке предписывается включать те или иные условия в контракты, которые они заключают с иностранными партнерами.

Особенно сложная, но вместе с тем наглядная картина возникает в связи с предпринимаемыми усилиями государств осуществлять контроль за внешнеэкономической деятельностью ТНК. Несомненно, что применение национального регулирования к таким образованиям, имеющим, как правило, филиалы и отделения за рубежом, чревато возникновением конфликтной ситуации, обусловленной тем, что нормы данного регулирующего государства вступают в противоречие с правилами государства, на территории которого дочернее предприятие или филиал ведут коммерческую деятельность. Именно подобные случаи и обусловили появление «блокирующего», или «защитного», законодательства, цель которого — противостоять неприемлемому экстратерриториальному применению иностранного права[1].

1 *Rosenthal D., Knighton W.* National laws and international commerce: The problem of extraterritoriality. L., 1982; *Lange D., Born G.* The extraterritorial application of national laws. P., 1987.

В настоящее время самой сильной «экстратерриториальностью» отличаются нормы законов США. Эта линия проводится в США наиболее претенциозно и последовательно. По мнению большинства западных юристов, все более усиливающие свои позиции в мировой торговле европейские сообщества также потенциально обладают очень широкими экстратерриториальными полномочиями. Вызывает беспокойство законодательство некоторых других стран, например законодательство ФРГ о конкуренции, которое целиком строится на применении доктрины «эффекта», являющейся теоретической основой экстратерриториального действия права. Эту доктрину признает и применяет в своем законодательстве также Австралия, несмотря на имеющийся у нее «блокирующий закон». Можно привести много других примеров, и число их постоянно растет.

Следует признать, что правомерность экстратерриториального применения национального права во многих случаях уже не подвергается сомнению. Его правомерность оспаривается лишь в случаях попыток экстратерриториального применения внутреннего права, когда такое применение противоречит публичному порядку, национальному праву, безопасности, короче говоря, интересам страны, в которой предпринимается соответствующая попытка.

Из принципа суверенного равенства государств следует, что государства не должны осуществлять свой суверенитет в пределах территории других государств. Поэтому, без сомнения, любая попытка государства распространить влияние своих внутренних законов на деятельность, осуществляемую в пределах действия иностранной правовой системы, является потенциальным источником как правового, так и политического конфликта.

Именно такая ситуация возникла в связи с известными попытками США придать экстратерриториальный характер «санкциям», введенным против СССР в начале 80-х годов. Она подверглась резкому осуждению со стороны международного сообщества ближайших союзников

1 См.: *Смирнов П.С.* Некоторые вопросы экстерриториального применения национального права в практике буржуазных стран // Проблемы современного международного частного права. М., 1988. С. 239—254; *Богуславский М.М., Лялюкова Л.А., Светланов А.Г.* Экспортное законодательство США и международное частное право // Сов. государство и право. 1983. № 3.

США, которые расценили положение экспортного законодательства США, санкционирующего экстратерриториальное осуществление полномочий, т.е. выход за пределы национальной юрисдикции США, как серьезное нарушение основополагающих норм международного публичного и международного частного права[1]. Страны — члены ЕЭС приняли конкретные меры противодействия.

2. Этот случай в мировой торговой практике вывел проблему экстратерриториальности на совершенно иной, качественно новый теоретический уровень. Она стала предметом широких серьезных дискуссий и исследований, ей посвящены многочисленные статьи юристов, занимающихся вопросами международного публичного и частного права. Тем самым она стимулировала поиск решения основной проблемы, которую создает экстратерриториальность — конфликт юрисдикций и правовых норм двух и более государств. В связи с этим особое значение приобрела такая правовая категория, как юрисдикция.

Составляя один из аспектов суверенитета, юрисдикция включает право осуществлять законодательство на национальной территории[2]. Концепция юрисдикции имеет двоякий смысл: один в международном публичном праве и другой — в МЧП. В международном публичном праве это правомочие государства предписывать правила поведения определенным субъектам права, а также обеспечивать их исполнение с помощью принудительной силы. Юрисдикция в МЧП сформирована таким образом, чтобы определить, компетентны ли и в какой степени национальные суды рассматривать дела с иностранным элементом. Такая юрисдикция подразумевает право доступа иностранцев в суды, право предъявления ими иска и то, что суды обладают юрисдикцией в отношении фактов, которые имели место за рубежом[3].

Каждое государство самостоятельно решает вопросы, касающиеся юрисдикции, однако эта проблема может быть и предметом международных соглашений.

В международном праве общее признание получили лишь два принципа определения юрисдикции: территориальный и национальности.

Территориальный принцип предполагает право государства предписывать нормы поведения лицам, находящимся на территории этого государства, и в отношении действий, совершенных в пределах этого государства. Возражения и споры возникают только в случае, если данное действие частично происходило за рубежом или же если определенное поведение имело последствия где-нибудь за пределами первого государства. Несомненно, что юрисдикция в отношении такого рода

1 См. ноту протеста стран — членов ЕЭС (август 1982 г.), адресованную государственному департаменту США: Intern. Leg. Materials. 1982. Vol. 21, № 4. P. 891.

2 *Rosenthal D., Knighton W.* Op. cit. P. 10. См. также: Vicher R. The US jurisdictional concepts viewed from abroad // Wirtschaft und Recht. 1983. Jg. 35, H. 2/3. S. 93—113.

3 *Slot P., Grabandt T.* Extraterritoriality and jurisdiction // Common Market Law Rev. 1987. P. 545—565.

поведения содержит в себе определенные элементы экстратерриториальности.

В соответствии с принципом национальности действие законодательства одной страны распространяется на граждан и юридических лиц этой страны, находящихся за границей. Наиболее спорные проблемы при применении этого принципа в силу недостаточной разработанности в доктрине возникают в отношении компаний и их филиалов.

«Применение национального законодательства к своим гражданам и юридическим лицам за границей, — отмечают голландские юристы Ж.Слот и Т.Грабандт, — является формой экстратерриториальности»[1].

Считается, что с учетом основной императивной нормы о недопустимости актов принудительного характера на территории другого государства без его согласия международное право разрешает государству заявлять о юрисдикции в отношении своих граждан и юридических лиц без каких-либо территориальных ограничений. Традиционно страны «общего» права воздерживались от заявлений юрисдикции согласно данному критерию, отдавая при этом предпочтение территориальному принципу. Однако практика последних лет свидетельствует об обратном. Такая тенденция неудивительна, если принять во внимание, что Верховный суд США по одному из дел постановил: «Предписывая нормы поведения для американских граждан и юридических лиц, конгресс вправе допускать расширение сферы действия своих законов за пределами территориальных границ Соединенных Штатов Америки».

В последние годы в международной практике получила распространение упомянутая выше доктрина «эффекта». Впервые она была сформулирована в США судьей А.Хардом. В решении по делу «Alcoa» он заявил: «Согласно установившейся норме права, любое государство может привлечь к ответственности лиц, не состоящих в его гражданстве, за поведение за пределами государства, если оно имеет последствия в пределах этого государства и другое государство признает эту ответственность». В последующей практике американские суды подтвердили эту доктрину.

Суть доктрины «эффекта» как принципа американского права в следующем: она допускает издание правовых норм, непосредственно адресованных субъектам иностранного права в иностранных государствах, разрешает судам налагать на них ответственность за действия, которые законны и ненаказуемы по праву этих государств, если эти действия вызвали преднамеренные вредные результаты (последствия) в США, а также дает право судам США преследовать этих лиц как за неправомерное поведение в прошлом, так и за будущее несоблюдение американских правовых предписаний, не считаясь с правовыми нормами и государственной политикой данных иностранных государств[2].

1 Ibid. P. 550.

2 Extraterritorial application of laws and responses thereto. L., 1984.

Несмотря на то, что эта доктрина всегда была объектом острой критики со стороны многих стран, и прежде всего западноевропейских, в последние годы она приобрела уже немало последователей, в том числе и в странах ЕЭС. Актом своеобразного признания этой доктрины Европейским судом справедливости называют решение по делу Beguelin Import Co v. G.L. Import Export (1971), где эта доктрина была применена. В ряде дел Европейский суд избегал непосредственных ссылок на эту теорию, хотя и устанавливал свою юрисдикцию в отношении иностранных компаний, осуществляющих свою деятельность через филиалы, находящиеся на территории стран — членов ЕЭС.

Из содержания доктрины видно, что осуществление юрисдикции на ее основе предполагает экстратерриториальный эффект. Собственно, она и была сконструирована так, чтобы обосновать расширение юрисдикции США и правомерность экстратерриториального применения американского права.

Неизбежным следствием действия экстратерриториальной нормы является конфликт юрисдикций. В американском судопроизводстве для его разрешения был предложен метод балансирования интересов, разработка которого была продиктована стремлением погасить возмущение западных союзников по поводу широкой практики США экстратерриториально применять внутреннее торговое законодательство. Согласно этому методу, уменьшение конфликтов и различных препятствий в международной торговле может быть достигнуто, если суды будут готовы к сопоставлению («взвешиванию») американских интересов с интересами иностранных государств, о которых идет речь в споре. Однако, как верно отмечалось в советской литературе, столь своеобразный и весьма далекий от права метод характеризуется неопределенностью, открывающей простор судебному усмотрению[1].

Представляется, что вышеприведенный анализ состояния международно-правовых норм, регулирующих вопросы юрисдикции, свидетельствует о слабости и фактической неспособности международного права сформулировать какие-либо правила осуществления экстратерриториальной юрисдикции.

Бесспорным и не вызывающим никаких сомнений основанием для осуществления юрисдикции за пределами государственных границ остается право, применимое согласно национальным коллизионным нормам.

Рассмотренное же нами распространение иностранного законодательства на действия своих граждан и предприятий за рубежом не имеет предпосылкой коллизионный вопрос в том смысле, как он ставится в МЧП, ибо здесь нет выбора между своим и местным законом.

1 См.: *Лукашук И.И.* Международная вежливость и экстратерриториальное действие законов // Идеи мира и сотрудничества в современном международном праве. Киев, 1990. С. 193.

В МЧП речь идет о коллизиях законов. С точки зрения классической доктрины они невозможны в области публичного права, так как «государственный суверенитет препятствует вторжению иностранного закона»[1]. Здесь речь скорее идет об определении сферы действия территориального закона, а не о проблеме коллизии законов. Однако в этом и состоит вся сложность и парадоксальность рассматриваемой проблемы, поскольку в современный период под действием ряда факторов, в том числе повышения роли государства и расширения сферы применения законов прямого регулирования, утверждение об экстратерриториальном действии норм публичного права устаревает[2].

Не случайно наибольшей экстратерриториальностью обладают правовые нормы, регулирующие отношения, возникающие в процессе экономической деятельности, т.е. нормы торгового, хозяйственного, корпоративного права, экспортно-импортные, антитрестовские правила и т.д., образующие часть публичного права всякого государства. Эти нормы все более активно вторгаются в сферу международной жизни. Это объективная реальность, не считаться с которой по меньшей мере недальновидно.

3. Выше уже указывалось, что идея экстратерриториального применения национального права наиболее законченное оформление получила в законодательстве США, в частности в законах США об экспортном контроле. В период после второй мировой войны, когда США по ряду объективных причин заняли доминирующее положение в мировой торговле, американские судьи сформулировали широкую теорию экстратерриториального действия права, главная цель которой заключалась в распространении американского влияния на коммерческую деятельность вне территориальных пределов США.

Для обоснования экстратерриториального применения экспортного контроля ссылаются на национальность экспортера и происхождение экспортируемых товаров и технологии. Эта теория «string of nationality» (условие национальности) отражена в Законе США 1985/89 о регулировании экспорта. С этой же целью министерство торговли США разработало ряд правил «о молчаливом согласии», а на деле скорее о подчинении иностранных экспортеров и импортеров юрисдикции США. Кроме того, правительство США доказывает, что использование иностранной фирмой товара, ранее экспортировавшегося лицом, подлежащим юрисдикции США, является частью так называемой продолжающейся экспортной сделки, continuing export transaction, которая уже навсегда подчиняется юрисдикции США.

По мнению западных юристов, ни одна из перечисленных американских теорий не получила широкого применения в междуна-

1 *Исаак М.* Международное частное право. М., 1989. С. 77.
2 См.: Там же.

родном праве в качестве правомерного основания для осуществления экстратерриториальной юрисдикции в отношении иностранных компаний и американских товаров[1].

Бесспорно, в соответствии с правом США министерство торговли обладает такими широкими полномочиями, как, например, право вводить правила экспортного контроля за пределами США и принуждать к их исполнению. Министерство, если сочтет нужным, может полностью отказать частному лицу в экспортных привилегиях, а в качестве условия их предоставления обязать это лицо соблюдать ограничения, касающиеся определения направления экспорта и реэкспорта. Недозволенный экспорт (в смысле его географии), осуществленный даже иностранными субъектами права, наказывается как нарушение права США. Впервые в 1970 г. министерство торговли США издало правила, запрещающие ряду стран реэкспорт «любых товаров США, изготовленных за рубежом с использованием технологии США», если экспорт технических данных и товаров требует получения индивидуальной лицензии.

Сам по себе Закон США о регулировании экспорта не содержит непосредственного права контроля за реэкспортом и другой передачей товаров за пределами США, за исключением общего правомочия в отношении лиц, товаров, технологии, «подлежащей юрисдикции США». Глава 5(а) (1) Закона дает право президенту «запрещать или сокращать экспорт любых товаров и технологии, подлежащих юрисдикции США или экспортируемых любым лицом, подлежащим юрисдикции США» в целях национальной безопасности. Согласно гл. 6(а) (1), президент США может запрещать или сокращать экспорт любых товаров, технологии или другой информации, подлежащих юрисдикции США или экспортируемых любым лицом, подлежащим юрисдикции США, в той степени, в какой это необходимо для дальнейшего продвижения целей внешней политики США.

Ключевая фраза «подлежит юрисдикции США» никак в законе не определена. Остановимся на этом подробнее. Обращаясь к законодательной истории США, заметим, что впервые попытка раскрыть эту фразу была предпринята в правилах, изданных в 1942 г. министерством финансов США. В них в круг лиц, подпадающих под юрисдикцию США, включалось любое предпринимательское образование независимо от его местонахождения, принадлежащее гражданам США, американским резидентам (временным или постоянным) либо корпорациям США или ими контролируемое. Однако министерство финансов США не сформулировало четкого критерия того, что такое американское владение или контроль.

Все дальнейшее развитие законодательства показывает, что понятие «лицо, подлежащее юрисдикции США» не оставалось неизменным. Однако беспрецедентного объема оно достигло в Правилах экспортного контроля (ПЭК) 1982 г. в связи с запретами экспорта в США. Здесь эта категория лиц определялась как: 1) любое лицо, которое является гражданином или постоянным жителем США, независимо от его местонахождения; 2) любое лицо, фактически находящееся в США; 3) любая корпорация, учрежденная по законам США или любого штата, территории, владения или округа США; 4) любое товарищество, ассоциация, корпорация или другая организация — независимо от того, где она учреждена или ведет предпринимательскую деятельность, — которая принадлежит лицам, указанным выше, или контролируется ими.

Комментируя это решение, французский юрист Б.Оди заявил: «...тот факт, что данная норма направлена на регулирование отношений как на территории США, так и вне ее, дает право говорить, что она имеет прямое экстратерриториальное действие. В частности, касающийся субъектов регулирования принцип экстратерриториальности выразился в том, что американские «меры по ограничениям» в нарушение общепризнанных в доктрине МЧП принципов определения национальности юридических лиц были распространены как на дочерние предприятия и филиалы американских фирм в других странах, так и на находящиеся в США дочерние предприятия и филиалы фирм других стран[1].

В обоснование опять же был приведен принцип национальности. Примечательно, что проект Свода законов США о праве международных отношений предусматривает «право США на юрисдикцию применять свои законы к корпорациям, которые созданы по законам иностранного государства, но находятся во владении граждан и юридических лиц США и контролируются ими, если это совершается с целью, отвечающей национальным интересам США, выполнение которых не может быть обеспечено без применения закона, о котором идет речь» (§ 418/2). § 4 этого же Свода смягчает данную норму утверждением о том, что «США могут не требовать поведения, которое запрещено, или запрещать поведение, которое предписывается государством, где корпорация учреждена или занимается предпринимательской деятельностью».

В практике международной торговли широко признаны лишь два критерия определения национальности юридического лица, что было подтверждено Международным судом ООН в 1970 г. в решении по делу компании «Барселона», а также в законодательстве многих стран. Это критерий регистрации устава, т.е. на основании традиционного правила стран «общего права», определяющего национальность по принципу инкорпорации, и критерий «оседлости», т.е. местонахождения административного центра юридического лица, принятый в большинстве стран континентальной Европы.

1 *Griffin J., Calabrese M.* Coping with extraterritoriality disputes // J. World Trade. 1988. № 2. P. 6.

1 *Audit B.* Extra-territorialité et commerce international: L'affaire du gazoduc sibérien // Rev. comp. droit intern. privé. 1983. Vol. 72, № 3. P. 417.

Исходя из каждого из этих принципов, западноевропейские фирмы, на которые были распространены ПЭК 1982 г., «инкорпорированы» и имеют «оседлость» в том или ином европейском государстве, а следовательно, подпадают под его территориальную юрисдикцию.

Остановимся подробнее на правилах, определяющих правовой режим американского имущества, подлежащего реэкспорту из стран первоначального назначения в третьи страны[1]. Эти положения в соответствии с гл. 6 Закона о регулировании экспорта и издаваемыми на его основе Правилами об экспортном контроле основываются на том, что товары и технические данные американского происхождения при экспорте и реэкспорте в третьи страны продолжают оставаться под юрисдикцией США даже в тех случаях, когда иностранные юридические лица или иные предприятия, в собственности которых оказались американские товары и технические данные, не принадлежат гражданам и предприятиям Соединенных Штатов и не контролируются ими.

Таким путем правительство США санкционирует применение контроля не только в отношении экспорта с собственной территории, но и в отношении реэкспорта с территории других суверенных государств.

Суть этого регулирования состоит в том, что реэкспорт американских товаров и технических данных в третьи страны не допускается без разрешения министерства торговли США. Предусматривается, в частности, что, если иностранный импортер вне территории США реэкспортирует товары американского происхождения без разрешения указанного министерства, то он нарушает право США. Аналогично, если он поставляет товары неправомочным потребителям даже в пределах своей страны или осуществляет неразрешенный экспорт товаров, изготовленных в его стране с использованием американских товаров, то он также нарушает право США. Это справедливо, даже если указанная сделка полностью соответствует законам и политике страны импортера.

Однако общепризнано, что государство может распространять свое регулирование только на вещи, находящиеся на его территории, и не обладает никакими правомочиями осуществлять регулирование в отношении вещей, находящихся вне его территории.

Примечательно, что в 1979 г., когда перед конгрессом встал вопрос об обновлении экспортного законодательства, сенат рассматривал поправку, которая запрещала бы контроль в отношении неамериканского экспорта, осуществляемого иностранными филиалами компаний США. В докладе сената указывалось на дипломатические коллизии, вызванные претензиями США на юрисдикцию в отношении иностранных филиалов, однако Сенат отверг эту поправку. Более того, он оставил без изменения круг лиц, «подлежащих юрисдикции США». Так, конгресс подтвердил свое намерение установить юрисдикцию в отношении

1 *Fazzone P.* Business effects of the extraterritorial reach of US export control laws // N.Y. Univ. J. Intern. Law and Polit. 1983. Vol. 13, № 3. P. 558.

филиалов американских компаний, расположенных в иностранных государствах. Однако обращает на себя внимание то, что, как следует из доклада палаты представителей, право контролировать филиалы лишь дополняет право, предусмотренное в Законе о регулировании экспорта в отношении контроля за экспортом американских товаров и технологии независимо от того, осуществляется ли он с территории США или других стран. Очевидно, это свидетельствует о намерении конгресса распространить экстратерриториальное применение экспортного контроля на все товары и технологию, «происходящие» из США, где бы они ни находились.

Большинство государств разделяют точку зрения о том, что в принципе возможно заявление о юрисдикции на основании теории национальности экспортера. Что же касается распространения законодательства США на иностранные компании лишь только потому, что они принадлежат гражданам США или контролируются ими, то здесь все единодушно выражают протест, заявляя, что эти компании являются субъектами не права США, а страны инкорпорации или места нахождения административного центра. Ни одно государство не поддерживает претензии США на юрисдикцию, заявленную на основании принципа «национальности» товаров.

Западные юристы отмечают, что, несмотря на отмену в 1982 г. контроля за нефтегазовым оборудованием, ПЭК остаются предсказуемыми только в отношении американских товаров и технологии, хотя в настоящее время они не содержат положений о контроле за сделками по поводу иностранных товаров на основании американской национальности экспортера. Тем не менее законодательные рамки, которые привели к ужесточению контроля в 1982 г., никем не отменены и действуют. Закон по-прежнему включает понятия «любое лицо и любые товары или технология, подлежащие юрисдикции США», и эта фраза «столь же могущественна и эффективна, как и до введения санкций 1982 г. Кроме того, изложенная правительственная концепция Закона не была ни отвергнута, ни отклонена судами США.

4. Среди приемов расширения юрисдикции США следует остановиться на получившей распространение в последние годы практике включения в лицензионные и другие договоры о поставках продукции и технологии, заключаемые между американским экспортером и иностранным импортером, оговорки. В соответствии с этой оговоркой иностранным лицензиатам (покупателям) дается право использовать американскую технологию и продукцию, произведенную на ее основе, при условии соблюдения правил экспортного регулирования США, причем как действующих, так и будущих, т.е. принимаемых после заключения контракта. По сути, включение данной оговорки — необходимое условие получения лицензии на экспорт технологии из США, хотя она и именуется «добровольным подчинением юрисдикции США».

На наш взгляд, характер оговорки свидетельствует о том, что ее непосредственная задача состоит в том, чтобы обеспечить распространение американской юрисдикции на граждан и юридические лица, которые по общим правилам не подпадают под юрисдикцию США. Однако возможно ли, чтобы наличие подобной оговорки в частноправовой, коммерческой сделке служило основанием для расширения законодательной компетенции того или иного государства?

Представляется, что нет. Соглашение, заключенное между сторонами (частными компаниями) , ни одна из которых не является субъектом международного права, а следовательно, не обладает международной правосубъектностью, не может устанавливать пределы юрисдикции государств, признанные международной практикой. Более того, бесспорно, что подобные контрактные условия никоим образом не затрагивают право государства импортера (покупателя) заявлять протест против любых нарушений его юрисдикции со стороны государства-экспортера, даже если в этих нарушениях принимали участие предприятия первого государства.

Безусловно, государство может стимулировать своих граждан и юридических лиц оговаривать в заключаемых ими контрактах вопрос о выборе права, если это поможет им лучше решить проблемы, вытекающие из договорных обязательств. Однако, если оговорка о выборе права фактически навязывает иностранным гражданам и фирмам нормы публичного права, каковыми являются правила экспортного контроля, то цель государства, поощряющего такую оговорку, не в том, чтобы способствовать решению споров между участниками договора, а в том, чтобы неправомерно распространить свою законодательную власть на субъектов иностранного права.

В этой связи в западноевропейской литературе отмечается, что если бы вопрос о правовой силе оговорок о «добровольном соблюдении» правил экспортного законодательства США возник в судебном разбирательстве, в котором на экспортные запреты ссылались бы как на средства защиты на иск, предъявленный в связи с неиспользованием договора о реэкспорте американской технологии, суд, по всей вероятности, сформулировал бы свое решение с точки зрения общепринятого принципа МЧП о недопустимости принудительного использования иностранных публичных законов на территории государства суда[1].

Так, согласно английской доктрине МЧП, «английский суд не обладает юрисдикцией приводить в исполнение претензию, независимо от того, заявлена ли она в виде иска или в виде защиты от иска, если по существу речь идет о прямом или косвенном принудительном исполнении прерогативных прав иностранного государства». Высказывается и такое соображение, что с точки зрения международного частного

1 *Lowe A.* Public international law and the conflict of laws: The European response to the United States export administration regulations // Intern. and Comp. Law Quart. 1984. Vol. 33. P. 515.

права упомянутые оговорки не могут быть приведены в исполнение иностранным судьей еще и по той причине, что они создают конфликт юрисдикций, а следовательно, и конфликт обязательств, взятых сторонами по коммерческой сделке.

Вообще, как можно говорить о «добровольности», если у иностранного контрагента практически отсутствует какая-либо альтернатива, а в случае неподчинения ему грозит отказ в получении лицензии и лишение всех условий для ведения бизнеса. В такой ситуации разумнее было бы утверждать, что в подобной сделке больше элементов принуждения, чем свободы и какого-то согласия.

Даже то, что экспортер и импортер согласились, что они не будут реэкспортировать товары в нарушение правил об экспортном контроле, не означает подчинения юрисдикции США. Соединенные Штаты могли бы иметь основания для предъявления иска сторонам и правомочия по принудительному исполнению решения, если бы товары и стороны находились на территории США или если бы США сотрудничали в этом вопросе с другими странами. Однако, учитывая известную позицию Европейских сообществ по спору газ-трубы, вряд ли можно говорить о принудительной юрисдикции США на территории других государств.

Кроме того, есть серьезные основания усомниться в праве частной стороны добровольно подчинить собственность, расположенную в другом государстве, юрисдикции США. Согласно американской судебной практике, стороны не могут отказываться от юрисдикции своим волеизъявлением, поведением или даже заявлением об отводе судей. Объясняется это тем, что юрисдикционные вопросы слишком серьезны и фундаментальны, чтобы их отдавать на усмотрение сторон.

Примечательно, что все эти доводы приводились в ноте стран — членов ЕЭС в связи с «санкциями» США 1982 г. Таким образом, иностранная фирма может подчиниться праву США лишь в силу соответствующей коллизионной нормы, содержащей понятия и категории гражданского, т.е. частного, но ни в коей мере не публичного права. Однако на практике условия о «добровольном» соблюдении экспортного законодательства США включались и в те контракты, где право, применимое к договору, было не всегда американским.

5. Рассмотренные в конце 80-х годов судебные дела (in re Datapoint International, GmbH, in re System Computers Ltd., in re Sven Olof Habans) на практике иллюстрируют юрисдикционные претензии США в отношении иностранных экспортеров и импортеров.

Так, в деле Дейтепойнт (1987 г.) министерство торговли обвинило австрийский филиал корпорации США в поставке американского компьютерного оборудования восточноевропейским странам без разрешения на осуществление реэкспорта[1]. Ответчиком по делу Systeme (1986 г.) выступала британская компания, которой предъявлялось

1 US Dep't Comm., Intern. Trade Admin., Aug. 14 1987.

обвинение в недозволенном реэкспорте американских товаров из Соединенного Королевства в «неконтролируемые направления»[1].

Обе фирмы мирно урегулировали эти вопросы с министерством торговли. «Дейтепойнт интернэшнл» согласилась уплатить штраф в размере 275 тыс. долл., а фирма «Систем кемпютерс»уплатила 600 тыс.долл. штрафа. Кроме того, этой фирме было отказано во всех экспортных привилегиях на поставку товаров, требующих индивидуального лицензирования, в течение двух лет.

По делу фирмы Хакансон (1988 г.) ответчик обвинялся в недозволенном реэкспорте американских компьютеров с территории ФРГ через Швейцарию в Советский Союз. Фирма утверждала, что она не знала о необходимости получения разрешения на реэкспорт и, кроме того, отказалась от уплаты каких-либо расходов (штрафов). Фирма полностью лишилась всех экспортных привилегий на период в 20 лет.

Наиболее заметным из этой серии дел является дело шведской фирмы «Дейтесааб» (1984 г.). Фирма, добиваясь получения американской лицензии на поставку современной радарной системы в Советский Союз, отгрузила приблизительно на 3 млн долл. США запасные части и оборудование в нарушение ограничений, содержащихся в лицензии еще до ее выдачи. Фирма не выражала никаких протестов, связанных с необоснованной юрисдикцией. Суд округа Колумбия наложил на компанию штраф в размере 3,12 млн долл., что соответствовало цене экспортированного товара. Кроме того, фирме надлежало уплатить еще и штраф в размере 2,12 млн долл. Во всех ходатайствах фирмы о предоставлении ей индивидуальных лицензий было отказано, и она была лишена всех экспортных привилегий на неопределенный срок. Эти нарушения шведской фирмы были вскрыты властями США с помощью другой шведской фирмы, которая согласилась на юрисдикцию США.

В упоминавшихся выше делах речь шла только о поведении иностранного, не американского субъекта права. В этих делах ответчиками были лица, не контролируемые гражданами США и не имеющие никакой связи с США, кроме как той, что они являлись покупателями американских товаров и технологии. В каждом деле было много аргументов против заявляемой США принудительной юрисдикции. Однако в каждом случае ответчик избегал споров о юрисдикции и предпочитал подчиниться и закончить дело, соглашаясь на все обвинения.

В связи с этим представляется необходимым рассмотреть вопрос о правомочиях иностранного государства в отношении товаров, находящихся вне его территории.

Ясно, что при таких обстоятельствах это государство лишено возможности владеть указанными товарами, однако, как уже говорилось, оно может оказать давление на стороны внешнеторговой сделки, угрожая им применением суровых административных, уголовных или гражданско-правовых санкций на нарушение экспортных запретов, наложенных данным государством, или же за ненадлежащее выполнение этими лицами своих договорных обязательств. К примеру, введенные в США ограничения от 22 июня 1982 г. прямо запрещали иностранным фирмам осуществлять торговые операции под страхом таких санкций, как внесение «ослушников» в «черный список» министерства торговли США, т.е. лишение их возможности дальнейших закупок на американском рынке (так было сделано вскоре после того, как ряд европейских фирм произвел поставки, предусмотренные контрактами с советскими внешнеторговыми организациями), наложение штрафов и даже тюремное заключение для отдельных виновников в нарушениях.

Возникает правомерный вопрос: достаточно ли наличия таких неблагоприятных факторов для освобождения должника от ответственности за непоставку товаров или просрочку в поставке?

Большинство судебных дел свидетельствует о том, что недостаточно. Однако это еще не тенденция решения сложного вопроса. Рассмотрим некоторые из таких дел.

По делу American President Lines Ltd., v. China Mut. C° 1951 г. истец, американская компания American President Lines Ltd. доставила ящики с удобрениями из Сан-Франциско в Гонконг, где товар был выгружен и помещен на хранение. Спустя несколько дней компания получила приказ министерства финансов США о запрете всем лицам, подпадающим под американскую юрисдикцию, совершения экспортных сделок с Китайской Народной Республикой. Таким образом, поставка по заключенному контракту объявлялась противозаконной по праву США. Сославшись на американское эмбарго истец отказался передать груз ответчику, представителям китайской стороны. Толкуя американские правила экспортного контроля, гонконгский суд пришел к заключению, что указанные правила не распространяются на товары, которые были разгружены в портах, за пределами США. Такое узкое толкование подкреплялось доводом о том, что «эмбарго США посягнуло на права собственника товаров». Широкое толкование, допускающее экстратерриториальное действие американского экспортного законодательства, по мнению суда, было невозможно по той причине, что оно «создало бы вторжение в суверенные права Гонконга». Согласно решению суда, «перевозка товаров за пределы юрисдикции США прекращает действие статьи контракта об освобождении должника от ответственности за неисполнение в случае «правительственного вмешательства». В итоге американская компания была привлечена к ответственности за нарушение контракта.

Однако наиболее интересно дело, рассмотренное в 1982 г. в Гааге по иску французской фирмы «Компани Европи де Петроль» к нидерландской фирме «Сенсор». Согласно контракту, заключенному в июне 1982 г., «Сенсор», контролируемая американским капиталом, обязалась пос-

1 Doc. № 82-602 DWM (US Dep't Comm., Intern. Trade Admin., May 2 1986).

тавить в октябре 1982 г. французской фирме партию оборудования, предназначенного для строительства газопровода в СССР. Ввиду мер, принятых правительством США 22 июня 1982 г., «Сенсор» известила покупателя о том, что она как филиал американской фирмы вынуждена соблюдать эмбарго США и не имеет возможности осуществить поставку вследствие указанных обстоятельств форс-мажорного порядка. Французская фирма заявила иск о принудительном исполнении взятых компанией «Сенсор» обязательств.

Суд должен был ответить на следующий вопрос : являются ли американские экспортные правила достаточной причиной для прекращения договора? Нидерландский суд действовал самым традиционным образом. Прежде всего он заявил, что фирма «Сенсор» имеет нидерландскую «национальность», создана по нидерландским законам и ее административный центр расположен в Нидерландах. Таким образом, национальность как основание для осуществления юрисдикции США судьей была отвергнута. Определяя закон, применимый к контракту, суд пришел к выводу, что договор подчиняется голландскому праву. Но на этом он не остановился, а стал выяснять, в какой степени надо учитывать американские ограничительные торговые меры, а также рассматривать их правомерность с точки зрения международного публичного права. В итоге суд заявил, что, «согласно нормам голландского международного частного права, судья может, даже если к данным правоотношениям применимо голландское право, при определенных условиях отдать приоритет императивным нормам иностранного права по отношению к национальным». Но в данном случае он счел, что «предпосылок для такого применения недостаточно». Придя к выводу, что экстратерриториальная сфера действия эмбарго США нарушает нормы международного публичного права и что материалы дела свидетельствуют об отсутствии «достаточно тесной связи между существом рассмотренного инцидента и США», которая могла бы оправдать применение американского законодательства, суд удовлетворил иск французской фирмы.

Итак, судья, подчинив договор надлежащему правопорядку, все же допускает возможность вмешательства иностранного права. Эта позиция иллюстрирует одну из последних тенденций развития МЧП в области обязательственных правоотношений.

6. Американская практика экстратерриториального применения мер экономического принуждения поставила очень важные и сложные проблемы в аспекте договорного права. Речь идет о возможности применения иностранного права, не являющегося правом договора согласно национальным коллизионным нормам, к договорным правоотношениям. Традиционно иностранные нормы принудительного характера не только не применяются, но напротив, различные государства всегда боролись против таких злоупотреблений. Современная доктрина

коллизионного права в западных странах уже допускает возможность вмешательства иностранного публичного права в частную сделку, если эта сделка имеет «тесную связь» с данным правопорядком. Кстати, по поводу американских запретов на экспорт в западноевропейской литературе отмечается, что «они независимы от права, применимого к договору, и находятся за его пределами». В связи с этим высказывается мнение, что традиционный подход, когда внешнеторговая сделка подчиняется праву, свойственному договору, должен быть заменен «более детальным судейским анализом» всех обстоятельств конкретного дела.

Справедливости ради отметим, что в последние годы напряженность и конфликты, вызванные экстратерриториальным применением экспортного законодательства США, несколько ослабли.

С целью глобального предотвращения нарушений экспортных правил США стали делать ставку на заключение правительственных соглашений в рамках КОКОМ и гармонизацию экономических законов стран — участниц этой группировки. Однако позиция США по вопросу экстратерриториальности остается прежней, она не была официально они объяснена, ни отвергнута.

Понятно, что экстратерриториальный экспортный контроль приводит к очень серьезным экономическим и политическим последствиям для государств, вводящих его.

Колоссальный ущерб, невосполнимые экономические потери он нанес бизнесу этих стран. Вот почему в последние годы широкое признание завоевала идея о необходимости проведения межгосударственных консультаций стран, которые будут затронуты попытками принудительного экстратерриториального применения национального права, с целью учета всех их интересов и выработки взаимоприемлемых договоренностей. Таким образом, решение этой сложной проблемы возможно только на основе принципов тесного сотрудничества, взаимного согласия заинтересованных государств, принципов, которые предполагают партнерство среди равных, а не юрисдикционное рабство.

ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОЕ ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНА*

В статье рассмотрена теория и практика применения дипломатического и консульского иммунитета и различия между ними. Также раскрыты особенности применения уголовно-процессуального закона Российской Федерации за ее пределами. В заключение работы указано на недостатки УПК РФ в части его действия за пределами России и обоснованы предложения по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: *дипломатический иммунитет, консульский иммунитет, действие УПК РФ в пространстве.*

The article considers theoretical and practical issues of diplomatic and consular immunity and their differences. It also deals with specific application rules of Russian criminal procedure outside Russia. In conclusion, the author of the article points out the RF Criminal Procedure Code defects as related to its operation outside the Russian Federation and proposes means of improvement of the legislation in this area.

Key words: *diplomatic immunity, consular immunity, territorial applicability of RF Criminal Procedure Code.*

Правовая система четко привязана к своему времени, к пределам, точкам и линиям в пространстве. Временные и пространственные измерения права обладают культурно-исторической конкретностью, т.е. действие норм права всегда ограничено определенной территорией и сроками. Единое правовое пространство обрамлено государственными границами (сухопутными, водными, воздушными), за которыми прекращается действие права, создаваемого государством в форме закона для своих граждан. Экстерриториальное действие правовых норм является исключением, специально оговоренным в законе. Категории неграждан, оказавшиеся в правовом пространстве государства, пользуются правами в тех случаях, когда закон приравнивает их к гражданам. Господствует принцип: «Единое государство — единая правовая система». Нормы и общепризнанные принципы международного права действуют в правовом пространстве с согласия государства, выраженного в его законе.

Территориальное действие уголовно-процессуального закона Российской Федерации имеет исключение — экстерриториальность, или внеземельность. «В ее основе лежит персональный принцип, в силу которого государство может обязать своих граждан и организации за рубежом соблюдать свои законы»[1]. Это юридическая фикция, согласно которой определенные части территории государства (здания иностранных посольств, миссий и их средства транспорта) признаются находящимися на территории того государства, чье посольство помещается в данном здании. «Какие бы то ни было посягательства на здание посольства приравниваются к посягательствам на территорию иностранного государства и рассматриваются как факт нарушения международного права»[2]. «Однако, — верно пишет И. Лукашук, — на самом деле территория дипломатического представительства отнюдь не исключается из территории страны пребывания и тем более не является частью территории представляемой страны. Ни здание представительства, ни его территория не изымаются из состава страны пребывания. Их изъятие из местной юрисдикции носит ограниченный, функциональный характер»[3]. Это исключение в юридической литературе называют дипломатическим, или правовым, иммунитетом.

Правовой институт дипломатического иммунитета, который считается смешанным, поскольку в уголовном процессе он «заимствует» недостающие нормы в международном праве[4], его природа, содержание, разграничение понятий «иммунитет» и «привилегия», классификация иммунитетов и так далее на протяжении не одного десятилетия были предметом многочисленных исследований таких авторов, как: О.В. Богданов[5], А.И. Бастрыкин[6], К. Геворгян[7], В.Г. Бляблин[8], Ю.Г. Демин[9], В.Г. Даев[10], И.И. Лукашук[11], А.П. Мовчан и Н.А. Ушаков[12], Ф.А. Агаев и В.Н. Галузо[13], А.В. Малько[14] и др. По этой причине иммунитеты дипломатических представительств и консульских учреждений будут освещены лишь в части, имеющей отношение непосредственно к уголовно-процессуальному закону.

Иммунитет распространяется на территории дипломатических представительств и консульств, а также — на основании международных договоров — на места расположения иностранных воинских соединений на территории другого государства.

В соответствии со ст. 22 и 30 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.[15], ратифицированной Президиумом Верховного Совета СССР 11 февраля 1964 г.[16], помещения, занимаемые дипломатическими представительствами, включая частную резиденцию их главы, пользуются неприкосновенностью. Власти государства пребывания не могут вступать в эти помещения иначе, как с согласия главы представительства или лица, его заменяющего. При этом под помещением представительства понимаются здания или части зданий, используемые для целей представительства, включая резиденцию главы представительства, кому бы ни принадлежало право собственности на них, включая обслуживающий данное здание или часть здания земельный участок.

Как сами помещения, предметы их обстановки и другое находящееся в них имущество, а также средства передвижения представительства не могут подвергаться обыску, выемке, реквизиции, аресту и исполнительным действиям со стороны органов государства пребывания. При этом следует отметить, что, как пишет И.И. Лукашук, «неприкосновенность транспортных средств дипломатов ни в коей мере не освобождает от обязанности соблюдать правила движения»[17]. Кроме того, независимо от фактического места нахождения неприкосновенностью пользуется официальная корреспонденция, архивы и иные документы представительства, под которой понимается вся корреспонденция, относящаяся к представительству и его функциям.

* MALAYEV S.S. EXTERRITORIAL EFFECT OF CRIMINAL PROCEDURE

Для обеспечения неприкосновенности корреспонденции дипломатических представительств ст. 27 Венской конвенции 1961 г. указывает, что все места, составляющие дипломатическую почту, должны иметь видимые внешние знаки, указывающие на их характер, и они могут содержать только дипломатические документы и предметы, предназначенные для официального пользования.

Как утверждает К.К. Сандровский, дипломатические иммунитеты предоставляются соответствующим видам официальных представительств государств «автоматически, с момента учреждения таких представительств или с момента прибытия самих дипломатических агентов, — независимо от наличия или отсутствия специальных соглашений по этому вопросу между государствами-контрагентами»[18].

Что касается консульских учреждений, то их неприкосновенность от уголовно-процессуальной юрисдикции Российской Федерации согласно ст. 31 Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 г.[19] ограничена только той частью консульских помещений, которая используется исключительно для работы консульского учреждения, включая обслуживающий данное здание или часть здания земельный участок. В этом отличие консульского иммунитета, являющегося служебным по своей природе и обусловленного выполнением строго определенных в Конвенции функций, от дипломатического иммунитета, носящего абсолютный характер. Власти государства пребывания не могут вступать в ту часть консульских помещений, которая используется исключительно для работы консульского учреждения, иначе как с согласия главы консульского учреждения, назначенного им лица или главы дипломатического представительства представляемого государства. Неприкосновенность распространяется также на всю официальную корреспонденцию, архивы и документы консульских учреждений (ст. 33, 35 Конвенции).

Названные выше конвенционные нормы были воспроизведены в Положении о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР от 23 мая 1966 г.[20], которое распространило действие иммунитета от юрисдикции государства пребывания еще и на резиденцию главы консульского представительства.

К сожалению, УПК РФ, регламентируя действие уголовно-процессуального закона в пространстве, не упоминает о наличии иммунитета дипломатических и консульских помещений от юрисдикции России, хотя ранее ст. 173 УПК РСФСР определяла, пусть в общих чертах, условия производства обыска и выемки в помещениях дипломатических представительств. Во-первых, в соответствии со ст. 173 УПК РСФСР производство названных следственных действий в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а равно в помещениях, в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, допускалось исключительно по просьбе или с согласия дипломатического представителя, испрашиваемого через Министерство иностранных дел. Во-вторых, при производстве обыска и выемки в указанных помещениях обязательным было присутствие прокурора и представителя МИД. Подобные положения содержатся в ст. 549 Модельного УПК.

Несмотря на указание в ст. 1 УПК РФ о регулировании порядка уголовного судопроизводства в Российской Федерации в том числе нормами международного права, целесообразно было бы закрепить в тексте Кодекса общее положение о неприкосновенности помещений и документов дипломатических представительств и консульских учреждений и определить порядок проведения следственных действий на территории дипломатических представительств и консульств с учетом их международного статуса, поскольку нормы соответствующих Венских конвенций такой порядок не устанавливают.

Таким образом, на территории, защищенной дипломатическим и консульским иммунитетом, действие уголовно-процессуального закона РФ довольно проблематично, если отсутствует согласие главы представительства.

Как было уже упомянуто выше, иммунитет от уголовно-процессуальной юрисдикции распространяется также на основании международных договоров на места расположения иностранных воинских соединений на территории другого государства. Он носит ограниченный, функциональный, характер[21]. В соответствии с заключенными Россией международными соглашениями с рядом бывших союзных республик таким иммунитетом от иностранной юрисдикции наделены места дислокации, т.е. территории других государств, на которых размещаются воинские формирования Российской Федерации. Так, например, согласно ст. 5 Соглашения между Российской Федерацией и Республикой Беларусь по вопросам юрисдикции и взаимной правовой помощи по делам, связанным с временным пребыванием воинских формирований Российской Федерации из состава Стратегических сил на территории Республики Беларусь, от 6 января 1995 г.[22] уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь не применяется по делам о преступлениях и иных правонарушениях, совершенных лицами, входящими в состав воинских формирований Российской Федерации, и членами их семей в местах дислокации этих формирований, за исключением случаев совершения общеуголовных преступлений против граждан Республики Беларусь, либо совершенных против Российской Федерации или лиц, входящих в состав воинских формирований Российское Федерации и членов их семей, а также по делам о воинских преступлениях. По делам о преступлениях, указанных в данной статье, применяется уголовно-процессуальный закон Российской Федерации, действуют ее компетентные органы — военные суды и органы военной прокуратуры Российской Федерации, создаваемые для обслуживания воинских формирований, а также военные коменданты гарнизонов, командиры воинских частей (как органы дознания), находящиеся на территории Республики Беларусь. Положения настоящей статьи распространяются и на преступления, совершенные в местах дислокации воинских формирований неустановленными лицами. При установлении лица, совершившего преступление, действует порядок, определенный Соглашением. Однако при обвинении группы лиц в совершении одного или нескольких преступлений, если дело в отношении хотя бы одного из обвиняемых относится к юрисдикции Республики Беларусь, дело в отношении всех обвиняемых рассматривается компетентными органами Республики Беларусь.

Дела, подпадающие под юрисдикцию Российской Федерации, рассматриваются в указанных случаях ее компетентными органами в местах дислокации воинских



формирований на территории Республики Беларусь, а также на территории России.

Процессуальные действия в местах дислокации воинских формирований по делам, подпадающим под юрисдикцию Республики Беларусь, производятся органами Российской Федерации по поручению компетентных органов Республики Беларусь, либо компетентными органами Республики Беларусь по согласованию с компетентными органами Российской Федерации, а аналогичные действия вне мест дислокации воинских формирований по делам, подпадающим под юрисдикцию Российской Федерации, производятся компетентными органами Российской Федерации по согласованию с компетентными органами Республики Беларусь, либо компетентными органами Республики Беларусь по поручениям компетентных органов Российской Федерации.

При совершении лицом, входящим в состав воинских формирований Российской Федерации, или членом его семьи преступления, подпадающего под юрисдикцию Российской Федерации, арест указанных лиц вне мест дислокации производится компетентными органами Республики Беларусь по поручению и на основании постановления компетентных органов Российской Федерации, о чем незамедлительно уведомляется компетентный орган, который вынес данное постановление.

Подобные положения с некоторыми изменениями закреплены и в Соглашении между Российской Федерацией и Республикой Армения по вопросам юрисдикции и взаимной правовой помощи по делам, связанным с нахождением российской военной базы на территории Республики Армения от 29 августа 1997 г.[23] В отличие от Соглашения с Республикой Беларусь, данное Соглашение содержит развернутое определение пункта размещения российской военной базы, под которым понимается согласованный государствами, территориально ограниченный и обозначенный земельный участок местности с расположенным на нем движимым и недвижимым имуществом, предназначенный для дислокации подразделений, частей, предприятий, учреждений и иных формирований российской военной базы на территории Республики Армения.

Еще одной отличительной особенностью от Соглашения с Республикой Беларусь является то, что при обвинении группы лиц в совершении одного или нескольких преступлений, если дело в отношении хотя бы одного из обвиняемых относится к юрисдикции Республики Армения, дело в отношении всех обвиняемых рассматривается компетентными органами Республики Армения, однако дела в отношении лиц, входящих в состав российской военной базы, и членов семей этих лиц по соглашению между компетентными органами обоих государств выделяются в отдельное производство и передаются Российской Федерации (ст. 6 Соглашения).

Данные международные соглашения довольно детально регламентируют случаи и порядок действия уголовно-процессуального закона Российской Федерации на территории иностранного государства, однако УПК РФ не содержит даже указания на такую возможность распространения уголовно-процессуальной юрисдикции РФ за ее пределами. Лишь ч. 2 ст. 12 УК РФ упоминает об уголовной ответственности военнослужащих воинских частей России, дислоцирующихся за пределами РФ, в соответствии с российским законодательством, если иное не предусмотрено международным договором. Образовавшийся пробел в уголовно-процессуальном законе РФ, представляется, необходимо устранить путем дополнения ст. 2 УПК РФ частью третьей следующего содержания: «Нормы настоящего Кодекса применяются при производстве по делам о преступлениях, совершенных на территории иностранного государства, если иное не предусмотрено международными договорами Российской Федерации».

Закрепление предложенной выше нормы в тексте УПК РФ поможет определить порядок уголовного судопроизводства по всем уголовным делам о преступлениях, совершенных за пределами Российской Федерации, т.е. на территории иностранного государства, а именно: на территории дислокации российских военных баз и территории дипломатических и консульских учреждений Российской Федерации.

Малаев Сергей Семенович,
старший преподаватель кафедры новой и новейшей отечественной истории и права факультета истории и международных отношений Брянского государственного университета им. академика И.Г. Петровского
ssmalaev@yandex.ru

1 Лукашук И.И. Уголовная юрисдикция // Государство и право. 1998. № 2. С. 112.
2 Теория государства и права : учебник для юридических вузов и факультетов / под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 311.
3 Лукашук И. Иммунитет в отношении уголовной юрисдикции // Российская юстиция. 1998. № 4. С. 23.
4 См.: Агаев Ф.А., Галузо В.Н. Иммунитеты в российском уголовном процессе. М. : ТЕИС, 1998. С. 10.
5 См.: Богданов О.В. Иммунитет сотрудников международных организаций в современном международном праве // Советское государство и право. 1956. № 4. С. 116–121.
6 См.: Бастрыкин А.И. Взаимодействие уголовно-процессуального и международного права. Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1986. С. 17.
7 См.: Геворгян К. Дипломатические привилегии и иммунитеты // Международная жизнь. 1977. № 6. С. 154–155.
8 См.: Бляблин В.Г. Некоторые вопросы толкования современной международно-правовой доктриной норм международного права, регулирующих дипломатические привилегии и иммунитеты // Советский ежегодник международного права. 1985. М. : Наука, 1986. С. 213–220.
9 См.: Демин Ю.Г. О проблеме служебного иммунитета в международном праве // Советский ежегодник международного права. 1988. М. : Наука, 1989. С. 203–215.
10 См.: Даев В.Г. Иммунитеты в уголовно-процессуальной деятельности // Правоведение. 1992. № 3. С. 48–52.
11 См.: Лукашук И. Указ. соч. С. 23–25.
12 См.: Мовчан А.П., Ушаков Н.А. Венская конвенция по вопросу о дипломатических сношениях и иммунитете // Советское государство и право. 1962. № 2. С. 114–121.
13 См.: Агаев Ф.А., Галузо В.Н. Указ. соч. С. 10.
14 См.: Малько А.В. Правовые иммунитеты // Правоведение. 2000. № 6. С. 11–22.
15 Ведомости ВС СССР. 1964. № 18. Ст. 221.
16 Ведомости ВС СССР. 1964. № 8. Ст. 97.
17 Лукашук И. Указ. соч. С. 24.
18 Сандровский К.К. Дипломатическое право : учебник для юридических институтов и факультетов. Киев : Вища школа, 1981. С. 153.
19 Сборник международных договоров СССР. М., 1991. Вып. XLV. С. 124.
20 Ведомости ВС СССР. 1966. № 22. Ст. 387.
21 См.: Блищенко И.П., Дурденевский В.Н. Дипломатическое и консульское право. М. : Изд-во Института международных отношений, 1962. С. 21.
22 СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2104.
23 СЗ РФ. 2004. № 47. Ст. 4572.