



**ПЕНЦОВ
ДМИТРИЙ АНАТОЛЬЕВИЧ**

юрист юридической фирмы
Froier Renggli (Женева),
кандидат юридических наук,
магистр права
(Женевский университет)

ПРЕИМУЩЕСТВА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ШВЕЙЦАРСКОГО ПРАВА ПРИ СОЗДАНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРНЫХ СОВМЕСТНЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ

В статье приводятся доводы в пользу использования швейцарского права в целях создания договорных совместных предприятий (нескольких самостоятельных юридических лиц, объединенных договором о совместной деятельности) в целях успешной реализации крупных международных проектов.

Ключевые слова: швейцарское право, совместная деятельность, разрешение споров

I. Введение

Договорное совместное предприятие можно определить как форму организации коллективных проектов, при которой участники объединяют свои усилия и материальные ресурсы для достижения определенной общей цели, не создавая при этом новое самостоятельное юридическое лицо (как это имеет место в корпоративных совместных предприятиях). Среди достоинств подобных предприятий, делающих их популярной формой реализации совместных коммерческих проектов, обычно называют их гибкость, простоту создания, а также отсутствие требований об обязательной государственной регистрации, позво-

ляющее сохранить конфиденциальность в отношении их деятельности. К числу достоинств договорных совместных предприятий относят также их прозрачность с налоговой точки зрения, позволяющую участникам подобных предприятий относить на себя непосредственно связанные с деятельностью предприятия убытки (если таковые будут иметь место, особенно на начальном этапе его деятельности), тем самым уменьшая свою налогооблагаемую прибыль¹.

¹ *Hewitt I. Joint Ventures: 4th ed. London, 2008. P. 59—60; Thomas K.R., Ryan C. The Law and Practice of Shareholders' Agreements: 3rd ed. London, 2009. P. 275.*

К числу недостатков договорных совместных предприятий традиционно относят неограниченную ответственность их участников по долгам предприятия. Данный недостаток, впрочем, может быть устранен путем организации договорного совместного предприятия не между его конечными участниками напрямую, а между специально созданными для этой цели промежуточными компаниями².

Более того, при осуществлении крупных строительных проектов данный «недостаток» следует рассматривать скорее в качестве достоинства договорного совместного предприятия. В подобных проектах всегда существует вероятность, что заказчик может просто не согласиться на заключение договора строительного подряда с «корпоративным» совместным предприятием, созданным, например, в форме акционерного общества, ограничивающего риск убытков его участников суммой их вклада в уставной капитал общества³.

Когда договорное совместное предприятие включает в себя участников из различных стран, в процессе его создания неизбежно возникает вопрос о выборе применимого права, которое будет регулировать деятельность такого международного предприятия, включая внутренние взаимоотношения его участников. В отличие от корпоративного совместного предприятия, в котором выбор применимого права предопределяется страной регистрации предприятия⁴, будущим участникам договорных совместных предприятий в данном вопросе могут открываться самые широкие возможности. В качестве применимого права часто выбирается швейцарское право, особенно при реализации крупных международных проектов, будь то совместное предприятие между итальянской и турецкой строительными компаниями для строительства ав-

тострады в Турции⁵, совместное предприятие между тремя французскими и одной немецкой компанией, созданное для прокладки тоннелей и сооружения всех подземных и трех надземных станций при строительстве линий метро 2 и 3 в Афинах⁶, или международный консорциум, созданный компанией из США, тремя компаниями из ФРГ и одной компанией из Канады для совместной эксплуатации концессии на поиск, разработку и добычу сырьевых месторождений, предоставленной правительством одной средневосточной страны⁷.

При столь значительном интересе к швейцарскому праву в данной области целью настоящей статьи является объяснение причин его выбора в качестве права, регулирующего деятельность международных договорных совместных предприятий. В статье также анализируются преимущества подобного выбора для регулирования деятельности таких предприятий, включая предоставляемые швейцарским правом возможности по предотвращению возникновения споров между их участниками. Анализ подобных возможностей является необходимым, поскольку каким бы правом ни регулировались отношения участников международного договорного совместного предприятия, они не гарантированы от возникновения последующих разногласий и споров в процессе его деятельности. Как показывает изучение арбитражных дел, связанных с деятельностью международных совместных предприятий, существует целый ряд проблемных областей, в которых наиболее вероятно возникновение споров между их участниками. Поэтому, чтобы исключить непроводительную потерю времени и средств и сконцентрироваться непосредственно на созидательной деятельности по реализации совместного проекта, участниками предприятия еще на этапе его создания целесообразно принять меры по предотвращению будущих споров в подобных проблемных областях или

² Hewitt I. *Op. cit.* 2008. P. 59—60; Thomas K.R., Ryan C. *Op. cit.* P. 60.

³ Stoffel W. *Le consortium et ses problèmes // Journées du droit de la construction. Fribourg, 1989. P. 34.*

⁴ Так, например, согласно подп. 1 п. 2 ст. 1202 ГК РФ внутренние отношения юридического лица, в том числе отношения юридического лица с его участниками, определяют на основе личного закона юридического лица, т.е. права страны, где учреждено данное юридическое лицо.

⁵ Решение Верховного суда Швейцарии от 28.09.2004 № 4P.146/2004 по делу A.A.S. с. B. SpA. // *ASA Bulletin*. 2006. № 2. P. 318.

⁶ Решение Верховного суда Швейцарии от 14.06.2000 № 4P.12/2000 по делу Dumez-GTM S.A. с. Campenon Bernard SGE Snc., Hochtief AG et SPIE Batignolles T.P. S.A. // *Revue suisse de droit international et européen*. 2001. Vol. 4. P. 496—502 (текст на фр. яз.: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>).

⁷ *Partial award in case No. 6286 of 28 August 1991 // Collection of ICC Arbitral Awards 1991—1995*. 1997. P. 256—276.



же, если спора избежать все-таки не удастся, — по его скорейшему разрешению.

Возможности использования швейцарского права для предотвращения возможных споров иллюстрируются на примере арбитражных споров, рассмотренных в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты⁸, возникших в связи с договорными совместными предприятиями, а также аналогичных судебных споров, рассмотренных Верховным судом Швейцарии (*Tribunal fédéral*), высшей судебной инстанцией страны⁹.

После краткого изложения фактов соответствующего дела и вынесенного по возникшему спору решения автор делает предположение о том, как можно было бы избежать данного спора или, если избежать его все-таки не удалось, обеспечить скорейшее разрешение спора путем грамотного составления документов еще на стадии создания договорного совместного предприятия. Перед тем, как переходить к непосредственному изложению причин и преимуществ выбора швейцарского права, целесообразно будет остановиться на юридической природе договорного совместного предприятия по швейцарскому праву.

II. Юридическая природа договорного совместного предприятия по швейцарскому праву

С точки зрения швейцарского права по своей юридической природе договорное совместное предприятие представляет собой простое товарищество (*société simple*)¹⁰, регламентированное разделом XXIII Кодекса обязательств Швейцарии (далее — Кодекс обяза-

тельств, Кодекс)¹¹. Кодекс обязательств определяет простое товарищество как договор, в соответствии с которым двое или более лиц соглашаются объединить свои усилия или свои ресурсы для достижения общей цели¹².

По швейцарскому праву простое товарищество не является юридическим лицом и не может ни иметь гражданские права, ни осуществлять их, а также являться истцом или ответчиком в суде, объектом преследования по делам о взыскании долга¹³ и не подлежит внесению в торговый реестр¹⁴.

В то же время в отличие от «чистых» договоров простое товарищество обладает определенной внутренней организацией, занимая тем самым промежуточное положение между договорами и теми товариществами по швейцарскому праву, которые являются юридическими лицами — такими, например, как товарищества с ограниченной ответственностью (*société à responsabilité limitée*)¹⁵. Соответственно в зависимости от степени такой внутренней организации в швейцарской правовой теории принято выделять простые товарищества преимущественно договорного характера и простые товарищества преимущественно институционального характера¹⁶.

Участниками простых товариществ преимущественно договорного типа обычно являются физические лица, не преследующие, как правило, в этих товариществах цели извлечения прибыли. Юридическое оформление организации и деятельности подобных

⁸ С текстом Регламента на русском языке можно ознакомиться по адресу: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_russian.pdf.

⁹ См.: Закон о Верховном суде от 17.06.2005, ст. 1(1) (*Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral*; текст на фр. яз.: <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/1/173.110.fr.pdf>).

¹⁰ Решение Верховного суда Швейцарии от 05.05.2006 № 4С.22/2006 по делу X. NV с. Y. (текст на фр. яз.: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>); Reymond C. *Le contrat de „Joint Venture“ // Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtsage von Walter R. Schluerp. Zürich, 1988. P. 385.*

¹¹ Федеральный закон, дополняющий швейцарский Гражданский кодекс (Книга пятая: Обязательственное право) от 30.03.1911 — *Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911* (текст на фр. яз.: <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/2/220.fr.pdf>).

¹² Кодекс обязательств. Ст. 530(1).

¹³ Решения Верховного суда Швейцарии от 04.05.1945 по делу *Baumann et consorts c. Administration fédérale des contributions*, ATF 71 I 179, JT 1945 I 606; от 16.05.1946 по делу *Rossi*, ATF 72 III 42, JT 1947 II 7; от 30.04.1952 по делу *Lempet et consorts c. Commune de Nideau et Conseil exécutif de canton de Berne*, ATF 78 I 104, JT 1953 I 77.

¹⁴ Решение Верховного суда Швейцарии от 03.03.1953 по делу *Grossi c. Consortium Diga Sambuco*, ATF 79 I 179, JT 1954 I 67.

¹⁵ Кодекс обязательств. Пазд. XXVIII.

¹⁶ *Tercier P., Favre P. Les contrats spéciaux. Genève/Zürich/Bâle, 2009. P. 1115.*

товариществ является элементарным и основывается главным образом на отсылке к соответствующим статьям раздела XXIII Кодекса обязательств, регламентирующим простые товарищества. Личные связи между участниками такого товарищества имеют преобладающее значение, в то время как отношения с третьими лицами являются редкими или недостаточно развитыми¹⁷. Такими товариществами являются, в частности, соглашение между физическими лицами о совместном приобретении, использовании и продаже автомобиля с распределением расходов пополам¹⁸, соглашение о совместном приобретении дома с целью последующего извлечения прибыли¹⁹, соглашение о приобретении обоими супругами недвижимого имущества в общую собственность²⁰, а также соглашение о совместном использовании соседями антенны, находящейся на собственности одного из них²¹.

С другой стороны, участниками простых товариществ преимущественно институционального типа обычно являются предприниматели и юридические лица, преследующие цель извлечения прибыли, часто в значительных размерах. Юридическая основа деятельности подобного товарищества, как правило, является детально разработанной — главным образом в договоре между его участниками. Несмотря на то, что простые товарищества не являются юридическими лицами, помимо договора участников такие товарищества могут иметь также самостоятельный устав.

Организация товарищества преимущественно институционального типа является сложной, предусматривая, в частности, создание самостоятельных органов управления. Хотя личные связи между участниками присутствуют, они имеют гораздо меньшее значение, чем в товариществах первого

типа. При этом основная деятельность товарищества ориентирована на третьих лиц²². Примерами подобных товариществ являются консорциум, созданный для реализации строительного проекта²³, договор акционеров²⁴, а также банковский синдикат, созданный для совместного предоставления займа²⁵. Именно к этому типу простых товариществ будут относиться международные совместные предприятия, обладающие внутренней организационной структурой, в частности — постоянно действующими органами управления.

III. Причины выбора швейцарского права при создании международных договорных совместных предприятий

1. «Нейтральность» швейцарского права

Традиционное отношение к Швейцарии как к нейтральной стране способно на подсознательном уровне облегчить участникам будущего договорного совместного предприятия из различных стран (и уж тем более из различных правовых систем) выбор ее права в качестве взаимоприемлемого варианта. Особенно это важно в случаях, когда будущие участники предприятия обладают приблизительно одинаковой силой в процессе переговоров и не желают соглашаться на выбор права страны одного из них в качестве применимого права, опасаясь, что противная сторона может получить неоправданные преимущества в процессе будущей деятельности предприятия за счет лучшего знакомства с содержанием национального права.

¹⁷ Tercier P., Favre P. Op. cit. P. 1115.

¹⁸ Решение Верховного суда Швейцарии от 02.05.1973 по делу *Vögtli c. Müller*, ATF 99 II 315, JT 1974 I 458.

¹⁹ Решение Верховного суда Швейцарии от 23.08.1984 по делу *Winiker c. Eng*, ATF 110 II 287, JT 1985 I 146.

²⁰ Решения Верховного суда Швейцарии от 02.03.1942 по делу *Dame Sigrist-Niffeler*, ATF 68 III 42, JT 1942 II 113; от 11.07.1952 по делу *Stutz c. Dame Stutz*, ATF 78 II 302, JT 1953 I 354; от 15.12.2000 по делу *A.R. c. B.R.*, ATF 127 III 46, JT 2000 II 103, SJ 2001 I 296.

²¹ Решение Верховного суда Кантона Цюрих (*Obergericht ZH*) от 11.07.1974, *Société anonyme suisse (SAS)* 47 (1975). P. 156.

²² Tercier P., Favre P. Op. cit.

²³ Решение Верховного суда Швейцарии от 02.06.1992 по делу *A. c. von B. et consorts*, ATF 118 II 313, JT 1993 I 567.

²⁴ Решение Верховного суда Швейцарии от 12.06.1962 по делу *Spinedi c. Bornand et Cavazza*, ATF 88 II 172, JT 1963 I 189; от 11.03.2003 № 4C.5/2003 по делу *A.A. c. X. SA* (текст на фр. яз.: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>). См. также: Инеджан Н., Монмолин Ж. де, Пенцов Д.А. Договоры акционеров по швейцарскому праву // Корпоративный юрист. 2007. № 10. С. 13—16 (текст на рус. яз.: <http://www.clj.ru/discussion/management/100704>).

²⁵ См., напр.: Bovet C. *La nature juridique des syndicats de prêt et les obligations des banques dirigeantes et gérantes*. Fribourg, 1991. P. 266.



Чтобы оставаться в равных условиях, будущие участники совместного предприятия могут согласиться на выбор в качестве применимого права нейтрального швейцарского права. Даже если ни один из участников не обладает достаточным знанием швейцарского права, это еще само по себе не является препятствием для такого выбора, поскольку ввиду «равноудаленности» этого права от участников все они оказываются в данном вопросе в одинаковых условиях по отношению друг к другу.

2. Надлежащая нормативная база деятельности договорных совместных предприятий

(а) Хорошо разработанное гражданское законодательство

Швейцария обладает хорошо разработанным гражданским законодательством, в частности Гражданским кодексом (*Code civil*), принятым в 1907 г.²⁶, и дополняющим его Кодексом обязательств (*Code des obligations*), принятым в 1911 г.²⁷ Почти целое столетие, истекшее с момента принятия обоих кодексов, позволило судам Швейцарии, а также международным арбитражным судам, применяющим швейцарское право, сформировать устойчивую практику, связанную с истолкованием содержания его положений и их применением. Это обстоятельство имеет особое значение в тех случаях, когда одним из участников будущего международного договорного совместного предприятия является юридическое или физическое лицо из развивающейся страны, гражданское законодательство которой недостаточно разработано, или же страны, гражданское законодательство которой находится в процессе реформирования.

(б) Законодательное закрепление принципа договорной свободы сторон

Договорная свобода сторон определяется в швейцарском гражданском праве как право лица свободно ре-

шать, желает ли данное лицо заключить договор, и если желает, то с кем и какого содержания²⁸. В качестве элементов договорной свободы обычно выделяют право заключать или не заключать договор, право выбора своего договорного партнера, право определять содержание договора, право выбора типа договора, право выбора формы договора, а также право изменять или прекращать договор²⁹. Источником договорной свободы является принцип автономии частных лиц (или автономии воли), который традиционно называется одним из оснований швейцарского правопорядка³⁰. Наличием данной свободы объясняется, в частности, существование в швейцарском гражданском праве сравнительно небольшого количества императивных норм, что предоставляет сторонам широкие возможности для самостоятельного регулирования своих договорных отношений³¹.

Принцип договорной свободы сторон прямо закреплен в Кодексе обязательств, который предусматривает, что объект договора может быть свободно определен его сторонами в границах закона³². При этом закон не препятствует договорам сторон, если только по данному вопросу не существует императивной нормы права или если отклонение от его текста будет противным морали, публичному порядку, или правам, неразрывно связанным с личностью³³.

Наличие в швейцарском гражданском праве данного принципа предоставляет участникам договорных совместных предприятий несомненные удобства, наделяя их широкими возможностями по гибкому регулированию юридической формы своих отношений для достижения желаемых экономических результатов и в то же время придавая им уверенность, что достигнутые договоренности будут обладать обязательной силой. С этой точки зрения создание международного совместного предприятия в форме простого товарищества выгодно отличается от его создания в форме акционерного общества, находящегося в более жестких рамках правового регу-

²⁸ *Commentaire romand: Code des obligations I / Ed. L. Thévenoz, F. Werro. 2003. P. 122—123.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Yung W., Eugène Huber et l'esprit du Code civil suisse // *Grandes figures et grandes œuvres juridiques, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève. 1948. № 6. P. 200.*

³² Кодекс обязательств. Ст. 19(1).

³³ Там же. Ст. 19(2).

²⁶ *Code civil Suisse du 10 décembre 1907 (текст на фр. яз.: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>).*

²⁷ *Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (текст на фр. яз.: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.pdf>).*

лирования с большим количеством императивных норм, которые не могут быть изменены соглашением сторон, облеченного, например, в форму договора акционеров³⁴.

(с) Законодательное закрепление принципа автономии воли сторон при выборе применимого права

Принцип автономии воли сторон при выборе применимого права, являющийся одним из проявлений принципа договорной свободы сторон, позволяет сторонам договора самостоятельно выбирать право, регулирующее заключаемый ими договор³⁵. Этот принцип прямо закреплен в Федеральном законе о международном частном праве, который предусматривает, что договоры регулируются правом, избранным их сторонами³⁶, с учетом действия оговорки о публичном порядке³⁷, а также императивных норм швейцарского права³⁸. В свете данного принципа, с точки зрения Федерального закона о международном частном праве выбор участниками международного договорного совместного предприятия швейцарского права в качестве применимого права будет считаться действительным³⁹.

(d) Законодательный запрет участникам договорного совместного предприятия конкурировать с этим предприятием

Устанавливаемый Кодексом обязательств прямой запрет на ведение участниками простого товарищества в своих личных интересах дел, которые могут противоречить

или нанести ущерб целям деятельности товарищества⁴⁰, традиционно рассматривается в качестве одного из преимуществ выбора швейцарского права зарубежными участниками для регулирования деятельности создаваемого ими договорного совместного предприятия. Это объясняется тем, что непосредственное включение этими участниками аналогичного положения о запрете конкуренции с совместным предприятием в заключаемый ими договор может создать для них проблемы с точки зрения возможного нарушения антимонопольного законодательства⁴¹. Вместе с тем установление данного запрета представляется особенно важным ввиду того, что участники совместного предприятия имеют доступ к его конфиденциальной информации, использование которой вопреки интересам предприятия способно причинить ему имущественный ущерб.

3. Эффективная система разрешения арбитражных споров

В начале XXI в. Швейцария по-прежнему остается одной из стран, наиболее часто используемых в качестве места международного коммерческого арбитража. Согласно статистике Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП) по числу случаев избрания в качестве места арбитража МТП в 2007 г. Швейцария занимала второе место в мире (97 случаев), уступив лишь Франции (110 случаев), в 2006 г. — второе место (95 случаев), уступив Франции (102 случая), в 2005 г. — первое место (96 случаев), а в 2004 г. — второе место (78 случаев), уступив опять-таки Франции (89 случаев)⁴².

В качестве причин выбора Швейцарии в качестве места международного арбитража обычно называются ее политическая нейтральность, хорошо развитая правовая система, удобное географическое положение, развитая инфраструктура, открытость к различным ценностям, культурам и взглядам иностранных участ-

³⁴ См. также об этом: *Société Suisse des Entrepreneurs: Contrat d'association pour entreprises de construction (Consortium). Guide. Zürich, 2007. P. 9.*

³⁵ *Dutoit B. Droit international privé suisse: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987. 2005. P. 381; Nygh P. Autonomy in International Contracts. 1999. P. 2.*

³⁶ Федеральный закон о международном частном праве (*Loi fédérale sur le droit international privé*) от 18.12.1987, RS 291; ст. 116(1) (текст на фр. яз.: http://www.admin.ch/ch/fr/rs/2/291_fr.pdf).

³⁷ В соответствии со ст. 17 Федерального закона о международном частном праве применение положений иностранного права исключается, если оно приводит к результату, несовместимому со швейцарским публичным порядком.

³⁸ В соответствии со ст. 18 Федерального закона о международном частном праве действие положений данного Закона не затрагивает тех положений швейцарского права, которые в силу их особой цели применяются независимо от права, определяемого в соответствии с законом.

³⁹ *Knoepfler F., Merkt O. Les accords de joint venture et les limites*

du droit international privé // Conflicts et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck. 1990. P. 763; Dutoit B. Op. cit. P. 532—533.

⁴⁰ Кодекс обязательств. Ст. 536.

⁴¹ *Vogt N.O., Watter R. Joint Ventures in Switzerland. 1995. P. 12.*

⁴² *Arbitrage CCI: statistiques sur dix ans // Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Vol. 19. 2008. № 1. P. 65.*



ников, проводящих арбитраж в Швейцарии, а также наличие современного законодательства в области международного арбитража (глава 12 «Международный арбитраж» Федерального закона о международном частном праве)⁴³.

Безусловно, выбор той или иной страны в качестве места арбитражного разрешения возможных споров совсем не обязательно автоматически влечет за собой выбор права этой же страны в качестве применимого права для регулирования взаимоотношений сторон и наоборот. Вместе с тем нетрудно предположить, что, выбирая Швейцарию в качестве нейтрального форума для объективного и непредвзятого арбитражного рассмотрения возможных споров, участники международных совместных предприятий предрасположены выбрать право этой страны в качестве нейтрального применимого права.

IV. Правовое регулирование имущественных отношений участников международного договорного совместного предприятия

1. Использование принципа договорной свободы

Участники международных договорных совместных предприятий по швейцарскому праву обладают значительной степенью усмотрения при регулировании своих имущественных отношений. Это связано с тем, что содержащиеся в разделе XXIII Кодекса обязательств весьма немногочисленны. Согласно Кодексу каждый из участников простого товарищества обязан произвести вклад, который может состоять в деньгах, другом имуществе или безвозмездном личном участии⁴⁴. Помимо этого, любая прибыль, которая по своей природе

относится к товариществу, подлежит распределению между участниками⁴⁵. Остальные же нормы раздела XXIII, регламентирующие имущественные отношения участников простого товарищества, по своему характеру являются диспозитивными, т.е. допускают договоренности иные, нежели общее правило, установленное в Кодексе обязательств.

Диспозитивный характер норм раздела XXIII предоставляет участникам международного договорного совместного предприятия возможность предусмотреть, например, как равные, так и различные по размеру имущественные вклады⁴⁶. Кроме того, согласно Кодексу, если участники не договорились об ином, каждый из них имеет право на равную долю прибылей и убытков, вне зависимости от характера и размера его вклада⁴⁷. Если же договор определяет только размер участия в прибылях или только размер участия в убытках, считается, что размер участия определен для обоих случаев⁴⁸. Тем самым Кодекс обязательств позволяет участникам договорного совместного предприятия по своему усмотрению установить порядок распределения прибылей и убытков, причем не обязательно в одинаковых размерах. Хотя по общему правилу так называемые львиные товарищества, предусматривающие для одного из участников только участие в прибылях, но освобождающие его от участия в убытках, запрещаются⁴⁹, тем не менее договор может предусматривать, что участник, вкладывающий в совместное предприятие свое личное участие, освобождается от участия в убытках, сохраняя при этом право на участие в прибылях⁵⁰.

Диспозитивный характер норм данного Кодекса также предоставляет участникам международных договорных совместных предприятий возможность по своему выбо-

⁴⁵ Там же. Ст. 532.

⁴⁶ Там же. Ст. 531(2).

⁴⁷ Там же. Ст. 533(1).

⁴⁸ Там же. Ст. 533(2).

⁴⁹ Там же. Ст. 533(1). По одной из версий понятие «львиное товарищество» (*société léonine*) происходит от басни Эзопа «Осел, лиса и лев», в которой лев отправляется на охоту вместе с ослом и забирает всю добычу себе. Согласно другой версии это название происходит от басни Лафонтена «Телка, коза и овца в союзе со львом».

⁵⁰ Там же. Ст. 533(3). Данная норма представляется более гибкой, чем соответствующая норма ст. 1046 ГК РФ, предусматривающая, что соглашение, полностью освобождающее кого-либо из товарищей от участия в покрытии общих расходов или убытков, ничтожно.

⁴³ *International Arbitration in Switzerland. A Handbook for Practitioners* / Ed. G. Kaufmann-Kohler, B. Stucki. 2004. P. 2; *Blesing M. Introduction to and a Commentary on Articles 176—194 of the Swiss Private International Law Statute* / Ed. S.V. Berti. 2000. P. 60; *Arbitration — Swiss and International Perspectives* // *International Arbitration in Switzerland. An Introduction to Swiss Arbitration Association: Why Arbitration in Switzerland?* (текст на англ. яз.: <http://www.arbitration-ch.org/arbitration-in-switzerland/why-arbitration-in-switzerland.pdf>).

⁴⁴ Кодекс обязательств. Ст. 531(1).

ру установить правовой статус имущества предприятия. Вещи, права требования и права на недвижимое имущество, переданные простому товариществу или приобретенные им, принадлежат совместно всем его участникам на условиях, предусмотренных договором товарищества⁵¹. При отсутствии каких-либо специальных договоренностей между участниками по данному вопросу имущество совместного предприятия по умолчанию будет находиться в их общей совместной собственности, когда права всех участников охватывают все имущество целиком, без определения долей каждого из них⁵². С другой стороны, участники договорного совместного предприятия могут предусмотреть, что имущество предприятия будет находиться в их долевой собственности⁵³.

Наконец, при отсутствии иных договоренностей с третьими лицами участники договорного совместного предприятия несут солидарную ответственность по обязательствам, которые они приняли на себя в отношении этих третьих лиц, действуя совместно или через представителя⁵⁴. Если же один из участников договорного совместного предприятия единолично уплатил общий долг третьему лицу, он может требовать с других участников предприятия в равных долях возмещения суммы, превышающей приходящуюся на него долю общего долга, если иное не предусмотрено соглашением между участниками⁵⁵.

2. Предотвращение возможных споров между участниками

(а) Споры о внесении первоначальных вкладов в имущество предприятия

Хотя необходимость четкого формулирования в договоре обязательств участников международного договорного совместного предприятия по внесению первоначальных вкладов, а также точного соблюдения требований законодательства, касающихся оформления сделок с определенными видами имущества при совершении этих вкладов, является самоочевидной,

на практике данное требование соблюдается далеко не всегда. Это создает условия для последующего возникновения имущественных споров между участниками. Особенно это касается случаев, когда участники вносят в имущество совместного предприятия недвижимое имущество или имущественные права.

Если один из участников производит в качестве своего вклада в совместное предприятие недвижимое имущество, при его внесении помимо соблюдения требований швейцарского права, регулирующего взаимоотношения участников в целом, необходимо также соблюдение требований права страны местонахождения недвижимого имущества. Это связано с тем, что по Федеральному закону о международном частном праве договоры, касающиеся недвижимого имущества, по общему правилу регулируются правом страны местонахождения недвижимого имущества⁵⁶. Хотя закон допускает в данном вопросе возможность выбора применимого права⁵⁷, форма договора в любом случае регулируется правом страны, в которой находится недвижимое имущество, если только право этой страны не допускает возможности применения другого права⁵⁸. В отношении же недвижимого имущества, находящегося в Швейцарии, форма договора всегда регулируется швейцарским правом⁵⁹.

Поскольку по швейцарскому праву внесение недвижимого имущества в простое товарищество должно совершаться в нотариальной форме⁶⁰, несоблюдение этого требования участниками договорного совместного предприятия в отношении недвижимости, находящейся в Швейцарии, приводит к тому, что это имущество оказывается не в общей собственности участников, а только в их пользовании⁶¹.

⁵¹ Кодекс обязательств. Ст. 544(1).

⁵² Гражданский кодекс. Ст. 652.

⁵³ Там же. Ст. 646.

⁵⁴ Кодекс обязательств. Ст. 544(3).

⁵⁵ См.: решение Верховного суда Швейцарии по делу *Sodim S.A. c. Bertoli* от 05.04.1977, ATF 103 II 37, JT 1978 I 61.

⁵⁶ Федеральный закон о международном частном праве. Ст. 119(1).

⁵⁷ Там же. Ст. 119(2).

⁵⁸ Там же. Ст. 119(3). Аналогичное по смыслу требование предусмотрено п. 3 ст. 1209 ГК РФ, согласно которому форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, — российскому праву.

⁵⁹ Федеральный закон о международном частном праве. Ст. 119(3).

⁶⁰ Кодекс обязательств. Ст. 216 и 531(3).

⁶¹ Решение Верховного суда Швейцарии по делу *Stäger c. Brandt* от 30.04.1979, ATF 105 II 204, JT 1978 I 61—62.



Это в свою очередь может привести к возникновению последующих споров между участниками совместного предприятия, особенно при его ликвидации и последующем распределении имущества между ними. Поскольку требование об обязательном совершении сделок с недвижимым имуществом в нотариальной форме может содержаться и в законодательстве других стран, то для того, чтобы избежать возникновения подобных споров, перед тем, как вносить вклад в виде недвижимого имущества, участникам международных договорных совместных предприятий целесообразно выяснить требования законодательства страны местонахождения недвижимости по данному вопросу и выполнить эти требования при совершении вклада.

Что же касается внесения в договорное совместное предприятие имущественных прав, швейцарское право допускает вклады в самой разнообразной форме, включая признание в качестве вклада одного лишь факта вхождения в состав участников простого товарищества и тем самым принятия на себя личной и солидарной ответственности по его долгам, а также признания в качестве вклада самого факта присутствия среди участников товарищества, облегчающего ему получение кредитов⁶². Учитывая возможные расхождения между участниками договорного совместного предприятия по вопросу оценки подобных вкладов, чтобы избежать возникновения споров, в договоре участников, целесообразно с максимально возможной точностью отразить характер производимых вкладов и их денежную оценку.

(b) Споры о дополнительных взносах в имущество договорного совместного предприятия

В процессе деятельности договорного совместного предприятия возможно возникновение ситуации, когда в силу экономических причин первоначальные вклады, произведенные участниками при создании предприятия, для продолжения его деятельности более не являются достаточными. Первоначальная эйфория участников предприятия, связанная с их совместным проектом, в свете возникших трудностей может оказаться исчерпанной, и не все из них могут

по-прежнему разделять оптимистические прогнозы конечного успеха их общего начинания. Соответственно, хотя одни участники совместного предприятия могут быть заинтересованы в производстве дальнейших вложений в предприятие путем совершения дополнительных взносов, другие участники могут не желать совершать подобные вложения, что может привести к возникновению между ними спора.

Примером подобного спора является арбитражный спор четырех участников совместного предприятия, связанного со строительством линий метро 2 и 3 в Афинах, решение по которому впоследствии стало предметом безуспешного обжалования в Верховном суде Швейцарии⁶³. Данное совместное предприятие, называемое филиалом «Б», участвовало в реализации этого масштабного строительного проекта наряду с филиалом «А», другим совместным предприятием, состоящим из трех греческих компаний. В процессе осуществления работ в 1994 г. у обоих филиалов начались сложности, вызванные, в частности, непредвиденным состоянием почвы, задержками, а также возникшими финансовыми проблемами. После обсуждения новой финансовой стратегии на заседании, состоявшемся в ноябре 1996 г., совет директоров филиала «Б» обратился к его четырем участникам с требованием о предоставлении дополнительного финансирования (*appels de fonds*). Это требование было исполнено участниками, как и аналогичное требование, сделанное советом директоров в декабре 1996 г. Хотя в ходе последующих пяти заседаний совета директоров данный вопрос более не обсуждался, общий директор проекта направил участникам предприятия несколько факсов с требованием о дополнительном финансировании. Всего в период с сентября 1996 г. по июнь 1997 г. четырем участникам филиала «Б» было направлено десять подобных требований⁶⁴.

Наряду с остальными тремя участниками французская компания *Dumez-GTM S.A.* выполнила девять

⁶² Решение Верховного суда Швейцарии от 13.06.1995 по делу *O c. V.H., SJ, 1995 I 724.*

⁶³ Решение Верховного суда Швейцарии от 14.06.2000 № 4P.12/2000 по делу *Dumez-GTM S.A. c. Campenon Bernard SGE Snc., Hochtief AG et SPIE Batignolles T.P. S.A.* (текст на фр. яз.: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>).

⁶⁴ Там же. Пункт А.

таких требований, однако отказалась выполнить десятое требование, ссылаясь на тот факт, что оно не только не было сделано советом директоров, но и противоречило решениям, принятым на его последнем заседании. Новое требование о дополнительном финансировании, направленное директором проекта после заседания совета директоров, которое состоялось в июле 1997 г., также не было исполнено компанией *Dumez-GTM S.A.* со ссылкой на то, что совет директоров не принял по данному вопросу какого-либо единогласного решения. В итоге в ходе заседания совета директоров в сентябре 1997 г. решением трех остальных участников филиала «Б» компания *Dumez-GTM S.A.* была исключена из совместного предприятия ввиду неисполнения обязательства по предоставлению финансирования⁶⁵.

Арбитражный суд, рассматривавший возникший спор в Женеве в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты, отказал в удовлетворении требований французской компании к остальным участникам совместного предприятия о необоснованности исключения и возмещении убытков. Свое решение арбитражный суд мотивировал, в частности, наличием у участников международных совместных предприятий обязанности «усиленной лояльности» (*loyauté renforcée*). Суд также указал на существование в договорах строительного консорциума принципа, согласно которому все его участники находятся «в одной лодке» и поэтому должны избегать ссориться по всякому малозначительному поводу⁶⁶.

Арбитражный суд отметил, что договор участников создавал для них обязанность предоставления необходимых средств для того, чтобы позволить филиалу «Б» исполнить свои обязательства в отношении греческих участников и консорциума в целом в процессе исполнения договора на строительство метро. Принятие решения о дополнительном финансировании, предназначенном для покрытия неотложных долгов, не являлось возложением на участников филиала «Б» какого-либо нового обязательства, а представляло собой требование о немедленном исполнении уже существующего обязательства. По мнению арбитражного

суда, при определенных обстоятельствах ст. 2 швейцарского Гражданского кодекса создает обязательство сначала исполнить обязанность и только после этого обсуждать ее обоснованность (*primum vivere deinde philosophari*)⁶⁷. Поскольку филиал «Б» осуществлял свою деятельность на одной из самых крупных строительных площадок в Европе, его участники — крупные европейские строительные компании, хорошо знакомые с особенностями данной профессии, — не могли просто покинуть простое товарищество посередине работ⁶⁸.

Что же касается формы принятия решения о дополнительном финансировании, то, по мнению арбитражного суда, из поведения участников совместного предприятия не следовало, что они рассматривали дополнительное финансирование как взносы в капитал предприятия в строгом смысле слова. Напротив, из их поведения следовало, что они выполняли требования о предоставлении финансирования, предназначенного для немедленной уплаты краткосрочных долгов.

Участники согласились с тем, чтобы общие службы проекта осуществляли трехмесячные прогнозы его финансового состояния, производили оценку положения дел с дополнительным финансированием и направляли требования о предоставлении такого финансирования. С другой стороны, совет директоров филиала «Б» постепенно сократил свое участие в данном вопросе. Хотя компания *Dumez-GTM S.A.* без каких-либо возражений предоставляла требуемое финансирование до конца июня 1997 г., начиная с июля 1997 г. она отказалась совершать дальнейшие выплаты. Соответственно по состоянию на конец июня 1997 г. у компании *Dumez-GTM S.A.* существовало действительное обязательство по предоставлению дополнительного финансирования, которое было ею впоследствии нарушено⁶⁹.

⁶⁵ Решение Верховного суда Швейцарии от 14.06.2000 № 4P.12/2000. Пункт А.

⁶⁶ Там же. Пункт 2b.

⁶⁷ Согласно п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса каждый обязан осуществлять свои права и исполнять свои обязательства в соответствии с правилами добросовестности; согласно п. 2 ст. 2 данного Кодекса закон не защищает явное злоупотребление правом.

⁶⁸ Решение Верховного суда Швейцарии от 14.06.2000 № 4P.12/2000. Пункт 2b.

⁶⁹ Там же.



Анализ данного спора, продолжавшегося в общей сложности около трех лет, позволяет сделать вывод: возникновения подобных споров можно избежать. Для этого будущим участникам совместного предприятия еще на стадии заключения договора о создании совместного предприятия имеет смысл подумать о возможности возникновения у предприятия в будущем финансовых затруднений и соответственно об их обязанности по предоставлению дополнительного финансирования. Целесообразность заблаговременного обсуждения данного вопроса связана с тем, что, пока реальные проблемы еще не возникли, участники предприятия могут быть в большей степени склонны к добросовестному ведению переговоров о своих действиях в случае возможных будущих финансовых затруднений предприятия. С этой точки зрения в заключаемом участниками договоре следует четко разграничить их первоначальные обязанности по производству вкладов в совместное предприятие и их последующие обязанности по предоставлению дополнительного финансирования в случае возникающих затруднений. Кроме того, в договоре можно установить, что решение о дополнительном финансировании принимается большинством голосов участников договорного совместного предприятия. При этом в договоре также имеет смысл предусмотреть, что участник, голосовавший против такого решения и не желающий продолжать финансировать совместный проект, имеет право требовать выкупа остальными участниками принадлежащей ему доли по ее действительной стоимости (право выхода из договорного совместного предприятия с получением имущественной компенсации).

V. Правовое регулирование управления международным договорным совместным предприятием

1. Использование принципа договорной свободы

Как и в случае регулирования имущественных отношений, в вопросе об управлении международным договорным совместным предприятием его участникам предоставлена значительная возможность усмотрения.

В соответствии с Кодексом обязательств участники совместного предприятия могут договориться о том, что

дела предприятия может вести каждый из участников, один или несколько участников или же третьи лица⁷⁰. Хотя по общему правилу решения договорного совместного предприятия принимаются по единодушному согласию всех участников⁷¹, участники могут также договориться о принятии решения большинством голосов в соответствии с принципом «один участник — один голос»⁷².

С другой стороны, единодушное согласие остальных участников предприятия требуется для назначения генерального представителя или для совершения юридических актов, выходящих за рамки обычных операций предприятия, за исключением случаев, когда возможная задержка может повлечь негативные последствия⁷³.

На практике в договорных совместных предприятиях, особенно при наличии трех и более участников, могут создаваться постоянно действующие органы управления. К примеру, типовой договор объединения для строительных предприятий (консорциумов), утвержденный Швейцарским объединением предпринимателей (Типовой договор строительного консорциума)⁷⁴, предусматривает создание комитета по осуществлению работ, представляющего собой собрание участников (*comité de travaux*)⁷⁵, назначение ведущего предприятия, представляющего консорциум в отношениях с заказчиком и третьими лицами⁷⁶, образование технической дирекции⁷⁷, коммерческой дирекции⁷⁸, дирекции строительной площадки⁷⁹, контрольных органов⁸⁰, а также назначение участника, ответственного за управление качеством⁸¹.

Что же касается императивных норм раздела XXIII Кодекса обязательств, касающихся управления договорным совместным предприятием, то они немногочисленны. В соответствии с Кодексом любой из участников совместного предприятия, ведущий его дела, обладает

⁷⁰ Кодекс обязательств. Ст. 535(1).

⁷¹ Там же. Ст. 534(1).

⁷² Там же. Ст. 534(2).

⁷³ Там же. Ст. 535(3).

⁷⁴ *Société Suisse des Entrepreneurs: Contrat d'association pour entreprises de construction (Consortium). Zürich, 2007.*

⁷⁵ Типовой договор строительного консорциума. Ст. 20.

⁷⁶ Там же. Ст. 21.1.

⁷⁷ Там же. Ст. 21.2.

⁷⁸ Там же. Ст. 21.3.

⁷⁹ Там же. Ст. 21.5.

⁸⁰ Там же. Ст. 22.

⁸¹ Там же. Ст. 21.4.

правом вето в отношении действий других участников, также ведущих дела предприятия, до тех пор, пока такие действия не совершены⁸². Из этой нормы следует, что в случае осуществления одним из участников своего права вето для осуществления предполагаемого действия будет требоваться решение всех участников предприятия, принятое единогласно, или, если это предусмотрено договором, решение, принятое большинством голосов.

Помимо этого, полномочия по ведению дел договорного совместного предприятия, которыми один из участников наделен в силу договора, не могут быть ни отменены, ни ограничены другими участниками без достаточных оснований (*justes motifs*)⁸³. Если же такие основания имеются, отмена полномочий одного из участников может быть произведена любым другим участником, даже если их договор предусматривает иное⁸⁴. Такими достаточными основаниями являются, в частности, грубое нарушение управляющим участником своих обязанностей или его обнаружившаяся неспособность надлежащим образом осуществлять управление делами товарищества⁸⁵.

Наконец, императивной по своему характеру является норма раздела XXIII Кодекса, предусматривающая право любого участника простого товарищества, даже если он не ведет дела товарищества, лично получать информацию о состоянии дел товарищества, знакомиться с его учетными книгами и документами, а также составлять для своего личного использования сводный обзор его финансового положения⁸⁶. Любые иные договоренности участников по данному вопросу являются ничтожными⁸⁷.

2. Предотвращение возможных споров между участниками

(а) Споры о допустимых формах и методах управления договорным совместным предприятием

Поскольку участники международного совместного предприятия по определению происходят из разных

стран, нужно ли говорить, что ввиду возможных различий в экономических, политических, социальных и культурных условиях этих стран, представления участников о том, какие формы и методы ведения бизнеса являются допустимыми, могут значительно различаться. Более того: что может являться общепризнанной формой ведения бизнеса в одной стране (в том числе с моральной точки зрения) совершенно необязательно является таковой в другой стране. Поэтому не будет преувеличением сказать, что международные совместные предприятия являются изначально *предрасположенными* к возникновению споров между их участниками о допустимых формах и методах управления.

Приведем пример подобного спора — арбитражный спор между участниками международного консорциума, созданного компаниями из США, ФРГ и Канады для совместной эксплуатации концессии на поиск, разработку и добычу сырьевых месторождений, предоставленной правительством одной средневожточной страны⁸⁸. Отношения участников консорциума регулировались между собой договором об осуществлении проекта (англ. *Operating Agreement*), в соответствии с которым одна из компаний из ФРГ была назначена управляющей компанией (оператором) совместного проекта. Договор, среди прочего, также предусматривал, что если какой-либо из участников не уплачивал приходящуюся на него долю расходов в течение шестидесяти дней с момента предъявления первого требования, он считался нарушившим свои обязательства. Если, несмотря на получение уведомления о факте нарушения обязательств (англ. *notice of default*), такой участник не исполнял свои обязательства в течение последующих четырех месяцев, его участие в совместном предприятии прекращалось и его доля переходила к остающимся участникам без выплаты компенсации⁸⁹.

В ходе осуществления данного проекта было обнаружено большое месторождение, содержащее иное сырье, чем то, которое добывалось в соответствии с существующей концессией. Учитывая, что первоначальные попытки участников консорциума заключить с правительством договор на использование

⁸² Кодекс обязательств. Ст. 535(2).

⁸³ Там же. Ст. 539(1).

⁸⁴ Там же. Ст. 539(2).

⁸⁵ Там же. Ст. 539(3).

⁸⁶ Там же. Ст. 541(1).

⁸⁷ Там же. Ст. 541(2).

⁸⁸ *Partial award in case No. 6286 of 28 August 1991. P. 256—276.*

⁸⁹ *Ibid. P. 256—257.*



этого сырья не увенчались успехом, то для того, чтобы добиться положительного результата, оператор совместного проекта заключил два соглашения об оказании консультационных услуг с панамскими компаниями, а также аналогичное соглашение с физическим лицом, которое во время рассматриваемых событий являлось дипломатом данной средневосточной страны. Копии этих соглашений были представлены компании из США (одному из участников консорциума), которая впоследствии выступила в роли истца по возникшему арбитражному спору. Кроме того, данные соглашения обсуждались на встречах участников консорциума⁹⁰.

Тем не менее, несмотря на все предпринятые попытки, переговоры с правительством окончились безрезультатно. После этого правительство уведомило консорциум о прекращении заключенного с ним соглашения о добыче и разделе продукции (англ. *Exploration and Production Sharing Agreement*). Возникший в результате этого спор был передан на рассмотрение арбитражного суда в соответствии с содержащейся в соглашении арбитражной оговоркой. Вынесенное арбитражным судом частичное решение подтвердило, среди прочего, действие данного соглашения⁹¹.

С другой стороны, в связи с отказом истца оплатить часть понесенных консорциумом расходов отношения между ним и другими участниками консорциума оказались испорченными. Получив уведомление о факте нарушения обязательств, истец отменил полномочия оператора совместного проекта со ссылкой на его противозаконное поведение, состоящее в заключении вышеупомянутых договоров об оказании консультационных услуг. Истец также уведомил остальных участников консорциума о своем решении требовать его прекращения, но выплатил свою задолженность для того, чтобы избежать утраты своей доли. Вслед за этим оператор проекта предложил истцу также оплатить расходы, связанные с проведением арбитража против правительства в связи с прекращением им соглашения о добыче и разделе продукции, и другие расходы, связанные с деятельностью консорциума. Ввиду отсутствия оплаты оператор направил истцу

уведомление о факте нарушения обязательств. В итоге, действуя в соответствии с положением договора о нарушении обязательств, остальные участники консорциума объявили о прекращении доли истца в консорциуме, поскольку он в течение четырех месяцев не произвел требуемой оплаты⁹².

Истец начал арбитражное разбирательство против четырех остальных участников консорциума, требуя в том числе прекращения консорциума и возмещения убытков. Рассмотрев спор, арбитражный суд решил, среди прочего, что полномочия оператора совместного проекта не были надлежащим образом прекращены истцом⁹³. Обосновывая свой вывод о том, что оператор по-прежнему сохранял свои полномочия по управлению, арбитражный суд прежде всего отметил, что истец заявил об отмене этих полномочий спустя по меньшей мере три года после того, как физическому лицу, являвшемуся стопроцентным акционером и управляющим истца, стало известно о заключении оператором договоров об оказании консультационных услуг. Соответственно суд признал столь продолжительный срок неосуществления истцом своего права в качестве отказа истца от этого права⁹⁴.

Кроме того, не подвергая сомнению общее правило, согласно которому по законодательству данной средневосточной страны, Швейцарии или Германии подобные «договоры об оказании консультационных услуг» будут являться ничтожными, арбитражный суд указал на то, что в рассматриваемом деле совершение акта коррупции или обмена услугами установлено не было. Несмотря на заключение данных договоров, правительство так и не предоставило консорциуму концессию на разработку нового сырья и продолжало переговоры по данному вопросу, только подчиняясь арбитражному решению. Более того, предусматриваемые данными договорами суммы никогда не были и не будут выплачены. Наконец, хотя все участники консорциума признавали, что факт заключения договоров об оказании консультационных услуг являлся «открытым секретом», правительство так и не воспользовалось этим фак-

⁹⁰ *Partial award in case No. 6286 of August 1991.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid. P. 258.*

⁹⁴ *Ibid. P. 262—263.*

том для того, чтобы освободиться от своих обязательств, в том числе в ходе первого арбитражного разбирательства. Поэтому арбитражный суд посчитал, что у истца не было достаточных оснований для отмены полномочий оператора по управлению совместным проектом⁹⁵.

Анализ данного арбитражного спора позволяет сделать вывод, что подобных споров можно избежать, если участники международного договорного совместного предприятия четко сформулируют в своем договоре (или в прилагаемом к нему «кодексе поведения») перечень запрещенных операций, совершение которых участниками предприятия не допускается. Помимо этого, в договоре (или в «кодексе поведения») целесообразно также конкретно оговорить максимальный срок, в течение которого другие участники совместного предприятия могут отменить полномочия управляющего участника, исчисляемый с момента, когда им стал известным (или должен был стать известным) факт совершения им запрещенных операций.

(b) Споры при возникновении патовых ситуаций

Патовые ситуации могут возникать в международном договорном совместном предприятии, когда решения их участников должны приниматься по их единодушному согласию, но один из них в силу тех или иных причин отказывается голосовать в пользу предлагаемого решения. Условия для возникновения такой ситуации в ходе деятельности совместного предприятия создаются, например, в том случае, когда в процессе переговоров о его создании один из двух его будущих участников (как правило, из страны, в которой будет осуществляться деятельность предприятия) категорически настаивает на равном распределении долей (50/50), отказываясь в противном случае входить в данное предприятие⁹⁶. Как и в случае с договорами акционеров по швейцарскому праву, участники договорного совместного предприятия могут предусмотреть для разрешения патовых ситуаций использование посредничества.

Участники предприятия также могут предусмотреть в договоре использование механизма «русской рулетки», называемого так ввиду крайней непредсказуемости его результатов. Этот механизм предполагает, в частности, право каждого из участников совместного предприятия требовать от другого участника выкупить принадлежащую ему долю по заранее определенной цене или по цене, метод определения которой предусмотрен в договоре. Если же второй участник отказывается выкупить предложенную ему долю, то тогда он, в свою очередь, может требовать от первого участника выкупить принадлежащую ему долю по той же цене⁹⁷.

Вместе с тем по сравнению с совместными предприятиями, созданными в форме акционерных обществ, в вопросе предотвращения патовых ситуаций договорные совместные предприятия по швейцарскому праву обладают неоспоримым преимуществом. В соответствии с Кодексом обязательств решение о прекращении акционерного общества должно приниматься на общем собрании акционеров большинством по меньшей мере в две трети голосов, приходящихся на акции, представленные на собрании, и абсолютным большинством по номинальной стоимости представленных акций⁹⁸. С другой стороны, участники простого товарищества могут предусмотреть в уставе, что любой из них имеет право требовать прекращения товарищества в одностороннем порядке⁹⁹. Поэтому если, несмотря на принятые меры, разрешить возникшую патовую ситуацию так и не удастся и единственным остающимся способом является «радикальное решение» в виде ликвидации совместного предприятия, то сделать это будет гораздо проще в случае договорного совместного предприятия, нежели чем в случае акционерного общества. Соответственно наличие такой «разрушительной» возможности у каждого из участников договорного совместного предприятия, способной привести к негативным экономическим последствиям от досрочного прекращения совместного проекта, на психологическом уровне может делать их более склонными к поиску взаимоприемлемого варианта.

⁹⁵ *Partial award in case No. 6286 of August 1991. P. 264—265.*

⁹⁶ См., напр.: Steiger D.A. *The Globalized Lawyer // American Bar Association. 2008. P. 124.*

⁹⁷ Инеджан Н., Монмолин Ж. де, Пенцов Д.А. *Указ. соч. С. 15.*

⁹⁸ Кодекс обязательств. Ст. 704(1)(1).

⁹⁹ Там же. Ст. 545(1)(6).



VI. Правовое регулирование прекращения и ликвидации договорного совместного предприятия, выхода и исключения участников

1. Использование принципа договорной свободы

Учитывая, что прекращение и ликвидация простого товарищества может затрагивать интересы не только его участников, но и третьих лиц (в особенности кредиторов), неудивительно, что раздел XXIII Кодекса обязательств содержит по данному вопросу большое число детальных предписаний. В частности, Кодекс устанавливает перечень оснований прекращения деятельности простого товарищества, включая единогласное решение всех его участников¹⁰⁰, истечение срока, на который оно было создано¹⁰¹, расторжение договора одним из участников, если такое право было предусмотрено в уставе или же если товарищество было создано без ограничения срока существования или на срок жизни одного из товарищей¹⁰², а также по решению суда, в случае прекращения товарищества по уважительным причинам (*justes motifs*)¹⁰³.

При наличии уважительных причин участник простого товарищества может потребовать расторжения договора до истечения предусмотренного им срока или, если товарищество было создано без ограничения срока, без предварительного уведомления¹⁰⁴.

Согласно постановлениям Верховного суда Швейцарии уважительные причины, дающие основание для расторжения договора товарищества, имеются тогда, когда материальные и личностные условия, на которых основывается этот договор, исчезли; когда достижение цели товарищества, предусмотренной при заключении договора, становится невозможной или скомпрометированной и когда продолжение деятельности товарищества становится из-за этого невыносимым¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Кодекс обязательств. Ст. 545(1)(4).

¹⁰¹ Там же. Ст. 545(1)(5).

¹⁰² Там же. Ст. 545(1)(6).

¹⁰³ Там же. Ст. 545(1)(7).

¹⁰⁴ Там же. Ст. 545(2).

¹⁰⁵ См., напр.: решения Верховного суда Швейцарии от 19.10.1948 по делу Lang с. Wicht, ATF 74 II 172, JT 1949

В случае если простое товарищество было создано без ограничения срока существования или на срок жизни одного из участников, любой из участников может прекратить товарищество путем направления предварительного уведомления за шесть месяцев¹⁰⁶. Кодекс обязательств требует, чтобы подобное прекращение осуществлялось в соответствии с правилами добросовестности. И оно не может быть сделано в неподходящий момент¹⁰⁷. Если же счета товарищества ведутся на годовой основе, участник может потребовать прекращения товарищества только с конца соответствующего года¹⁰⁸.

После прекращения товарищества все участники, включая тех, которые не вели дел товарищества, приступают к его ликвидации¹⁰⁹.

Участник, вклад которого был произведен в виде имущества, не может требовать его возврата в натуре, а может претендовать только на получение суммы, по которой его вклад был оценен¹¹⁰. В том случае, если при внесении вклада такая оценка не была произведена, она осуществляется по стоимости вещи в момент внесения вклада¹¹¹. Недвижимость, находящаяся в совместной собственности товарищей, подлежит не разделу в натуре, а продаже с публичных торгов¹¹².

Наконец, остаток, который может остаться после уплаты долгов, относящихся к деятельности товарищества, возмещения расходов и выплат, произведенных каждым из его участников, а также возврата внесенных ими вкладов, подлежит распределению между участниками¹¹³.

Несмотря на наличие столь детальных норм, участники международного договорного совместного пред-

I 268; от 13.11.2006 по делу А. с. X. (текст на нем. яз.: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>).

¹⁰⁶ Кодекс обязательств. Ст. 546(1).

¹⁰⁷ Там же. Ст. 546(2).

¹⁰⁸ Там же.

¹⁰⁹ Там же. Ст. 550(1).

¹¹⁰ Там же. Ст. 548(2).

¹¹¹ Там же. Ст. 548(3).

¹¹² Решение Верховного суда Швейцарии от 25.11.1967 по делу Rimensberger с. Les hoirs de Ersnt Kuhn, ATF 93 II 387, JT 1969 I 226.

¹¹³ Кодекс обязательств. Ст. 549(1).

приятия по швейцарскому праву обладают определенной степенью договорной свободы и в вопросах регламентации его будущего прекращения и ликвидации. Они могут предусмотреть в договоре продолжение существования совместного предприятия даже в том случае, если один из них заявит о прекращении договора¹¹⁴. Подобное решение о продолжении деятельности совместного предприятия при добровольном выходе из него одного из участников может быть также принято по умолчанию участников или путем совершения ими конклюдентных действий¹¹⁵. Кроме того, участники договорного совместного предприятия могут предусмотреть в договоре возможность исключения одного из них в случае неисполнения им своих обязательств¹¹⁶.

Включение в договор положений, предусматривающих продолжение существования совместного предприятия при выходе одного из участников или его исключении, представляется чрезвычайно важным.

Если один из участников договорного совместного предприятия нарушает свои обязательства (например, не производит оговоренного имущественного вклада, не проявляет требуемой степени осмотрительности при ведении дел предприятия или занимается деятельностью, конкурирующей с деятельностью предприятия), то при отсутствии в договоре данных положений остальные участники могут лишь требовать досрочного расторжения договора ввиду наличия уважительных причин. В подобных случаях такое досрочное расторжение договора и прекращение деятельности совместного предприятия могут быть только на руку нарушающему свои обязанности участнику¹¹⁷. Если же нарушивший свои обязатель-

ства участник может быть исключен, то договорное совместное предприятие сможет успешно продолжать свою деятельность без его участия.

2. Предотвращение возможных споров между участниками

(а) Споры об ответственности бывшего участника совместного предприятия за прошлые и будущие убытки предприятия

Поскольку права и обязанности участников простого товарищества связаны с их членством в товариществе, добровольный или принудительный выход одного из участников из товарищества означает прекращение на будущее время его прав и обязанностей в отношении других участников товарищества. Поэтому участник договорного совместного предприятия, добровольно покидающий предприятие или, если это предусмотрено в договоре, исключаемый из предприятия по решению других участников за нарушение его обязательств перед ними, по общему правилу участвует в убытках предприятия до момента своего выхода, но более не участвует в убытках после. Вместе с тем в соответствии с принципом договорной свободы участники совместного предприятия могут установить, что выходящий участник, вложивший в предприятие свое личное участие, освобождается от участия в убытках, понесенных предприятием до его выхода. Такое освобождение может, например, предоставляться в тех случаях, когда один из участников желает добровольно покинуть обремененный долгами проект и получает освобождение от участия в прошлых убытках в обмен на безвозмездное отчуждение своей доли в пользу остающихся участников. С другой стороны, участники договорного совместного предприятия могут также предусмотреть, что исключаемый участник наряду с остающимися участниками несет на себе долю убытков предприятия до момента окончания его деятельности.

Споры по данному вопросу могут возникать, если впоследствии одна из сторон подобной договоренности в силу тех или иных причин будет стремиться объявить ее недействительной. Остающиеся участники могут попытаться возложить на бывшего участника обязанность принять на себя долю прошлых убытков предприятия — ссылаясь на то, что, давая согласие на его

¹¹⁴ Решения Верховного суда Швейцарии от 11.09.1962 по делу *Miniera AG et cinq consorts c. Küderli & Co. et onze consorts*, ATF 88 II 209, JT 1963 I 109, 131; от 08.03.1990 по делу *Sieber et consorts c. Commune de Plasselb*, ATF 116 II 49, JT 1992 I 66.

¹¹⁵ Решение Верховного суда Швейцарии по делу *Miniera AG et cinq consorts c. Küderli & Co. et onze consorts*.

¹¹⁶ Решения Верховного суда Швейцарии от 27.08.1967 по делу *Gerber et consorts c. Müller et consorts*, ATF 94 II 119, JT 1969 I 153; от 14.06.2000 № 4P.12/2000 по делу *Dumez-GTM S.A. c. Campenon Bernard SGE Snc., Hochtief AG et SPIE Batignolles T.P. S.A.*

¹¹⁷ См. также: *Vogelsang A.E. Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse. Montreux, 1931. P. 125—126.*



освобождение от ответственности, они не представляли себе истинного финансового положения предприятия, т.е. находились под влиянием заблуждения или даже обмана. Такие попытки могут предприниматься оставшимися участниками, например, в тех случаях, когда организация бухгалтерии совместного предприятия возлагалась на вышедшего участника и он, по их мнению, допускал нарушения при ее ведении. Для того чтобы избежать возникновения подобных споров в будущем, при составлении договора целесообразно предусмотреть право остающихся участников требовать проведения независимого аудита финансового состояния предприятия перед решением вопроса об освобождении выходящего участника от доли прошлых убытков. Если же остающиеся участники подобным правом не воспользуются, то они соответственно утрачивают возможность впоследствии сослаться на то, что находились под влиянием заблуждения или обмана относительно действительного финансового положения предприятия.

С другой стороны, хотя при создании совместного предприятия участники могли договориться о возложении на исключенного участника доли будущих убытков предприятия, такой участник впоследствии может также попытаться признать это положение договора недействительным. В качестве примера подобного дела можно привести уже упоминавшийся ранее спор участников совместного предприятия, связанный со строительством метро в Афинах.

Согласно заключенному между участниками данного предприятия договору исключенная из совместного предприятия компания *Dumez-GTM S.A.* должна была по-прежнему участвовать в убытках предприятия. Хотя арбитражный суд посчитал данное положение договора чрезвычайно строгим и даже содержащим в себе элемент наказания, он, тем не менее, подтвердил его действительность¹¹⁸. Последующая попытка компании *Dumez-GTM S.A.* обжаловать это решение в Верховном суде Швейцарии со ссылкой на то, что исключение из предприятия, а также наложение обязанности участвовать в его будущих убытках являются дискриминационными и грабительскими мерами,

несовместимыми с публичным порядком Швейцарии, также не увенчалась успехом¹¹⁹.

Урок, который можно извлечь из данного спора, состоит в том, что участникам международных договорных предприятий следует проявлять большую степень осмотрительности при включении в договор положений, предусматривающих участие в будущих убытках предприятия после их добровольного или принудительного выхода из состава его участников. В противном случае они принимают на себя риск: в случае возникновения спора арбитражный суд скорее всего посчитает такое положение действительным, и им придется нести на себе долю убытков предприятия до момента окончания его деятельности.

(b) Споры об исключении участника из совместного предприятия без выплаты ему компенсации

Причиной возникновения подобных споров является включение в договор о создании совместного предприятия положения, предусматривающего возможность исключения нарушившего свои обязательства участника без выплаты ему компенсации за принадлежавшую ему долю (и последующие попытки исключенного участника объявить данное положение договора недействительным). Именно это произошло в упомянутом споре участников международного консорциума для совместной эксплуатации концессии на поиск, разработку и добычу сырьевых месторождений.

Рассмотрев правомерность исключения истца из консорциума за неисполнение им своих обязательств на протяжении четырех месяцев, арбитражный суд посчитал, что, хотя само исключение было правомерным, истец имел право на получение денежной компенсации¹²⁰.

Арбитражный суд мотивировал свое решение тем, что исключение одного из участников консорциума представляет собой меру с далеко идущими последствиями для отношений между участниками. Такая мера представляет собой весьма значительное ограничение автономии и свободы, которыми обладает любое лицо. Поэтому исключение одного из участников сле-

¹¹⁸ Решение Верховного суда Швейцарии № 4P.12/2000. Пункт 2с.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Partial award in case No. 6286 of August 1991. P. 265.

дует считать обоснованным только в той мере, в которой оно способствует достижению целей других участников. С этой точки зрения в простых товариществах, подобных анализируемому консорциуму, принцип выплаты исключаемому участнику компенсации следует рассматривать в качестве необходимого условия для признания допустимости такого ограничения. Более того, чрезвычайный характер подобной меры не может быть оправдан тем фактом, что в будущем другим участникам предприятия в любом случае придется делать в проект значительные вложения ввиду увеличения причитающихся им долей. Такое увеличение вложений будет компенсировано увеличением доли в прибылях, которую участники надеются извлечь из реализации проекта. Поэтому арбитражный суд признал рассматриваемое положение договора о последствиях неисполнения участниками своих обязательств ничтожным в той степени, в которой оно исключало выплату какой-либо компенсации¹²¹.

Анализ данного спора позволяет сделать вывод о нецелесообразности включения в договор положений, предусматривающих возможность исключения участника из договорного совместного предприятия за нарушение им своих обязательств без выплаты ему компенсации. Остающиеся участники совместного предприятия всегда рискуют впоследствии оказаться

вовлеченными в длительный арбитражный спор, результатом которого может стать возложение на них солидарной обязанности компенсировать стоимость доли исключенного ими участника, несмотря на наличие в договоре положения об обратном.

VII. Заключение

Использование швейцарского права, основанного на принципе договорной свободы, при создании международных договорных совместных предприятий является эффективным инструментом юридического оформления взаимоотношений участников таких предприятий для достижения желаемого экономического результата. Кроме того, предоставляемые швейцарским правом возможности по предотвращению споров между участниками еще более подкрепляют экономическую привлекательность такого выбора. Это может иметь особое значение при реализации крупных международных проектов, в которых финансовые и моральные потери от возможных споров могут быть весьма чувствительными даже для крупных участников. Поэтому можно предположить, что в условиях нынешнего экономического кризиса привлекательность выбора швейцарского права при реализации подобных проектов будет только возрастать.

¹²¹ *Partial award in case No. 6286 of August 1991. P. 271—272.*