

Право есть  
искусство добра  
и справедливости

*Jus est ars  
boni et aequi*

**В номере**

### Выпуск МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

#### АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ

- 27** *Канашевский В. А.*  
О взыскании убытков, возникших в результате вынесения судебного или арбитражного решения в российской и международной практике

#### ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

- 34** *Мажорина М. В.*  
Нормы негосударственного регулирования в парадигме международного частного права: коллизия права и неправа
- 49** *Луткова О. В.*  
Разграничение действия институтов общественного достояния и сиротских произведений в трансграничных авторских отношениях
- 72** *Викторова Н. Н.*  
Злоупотребление правом со стороны индивидуальных инвесторов в инвестиционном арбитраже
- 112** *Кутузов И. М.*  
Обеспечительные меры по договорным денежным обязательствам в морских частноправовых отношениях



№ 3 (79)  
2021

# ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Выпуск  
МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Издается с 2014 года  
Выходит один раз в месяц

## Председатель редакционного совета:

*БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович* — ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства, кандидат юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

## Заместитель председателя редакционного совета:

*ГРАЧЕВА Елена Юрьевна* — первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заведующий кафедрой финансового права, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

## Главный редактор:

*ШПАКОВСКИЙ Юрий Григорьевич* — профессор кафедры экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

## Ответственный секретарь:

*СЕВРЮГИНА Ольга Александровна* — эксперт отдела научно-издательской политики Научно-исследовательского института Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

## Редакционный совет:

*АФАНАСЬЕВ Сергей Федорович* — заведующий кафедрой арбитражного процесса Саратовской государственной юридической академии, доктор юридических наук, профессор, г. Саратов, Россия

*БЕЗВЕРХОВ Артур Геннадьевич* — декан юридического факультета Самарского национального исследовательского университета имени академика С. П. Королева, доктор юридических наук, профессор, г. Самара, Россия

*БИРЮКОВ Павел Николаевич* — заведующий кафедрой теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения Воронежского государственного университета, доктор юридических наук, профессор, г. Воронеж, Россия

*БУКАЛЕРОВА Людмила Александровна* — заведующий кафедрой уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ВОЛКОВ Геннадий Александрович* — профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, г. Москва, Россия

*ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна* — заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ДЮФЛО Ален* — эксперт-практик международного класса в области права, основатель адвокатского бюро «Дюфло и партнеры» преподаватель Университета Лион III имени Жана Мулена, г. Лион, Франция

*ЕГОРОВА Мария Александровна* — профессор кафедры конкурентного права, начальник Управления международного сотрудничества Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЕРШОВА Инна Владимировна* — заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЕФИМОВА Людмила Георгиевна* — заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна* — заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ЗРАЖЕВСКАЯ Татьяна Дмитриевна* — профессор кафедры конституционного и муниципального права Воронежского государственного университета, Уполномоченный по правам человека в Воронежской области, доктор юридических наук, профессор, г. Воронеж, Россия

*ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович* — заведующий кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ИЩЕНКО Евгений Петрович* — заведующий кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

*ИЩЕНКО Нина Сергеевна* — заведующий кафедрой правоведения Гомельского филиала Международного университета «МИТСО», кандидат юридических наук, профессор, г. Гомель, Республика Беларусь

*КИСЕЛЕВ Сергей Георгиевич* — заведующий кафедрой теории и истории государства и права Государственного университета управления, доктор философских наук, профессор, г. Москва, Россия



Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.  
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2021

**КОМАРОВА Валентина Викторовна** — заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ЛАПИНА Марина Афанасьевна** — профессор Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук, г. Москва, Россия

**ЛЮТОВ Никита Леонидович** — заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**МИРОШНИЧЕНКО Владимир Михайлович** — ректор Академии безопасности и специальных программ, доктор экономических наук, профессор, г. Москва, Россия

**НИКИТИН Сергей Васильевич** — заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**НОВОСЕЛОВА Людмила Александровна** — заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ПЛЮЩИКОВ Вадим Геннадьевич** — директор Аграрно-технологического института Российского университета дружбы народов, доктор сельскохозяйственных наук, профессор, г. Москва, Россия

**РАССОЛОВ Илья Михайлович** — профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**РОЗА Фабрис** — профессор кафедры трудового права Университета Реймс Шампань-Арденны, Франция

**РОМАНОВА Виктория Валерьевна** — заведующий кафедрой энергетического права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, г. Москва, Россия

**РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна** — директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз Уни-

верситета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**РЫЛЬСКАЯ Марина Александровна** — директор Института проблем эффективного государства и гражданского общества Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**СИНЮКОВ Владимир Николаевич** — проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**СОКОЛОВА Наталья Александровна** — заведующий кафедрой международного права, научный руководитель Научно-исследовательского института Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**УСТЮКОВА Валентина Владимировна** — и.о. заведующего сектором экологического, земельного и аграрного права Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия

**ЦАЙ ЦЗЮНЬ** — директор Юридического института Хэнаньского университета, доктор юридических наук, профессор, г. Кайфэн, КНР

**ЦОПАНОВА Индира Георгиевна** — декан юридического факультета Российской таможенной академии, кандидат юридических наук, доцент, г. Москва, Россия

**ШИЛЬСТЕЙН Давид** — профессор права, заведующий кафедрой уголовного права Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, г. Париж, Франция

**ЩЕГОЛЕВ Виталий Валентинович** — проректор Московского гуманитарно-экономического университета по научной работе и международному сотрудничеству, доктор политических наук, г. Москва, Россия

#### **Ответственный редактор выпуска:**

**ТЕРЕНТЬЕВА Людмила Вячеславовна** — доцент кафедры международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент

<b>РЕГИСТРАЦИЯ СМИ</b>	Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г.
<b>ISSN</b>	2311-5998
<b>ПЕРИОДИЧНОСТЬ</b>	12 раз в год
<b>УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ</b>	Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
<b>АДРЕС РЕДАКЦИИ</b>	Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: vestnik@msal.ru
<b>ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ</b>	Свободная цена Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис» Подписной индекс 40650. Подписка на журнал возможна с любого месяца
<b>ТИПОГРАФИЯ</b>	Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
<b>ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ</b>	Дата выхода в свет: 08.06.2021 Объем 28,24 усл. печ. л. (18,03 а. л.), формат 84×108/16 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» обязательна. Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией. Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

<b>Редактор</b>	Л. А. Мункуева
<b>Корректор</b>	А. Б. Рыбакова
<b>Компьютерная верстка</b>	Д. А. Беляков

# COURIER

## OF THE KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

№ 3 (79)  
2021

Edition  
**PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

Published from the year of 2014  
Monthly journal

### Chairperson of the Council of Editors:

*BLAZHEEV Victor Vladimirovich* — Rector of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Professor of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

### Vice-Chairperson of the Council of Editors:

*GRACHEVA Elena Yurievna* — First Vice-Rector of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Head of the Department of Financial Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

### Chief Editor:

*SHPAKOVSKIY Yuriy Grigorievich* — Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

### Executive Secretary Editor:

*SEVRYUGINA Olga Alexandrovna* — Expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

### Council of editors:

*AFANASIEV Sergey Fedorovich* — Head of the Department of Arbitrazh Procedure of Saratov State Academy of Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Saratov, Russia

*BEZVERKHOV Arthur Gennadevich* — Dean of the Law Faculty of the National Research University named after Academician Sergey P. Korolev, Dr. Sci. (Law), Professor, Samara, Russia

*BIRIUKOV Pavel Nikolaevich* — Head of the Department of Theory of the State and Law, International Law and Comparative Law of Voronezh State University, Dr. Sci. (Law), Professor, Voronezh, Russia

*BUKALEROVA Ludmila Alexandrovna* — Head of the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology of the Peoples' Friendship University of Russia, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*VOLKOV Gennadiy Aleksandrovich* — Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University, Dr. Sci. (Law), Moscow, Russia

*VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna* — Head of the Department of Criminal Procedure Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*DUFLOT Alain* — an expert practitioner in the field of law, founder of the law firm «Dufлот & Partners», Lecturer at the Jean Moulin Lyon 3 University, Lyon, France

*EGOROVA Maria Alexandrovna* — Professor of the Department of Competition Law, Head of the Department of International Cooperation of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ERSHOVA Inna Vladimirovna* — Head of the Department of Business and Corporate Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*EFIMOVA Lyudmila Georgievna* — Head of the Department of Banking Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ZHAVORONKOVA Natalya Grigorevna* — Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ZRAZHEVSKAYA Tatyana Dmitrievna* — Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of Voronezh State University, Commissioner for Human Rights in the Voronezh Region, Dr. Sci. (Law), Professor, Voronezh, Russia

*ZUBAREV Sergey Mikhailovich* — Head of the Department of Administrative Law and Procedure of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ISHCHENKO Evgeniy Petrovich* — Head of the Department of Criminalistics of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ISHCHENKO Nina Sergeevna* — PhD in Law, Professor, Head of the Department of Jurisprudence of the Gomel Branch of the International University «MITSO», Gomel, Republic of Belarus

*KISELEV Sergey Georgievich* — Head of the Department of Theory and History of the State and Law of the State University of Management, Dr. Sci. (Philosophy), Professor, Moscow, Russia

*KOMAROVA Valentina Viktorovna* — Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

Recommended by the Higher Attestation Commission of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation for publication of results of doctoral theses.  
Materials included in the journal Russian Science Citation Index



© Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 2021

*LAPINA Marina Afanasyeva* — Professor of the Department of Legal Regulation of Economic Activity of the Financial University under the Government of the Russia, Dr. Sci. (Law), Moscow, Russia

*LYUTOV Nikita Leonidovich* — Head of the Department of Labor and Social Security Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*MIROSHNICHENKO Vladimir Mikhailovich* — Rector of the Academy of Security and Special Programs, Dr. Sci. (Economics), Professor, Moscow, Russia

*NIKITIN Sergey Vasilyevich* — Head of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of the Russian State University of Justice, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*NOVOSELOVA Lyudmila Alexandrovna* — Head of the Department of Intellectual Property Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*PLYUSHCHIKOV Vadim Gennadyevich* — Director of Agrarian and Technological Institute of the Peoples' Friendship University of Russia, Dr. Sci. (Agr. Sc.), Professor, Moscow, Russia

*RASSOLOV Ilya Mikhailovich* — Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*ROSA Fabrice* — Professor of the Department of Labour Law at the University of Reims Champagne-Ardenne, France

*ROMANOVA Victoria Valeryevna* — Head of the Department of Energy Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*ROSSINSKAYA Elena Rafailovna* — Director of the Forensic Examination Institute, Head of the Department of Forensic Examination of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*RYLSKAYA Marina Alexandrovna* — Director of the Institute of Problems of the Efficient State and Civil Society of the Financial

University under the Government of the Russia, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*SINYUKOV Vladimir Nikolaevich* — Vice-Rector for Science of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Professor of the Department of Theory of the State and Law, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*SOKOLOVA Natalya Alexandrovna* — Head of the Department of International Law, Academic Director of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*USTYUKOVA Valentina Vladimirovna* — Acting Head of the Sector of Environmental, Land and Agricultural Law of the Institute of the State and Law of the RAS, Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia

*TSAY TSZYUN* — Director of the Law Institute of Henan University, Dr. Sci. (Law), Professor, Kaifen, the PRC

*TSOPANOVA Indira Georgievna* — Dean of the Law Faculty of the Russian Customs Academy, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Moscow, Russia

*CHILSTEIN David* — Professor of Law, Head of the Department of Criminal Law at the University of Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France

*SHCHEGOLEV Vitaliy Valentinovich* — Vice-Rector for Research and International Cooperation of the Moscow University of Humanities and Economics, Dr. Sci. (Political Sciences), Moscow, Russia

#### Editor-in-Chief of the Issue:

*TERENTEVA Liudmila Vyacheslavovna* — Associate Professor of the Chair of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law), Associate Professor

<b>THE CERTIFICATE OF MASS MEDIA REGISTRATION</b>	The journal was registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor) on 5 October 2016. The Certificate of Mass Media Registration: PI No. FS77-67361
<b>ISSN</b>	2311-5998
<b>PUBLICATION FREQUENCY</b>	12 issues per year
<b>FOUNDER AND PUBLISHER</b>	Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education "Kutafin Moscow State Law University (MSAL)". 9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993
<b>EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS</b>	9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993 Tel.: +7 (499) 244-88-88 (ext. 687) E-mail: vestnik@msal.ru
<b>SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION</b>	Free price The journal is distributed through "Press of Russia" joint catalogue and the Internet catalogue of "Kniga-Servis" Agency Subscription index: 40650. Journal subscription is possible from any month
<b>PRINTING HOUSE</b>	Printed in Publishing Center of Kutafin Moscow State Law University (MSAL) 9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, Russia, 125993
<b>SIGNED FOR PRINTING</b>	08.06.2021 Volume: 28,24 conventional printer's sheets (18,03 author's sheets). Format: 84×108/16. An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper
<i>When using published materials of the journal, reference to "Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)" is obligatory. Full or partial use of materials is allowed only with the written permission of the authors or editors. The point of view of the Editorial Board may not coincide with the point of view of the authors of publications.</i>	
<b>Editor</b>	L. A. Munkueva
<b>Proof-reader</b>	A. B. Rybakova
<b>Computer layout</b>	D. A. Belyakov



# СОДЕРЖАНИЕ

СЛОВО К ЧИТАТЕЛЮ .....	7
УНИВЕРСИТЕТСКАЯ ХРОНИКА .....	9
АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ	
<b>Канашевский В. А.</b> О взыскании убытков, возникших в результате вынесения судебного или арбитражного решения в российской и международной практике .....	27
ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
Современные аспекты развития международного частного права	
<b>Мажорина М. В.</b> Нормы негосударственного регулирования в парадигме международного частного права: коллизия права и неправа .....	34
<b>Луткова О. В.</b> Разграничение действия институтов общественного достояния и сиротских произведений в трансграничных авторских отношениях .....	49
Цифровые аспекты международного частного права	
<b>Шахназаров Б. А.</b> Защита прав субъектов персональных данных в условиях развития информационных технологий и правовой охраны объектов интеллектуальной собственности .....	61
<b>Викторова Н. Н.</b> Злоупотребление правом со стороны индивидуальных инвесторов в инвестиционном арбитраже .....	72
<b>Терентьева Л. В.</b> Сфера действия Общего регламента о персональных данных ЕС .....	82
<b>Пузырева Е. Н.</b> О представлении документов по аккредитиву в цифровой форме .....	94
Международное морское частное право	
<b>Скачков Н. Г.</b> Юридические конструкции обязательств трансграничной морской перевозки опасных грузов: институциональные основы формирования .....	102
<b>Кутузов И. М.</b> Обеспечительные меры по договорным денежным обязательствам в морских частноправовых отношениях .....	112

Влияние пандемии COVID-19  
на развитие международного частного права

**Алимова Я. О.**

Особенности регулирования форс-мажора  
в международном частном праве в «ковидную» эпоху ..... 119

**Соболев И. Д.**

Юрисдикция и расторжение договора международной  
воздушной перевозки в условиях противодействия COVID-19 ..... 129

Отдельные вопросы международного частного права

**Засемкова О. Ф.**

Гаагские правила арбитража  
по делам бизнеса и правам человека ..... 139

**Шулаков А. А.**

Публичный порядок в международном  
частном праве — правило или исключение? ..... 149

**Панкова М. Н.**

Охрана товарных знаков: виды и регулирование ..... 160

**Пирцхалава Х. Д.**

Трансформация международных договоров  
в сфере международного частного права  
в условиях конституционализации отраслей права ..... 170

**Полшкова М. И.**

Статус несостоятельности и *lex fori concursus*  
как основная коллизионная привязка ..... 178

Трибуна молодого ученого

**Андрянов Д. В.**

*Lex petrolea*, глобализация и будущее  
международного частного права ..... 190

**Михайлова Л. А.**

Типовые агентские соглашения в области  
трансграничного морского агентирования ..... 196

**Москаленко И. А.**

О возможности наделить искусственный интеллект  
статусом субъекта трансграничных авторских отношений ..... 203

**Бибиков С. Е.**

Коллизионно-правовое регулирование  
ответственности контролирующих должника лиц  
в отношениях трансграничной несостоятельности ..... 212

**Кузьменков М. Ю.**

Право как определяющий фактор  
для развития криптоиндустрии ..... 219

<b>Харькина К. В.</b> Особенности квалификации трансграничного корпоративного договора .....	228
<b>Донская Д. С.</b> Условия допустимости предварительных соглашений об онлайн-арбитраже трансграничных потребительских споров в американской и европейской практике .....	235
<b>Поляков Д. Н.</b> Комбинированные механизмы правовой охраны программного обеспечения в трансграничной предпринимательской деятельности .....	243
ПРОБА ПЕРА	
<b>Цю Сичэн</b> Оговорка о публичном порядке как основание для отказа в признании и приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей в Китае .....	251
КНИЖНАЯ ПОЛКА КАФЕДРЫ .....	258
ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ	
О предисловии А. Н. Мандельштама к Гаагским конференциям о кодификации МЧП .....	260
<b>Мандельштам А. Н.</b> Гаагские конференции о кодификации международного частного права .....	261
ПОСТСКРИПТУМ	
Титул — вещь недешевая .....	264





### **Уважаемые читатели!**

Вашему вниманию предлагается выпуск журнала «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», в содержание которого вошли научные статьи профессорско-преподавательского коллектива кафедры международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Стремительное развитие информационных технологий, повсеместное распространение сетевого формата, глобализация стали серьезными вызовами для права в целом и международного частного права в частности. Данные процессы не могли не отразиться на предмете научных исследований авторов настоящего выпуска. Ими затрагивается проблематика защиты прав субъектов персональных данных в контексте правовой охраны объектов интеллектуальной собственности, а также поднимаются вопросы сферы действия Общего регламента о персональных данных ЕС.

Авторы не обошли вниманием влияние пандемии COVID-19, ускорившей темпы цифровой трансформации общества. В частности, в журнале затрагиваются проблемы юрисдикции и расторжения договора международной воздушной перевозки в контексте пандемии COVID-19, а также особенности регулирования форс-мажора в международном частном праве в «ковидную» эпоху.

Авторами рассматриваются также отношения в сфере морского права, в частности раскрываются особенности институтов обеспечения исполнения договорных денежных обязательств в морских частноправовых отношениях, исследуется порядок формирования договорных связей в условиях трансграничной морской перевозки опасных грузов.

Вопросы арбитража получили свое освещение в данном выпуске как через призму проблемы злоупотребления правом со стороны инвесторов при иницировании разбирательства в инвестиционном арбитраже, так и посредством исследования Гаагских правил арбитража по делам бизнеса и прав человека, подготовленных Постоянной палатой третейского суда.

Уделено внимание и вопросам интеллектуальной собственности. Авторами поднимается проблема разграничения действия институтов общественного достояния и сиротских произведений в трансграничных авторских отношениях, а также выявляются подходы к определению охраноспособности товарных знаков.

В журнале также предоставлена трибуна молодым ученым, позиции которых, безусловно, заслуживают внимания читателя.

Научные исследования происходящих изменений в обществе и праве способствуют дальнейшему развитию и укреплению школы международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Мы надеемся, что посвящение данного выпуска журнала актуальным проблемам регулирования трансграничных отношений частного характера вызовет научный интерес у широкого круга представителей юридической науки и практики.

**В. А. Канашевский,**  
*и.о. заведующего кафедрой  
международного частного права  
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук, профессор*

### ГЛАВНЫЕ СОБЫТИЯ МЕСЯЦА

**Президент Республики Южная Осетия Анатолий Бибилов вручил орден Почета Республики Южная Осетия ректору МГЮА Виктору Блажееву**



29 марта 2021 г. в рамках заседания Ученого совета Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Президент Республики Южная Осетия Анатолий Бибилов наградил ректора МГЮА, заслуженного юриста РФ Виктора Блажеева орденом Почета Республики.

Открывая мероприятие, Анатолий Бибилов поздравил Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) с предстоящим юбилеем и отметил серьезную образовательную подготовку студентов.

*«Та теоретическая основа, которая ими будет получена здесь, в дальнейшем будет играть серьезную роль в их жизни и профессиональном продвижении»,* — подчеркнул глава Юго-Осетинского государства.

Он также отметил, что Виктор Блажеев уделяет большое внимание студентам, и это вызывает искреннее уважение.

<sup>1</sup> URL: <https://msal.ru/news/>





*«Уверен, что и в дальнейшем мы будем также тесно сотрудничать, взаимодействовать — это, без сомнения, пойдет на благо специалистам Южной Осетии и нашей большой Родины — Российской Федерации», —* сказал президент Республики.

Указ «О награждении орденом Почета Блажеева В. В.» был подписан 10 января 2021 г. В нем указывается, что награда вручается за большой личный вклад в развитие отношений дружбы и сотрудничества между народами, активное содействие в подготовке высококвалифицированных кадров для Республики Южная Осетия.

*«Все награды, которые вручает президент любой республики, идут от имени народа. Естественно, эта награда — благодарность от народа Республики Южная Осетия», —* акцентировал внимание Анатолий Бибилов.

Ректор МГЮА Виктор Блажеев поблагодарил за столь высокую оценку своего труда и подчеркнул, что сотрудничество между Университетом и Республикой развивается по самым разным направлениям.

*«Уверен, что это сотрудничество будет продолжаться на благо граждан Южной Осетии и Российской Федерации», —* резюмировал он.

### **Ректор МГЮА Виктор Блажеев награжден медалью «Во славу Осетии»**

Заместитель председателя Правительства Республики Северная Осетия — Алания — полномочный представитель Республики при Президенте РФ Борис Джанаев вручил медаль «Во славу Осетии» ректору Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктору Блажееву.

От имени руководителя Северной Осетии Вячеслава Битарова и от себя лично полпред поблагодарил ректора за огромный вклад в подготовку высококвалифицированных специалистов и многолетнюю плодотворную деятельность.

*«На протяжении многих лет под вашим чутким руководством ребята из Северной Осетии получают качественное юридическое образование в одном из ведущих вузов страны. Из этих стен они выходят с отличным багажом знаний, который позволяет им уверенно идти по профессиональному пути, активно взбираться по карьерной лестнице, занимать высокие посты в крупных федеральных структурах и известных компаниях. Спасибо вам за участие в становлении и такую достойную путевку в жизнь нашим ребятам!»* — подчеркнул Борис Джанаев.

Как отметили участники встречи, важно и приятно, что с каждым годом выходцев из Северной Осетии в Университете становится все больше. В настоящее время в стенах вуза образование получают 118 человек, 40 из них поступили в 2020 г.

*«Я очень благодарен главе Республики и всему осетинскому народу за столь высокую оценку моего скромного труда на ниве образования. Традиционно у нас много ребят, которые поступают из Северной Осетии. Я очень доволен ими. Они патриотичные, они любят страну, любят свою Республику, очень хорошо учатся и очень ответственно подходят ко всему. Активны в каждом мероприятии, которое проводится в Университете. У нас многонациональная студенческая среда и сильная североосетинская община отлично вписывается в наш коллектив. Ребята зарекомендовали себя самым хорошим образом»,* — сказал Виктор Блажеев.

В рамках вуза действует осетинское землячество. Ребята представляют Республику на различных мероприятиях, рассказывают о традициях, культуре, колорите Осетии.



## РАЗВИТИЕ УНИВЕРСИТЕТА

### На базе МГЮА создан консорциум «Инновационная юриспруденция»

На базе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) создан консорциум «Инновационная юриспруденция» для решения задач подготовки высококвалифицированных специалистов, развития научной и инновационной деятельности в области юриспруденции, государственного и муниципального управления.





Консорциум призван стать уникальной научно-образовательной экосистемой, объединяющей усилия университетов, научных учреждений, организаций реального сектора экономики, представителей технологического бизнеса и других организаций. Ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктор Блажеев сообщил, что в консорциум вошло уже более 30 участников, в том числе Фонд развития города Иннополис, Тюменский государственный университет, Российский университет дружбы народов (РУДН), Медико-генетический научный центр имени академика Н. П. Бочкова, Академия права и управления ФСИН России и др.

*«Созданный консорциум — это новая форма для интеграции усилий образовательных, научных и иных организаций, что позволит создать площадку для обмена и внедрения передовых практик в сфере юридического образования и науки, для выстраивания совместных, в том числе сетевых, проектов»,* — пояснил ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктор Блажеев.

По словам ректора МГЮА, целью создания консорциума является формирование и развитие образовательной инфраструктуры с учетом потребностей общества и государства в высококвалифицированных специалистах в области юриспруденции, государственного и муниципального управления. Виктор Блажеев

отметил, что моделирование российской системы высшего юридического образования с учетом социальных изменений обусловлено трансформацией общественных отношений, в том числе под воздействием глобальных вызовов.

*«Университет имени О.Е. Кутафина за свою 90-летнюю историю накопил значительный опыт, имеет сильные научные школы и традиции фундаментального юридического образования, но в то же время МГЮА — это вуз-инноватор, активно запускающий инновационные образовательные программы, внедряющий уникальные форматы практико-ориентированного обучения, занимающийся передовыми исследованиями в области новых научных направлений, в том числе на стыке юриспруденции, наук технического и социально-гуманитарного цикла. Благодаря такой синергии традиций и новаций, фундаментальности и междисциплинарности МГЮА выступает лидером юридического образования в стране. Именно поэтому наш Университет выступил с инициативой создания консорциума “Инновационная юриспруденция” и стал в рамках него опорным научно-образовательным центром»,* — подчеркнул ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Согласно Положению о консорциуме, его задачами являются:

— участие в исследовании актуальных потребностей рынка труда в области актуальных компетенций работников в сфере инновационной юриспруденции и их сопоставление с образовательными результатами программ высшего и среднего профессионального образования;

— ликвидация разрыва в уровнях качества регионального образования в различных регионах России, повышение глобальной конкурентоспособности российских юридических вузов и факультетов на основе единого информационно-образовательного базиса;





— осуществление оценки качества высшего юридического образования в российских образовательных организациях высшего образования, экспертиза образовательных программ;

— методическая и методологическая поддержка процесса разработки/адаптации образовательных программ высшего и среднего профессионального образования с целью корреляции их содержания с потребностями современной экономической системы и с учетом международных и российских социальных и образовательных трендов;

— подготовка юридических и управленческих кадров, а также специалистов в смежных областях на основе передовых мировых и российских образовательных инноваций, удовлетворяющих требованиям фундаментальности, инновационной наукоемкости, междисциплинарности, вариативности, антропоцентричности и технологической инновационности образовательных программ;

— обеспечение синергии образовательной и научно-исследовательской деятельности посредством интеграции в образовательный процесс передовых достижений науки и за счет вовлечения обучающихся в научно-практические исследования в различных формах творчески ориентированной исследовательской и инновационной образовательной деятельности;

— развитие социальных компетенций, навыков самоорганизации обучающихся, а также компетенций использования высоких технологий в профессиональной деятельности;

— организационно-методическая поддержка развития сетевых образовательных программ, программ академической мобильности, программ стажировок и иных форматов совместной деятельности участников консорциума в целях расширения спектра индивидуальных образовательных траекторий обучающихся;

— обучение и ассессмент по программам дополнительного профессионального образования представителей профессорско-преподавательского состава, которые обеспечат в дальнейшем реализацию модулей образовательных программ высшего и среднего профессионального образования в сфере инновационной юриспруденции (в том числе в рамках сетевого взаимодействия) на основе принципов цифровой дидактики, внедрения гибких и гибридных форматов обучения;

— апробация разработанных/апробированных в рамках деятельности консорциума программ высшего/среднего профессионального образования;

— реализация совместных междисциплинарных научных проектов по вопросам трансформации права в ответ на внешние вызовы, стремительное развитие науки и технологий и глобальные проблемы.

## **Стартует совместный проект ОНФ и МГЮА по правовому просвещению граждан**

Общероссийский народный фронт (ОНФ) и Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) запускают совместный проект «Правовое просвещение граждан». Проект нацелен на повышение юридической грамотности граждан и снижение напряженности в обществе, связанной с неоднозначной трактовкой некоторых правовых вопросов. Презентация проекта состоялась в пресс-центре ОНФ 11 марта.





Открыл встречу заместитель руководителя Исполкома по экспертно-аналитической работе и координации тематических площадок ОНФ Арсений Беленький. Он тепло поприветствовал участников и подчеркнул, что граждане зачастую остаются один на один с различными инстанциями, законами при решении правовых вопросов.

*«Нередко простой вопрос превращается в бесконечное движение документов, справок по судам и госорганам. Народный фронт много делает для того, чтобы упростить процедуры. Но мы видим, что часто людям нужны именно помощь, совет, им нужно рассказать про процедуры, про то, в какую инстан-*

*цию нужно обратиться. Поэтому проект, о котором мы сегодня будем рассказывать, очень актуален и востребован»,* — отметил спикер.



Член центрального штаба ОНФ, ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Виктор Блажеев, представляя проект, заметил, что причиной возникновения трудностей в решении правовых вопросов является прежде всего правовая неграмотность населения, спровоцированная отсутствием системного преподавания права в школах.

*«В рамках Ассоциации юристов России мы ставили вопрос относительно того, чтобы право преподавалось как самостоятельная дисциплина, а не в комплексе обществознания, потому что сейчас это получается "размытая" дисциплина, в которой есть и экономика, и философия, и право. Между тем любому*

*человеку, вступающему во взрослую жизнь, необходимы элементарные юридические знания,»* — подчеркнул Виктор Блажеев.

По его мнению, совместный проект ОНФ и МГЮА по правовому просвещению граждан поможет им разобраться в законодательном регулировании, например действий в Интернете.



*«Нам нужно ориентировать наших граждан в новом законодательстве. И это как раз тоже задача проекта по правовому просвещению»,* — продолжил ректор МГЮА. Виктор Блажеев также обратил внимание на то, что пандемия существенно затрудняет личное посещение юридических консультаций и любых инстанций, а проект позволит решить данную проблему.

Член Центрального штаба ОНФ, координатор законодательных инициатив ОНФ в Государственной Думе, депутат Государственной Думы Наталья Костенко выразила надежду на то, что проект «Правовое просвещение граждан» станет инструментом саморегулирования общества и коррекции работы органов власти.

«Очень много проблем возникает из-за неинформированности граждан. Да, есть законы, которые мы принимаем. Но они не работают, потому что люди не знают, что какие-то нормы вступают в силу, не могут ими воспользоваться для улучшения своей жизни и из-за этого тоже возникает недовольство. С другой стороны, они не знают, как в принципе выстроена система защиты. В лучшем случае знают, что нужно написать Президенту или губернатору, более подготовленные граждане знают, что нужно написать депутату или прокурору. Но это заканчивается тем, что жалобы спускаются вниз на «обидчика», и вместо некого резонанса мелкие чиновники «обижаются» на граждан и делают все, чтобы максимально не помочь», — пояснила Наталья Костенко.

Депутат сообщила, что незнанием людьми своих прав часто пользуются мошенники, к примеру так называемые «раздолжники», предлагающие за плату решить проблемы с кредиторами, и псевдоюристы, наживающиеся на посредничестве по предоставлению бесплатных услуг пенсионерам.

Наряду с выступающими в качестве слушателей, в мероприятии приняли участие студенты — члены Молодежной законотворческой палаты МГЮА, присоединившиеся к проекту как юристы-волонтеры.



Фото: Ксения Акуленко (МГЮА)



## В МГЮА обсудили перспективы внедрения LegalTech в юридическом образовании



В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялась встреча представителей образовательных организаций, работодателей и вендоров на дискуссионной площадке LegalTech в юридическом образовании Pro & Contra.

Мероприятие было организовано кафедрой практической юриспруденции, Центром Pro.Образование, лабораторией LegalTech и Центром академического развития и образовательных инноваций Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

С приветственным словом выступила проректор по учебной и методической работе МГЮА Мария Мажорина, которая отметила необходимость профессиональной адаптации юриста к современным реалиям цифровой экономики и важность трансформации образовательного процесса, а также формирования у выпускников юридических вузов компетенций под запрос работодателей.

Также участников встречи поприветствовал президент Европейской ассоциации LegalTech Хольгер Цшайге, который обозначил формат дискуссии и основные ее направления, в частности необходимость обучения информационным технологиям, используемым в юридической деятельности, непосредственно в вузе, отметил потребности в создании совместных проектов представителей вузов и вендоров для развития LegalTech и

обмена опытом в этой области.

Общее количество участников составило более 170 человек, в число которых вошли представители вузов из разных регионов России, руководители юридических департаментов ведущих компаний, непосредственно разработчики LegalTech-продуктов. Модератором встречи выступила заместитель заведующего кафедрой практической юриспруденции Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Мария Самсонова, которая призвала участников мероприятия обмениваться опытом обучения LegalTech, скоординировать действия и объединить усилия в развитии этой новой области подготовки юристов.

Своими мыслями и предложениями в области развития LegalTech и LegalDesign и включения их в образовательный процесс поделились Алина Теслюк («КонсультантПлюс»), Артем Подшибякин (компания Inditex), Егор Трубников (компания «Сибур»), Антон Вашкевич (компания Simploer), Алексей Синицын (Национальная ассоциация цифровой экономики), Алексей Пелевин (группа компаний «Право.ру»), Николай Дмитрик и Игорь Терещенко (МГУ имени М. В. Ломоносова), Алексей Минбалеев (МГЮА), Дмитрий Большаков (компания Botman One) и др.





В ходе обмена мнениями участниками встречи было принято решение о выработке меморандума о сотрудничестве в рамках развития LegalTech и о разработке конкретных предложений по совместным межвузовским проектам с участием представителей работодателей и разработчиков продуктов LegalTech и LegalDesig. А Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) продолжит работу дискуссионной площадки на постоянной основе.

### Ассоциация студентов МГЮА приняла новый устав

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошло собрание Объединенного совета обучающихся Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В мероприятии приняли участие проректор по учебной и методической работе Мария Мажорина, руководители Управления по внеучебной и воспитательной работе МГЮА Виолета Николашкина и Антон Журков, а также представители филиалов Университета.

Основными вопросами в повестке заседания были принятие проекта нового устава Ассоциации студентов, информация о проведении отчетно-выборной конференции Ассоциации студентов 21 мая 2021 г. и презентация нового объединения обучающихся — студенческого комитета по качеству образования.

Мария Мажорина подчеркнула важность участия самих ребят в работе студенческого сообщества.

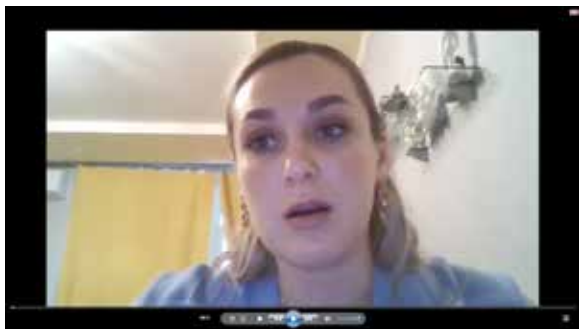


*«Сегодня вы приняли очень важное решение, вернувшись к тому, что всегда любили наши студенты, — к Ассоциации студентов. Организация сменяла разные названия, был Объединенный совет обучающихся. Это те названия, которые во многом были обусловлены требованиями законодательства. Сейчас мы возвращаемся к тому, с чего и начиналось, — к Ассоциации студентов МГЮА. Смотря на работу, которую вы ведете, я всегда восторгаюсь тем азартом, с которым вы подходите к делу. Я сейчас говорю о самых разных структурах Ассоциации студентов. Каждый проект пропитан любовью студентов, которые его делают, и это видно очень многим людям», —* отметила Мария Мажорина.

На протяжении двух месяцев в студенческой рабочей группе велась подготовка нового устава Ассоциации студентов. За это время были рассмотрены десятки инициатив и предложений в проект документа, большинство из них нашли свое отражение в новом уставе. Обновленный документ Ассоциации студентов содержит новые цели и задачи организации, устанавливает новые принципы функционирования, механизмы принятия решений и порядок организации работы студенческих объединений Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

## КОНФЕРЕНЦИИ, СЕМИНАРЫ

### Новые тренды налогообложения для физических лиц



В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялся круглый стол на тему «Новые тренды налогообложения физических лиц». Организатором мероприятия выступила кафедра налогового права МГЮА.

С приветственным словом к участникам обратилась модератор дискуссии — заведующий кафедрой налогового права МГЮА профессор, доктор юридических наук Дарья Мошкова, которая поблагодарила всех, кто смог присоединиться к онлайн-сессии и разъяснила регламент.

Заместитель начальника Управления досудебного урегулирования налоговых споров Федеральной налоговой службы России, старший преподаватель кафедры налогового права МГЮА кандидат юридических наук Артем Мкртумян представил доклад на тему: «Практические аспекты реализации положений Федерального закона № 372-ФЗ в части применения ставки 15 процентов по НДФЛ».

Изменения были воплощены в законопроекте и с 1 января 2021 г. вступили в силу как Федеральный закон № 372-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации в части налогообложения доходов физических лиц, превышающих 5 миллионов рублей за налоговый период».

*«Законодатель ввел понятие “совокупность налоговых баз”. То есть у нас есть налоговая база и совокупность налоговых баз. И чтобы у вас не возникали*





вопросы, давайте проясним, что это такое, так как указанная налоговая ставка будет применяться в отношении совокупности всех доходов налогоплательщика, за исключением доходов, облагаемых по иным налоговым ставкам», — обратил внимание участников Артем Мкртумян.

Профессор кафедры финансового права МГЮА, доктор юридических наук Николай Артемов, выступая с сообщением на тему «К вопросу о социальной справедливости при налогообложении физических лиц», подчеркнул, что в его понимании «социальная справедливость — это жизненно важный принцип».

В круглом столе приняли участие преподаватели, научные сотрудники, докторанты, аспиранты, соискатели, представители органов государственной власти и местного самоуправления, практикующие юристы.



### Проблемы тупиковых ситуаций в управлении корпорациями

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялось первое заседание возобновленного СНК «Корпоративное право». На обсуждение были поставлены вопросы разрешения тупиковых ситуаций в управлении корпорацией.

С напутственными словами выступили заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права доктор юридических наук, профессор Инна Ершова, заместитель заведующего кафедрой предпринимательского и корпоративного права кандидат юридических наук, доцент Екатерина Енькова.

Обзорный доклад по проблематике тупиковых ситуаций в управлении корпорациями (дедлоков) сделал руководитель СНК «Корпоративное право» кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Анатолий Беседин.

На обсуждение был представлен доклад соискателя кафедры предпринимательского и корпоративного права Дарьи Фейзрахмановой на тему «Предупреждение и разрешение корпоративных конфликтов».

В активной дискуссии приняли участие более 40 гостей: преподаватели, аспиранты, магистранты, студенты. Был представлен анонс заседаний СНК «Корпоративное право», ближайшее из которых будет посвящено проблеме принудительного прекращения участия в корпорациях.



**3. Доверительное управление долей корпорации (наследование и др.)**

постановление Президиума ВАС от 27 марта 2011 г. № 12653/11 по делу о наследовании доли в уставном ка (дело ООО «Факел СТ»)

+ передача в доверительное управление профессиональному участнику

## Проблемы судебной системы и науки процессуального права

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 12 марта 2021 г. в онлайн-формате состоялась I Международная научно-практическая конференция «Сфера правосудия».

Организатором мероприятия выступили кафедра гражданского и административного судопроизводства при поддержке юридической группы KDZ & partners, АНО «Содружество выпускников МГЮА», компании «КонсультантПлюс».

Конференция началась с пленарного заседания, модератором которого стала доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) кандидат юридических наук Елена Стрельцова.



С приветственными словами выступили проректор по научной работе, профессор кафедры теории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Владимир Синюков, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства кандидат юридических наук Сергей Михайлов и директор АНО «Содружество выпускников МГЮА» Вахтанг Федоров.

Первым с докладом «Применение принципа добросовестности судами» выступил Константин Скловский — доктор юридических наук профессор Российской школы частного права, профессор-исследователь НИУ ВШЭ. Спикер связал разрушительное применение

принципа добросовестности с двумя сферами: аннулирование сделок в массовом порядке посредством обсуждения недобросовестности и обсуждение незаконного поведения с позиции его добросовестности и тем самым размывание системы правового регулирования и ослабление смысла закона.

Следующим слово взял Фриас Николас Оссандон — заместитель директора программы «Реформы правосудия» Папского католического университета Чили, профессор кафедры процессуального права Калифорнийского университета. В своем выступлении он рассмотрел альтернативные формы разрешения споров в контексте гражданско-процессуальной реформы Чили и основные ее свойства. В заключение профессор отметил, что данная тема тесно связана с текущими конституциональными дебатами, которые сейчас проходят в Чили.

Владимир Ярков, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, представил доклад на тему «Эволюция понимания пределов правосудия в постсоветский период: уроки и перспективы».

Замыкал плеяду докладчиков Ксавьер Фрэнсис — партнер Rajah & Tann (Сингапур), президент Ассоциации адвокатов стран Тихоокеанского бассейна (IPBA), президент Королевского института арбитров (CLArb), старший юрисконсульт Верховного суда Сингапура и солиситор Верховного суда Англии и Уэльса. Во время своего выступления Фрэнсис рассмотрел споры в государственном суде и арбитраже, выделив преимущества, риски и перспективы.

## Правовые вопросы защиты детей

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошел круглый стол «Криминологический мониторинг законодательства в сфере детствосбережения». Мероприятие было организовано кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).



С приветственным словом к участникам конференции обратилась первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации Елена Грачева.

*«Когда мы говорим о детствосбережении, то мы говорим о судьбе страны, нашего общества, поэтому тема чрезвычайно значима и важна. Когда здоровое общество отказывается заниматься своими детьми и не уделяет им должного внимания, то дети сразу оказываются в руках тех, кто наносит колоссальный вред судьбам этих детей, их семьям и обществу в целом. Роль криминологии в обсуждении этой проблемы чрезвычайно важна, поскольку она пытается проанализировать проблему с различных позиций, с различных точек зрения, и у нас формируется целостное представление о том, как решать эту проблему»,* — открыла мероприятие первый проректор Елена Грачева.

Первым на заседании выступил заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации Игорь Мацкевич. Ученый посвятил свой доклад проблемам законодательного регулирования правового просвещения детей и их родителей.

*«В Федеральном законе «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации» есть статья 18 «Правовое просвещение и правовое информирование», в ней дается очень поверхностное определение, что такое просвещение и субъекты профилактики. В Законе написано, что*



*просвещение — это доведение до сведений граждан и организаций информации, направленной на обеспечение защиты прав и свобод человека. Мой тезис: в России нет правового просвещения. Результат — молодежь выходит на улицы, не понимая, что стоит за лозунгами, и не представляя последствий для себя. На законодательном уровне эта проблема не только не решена, но даже еще не поставлена. Этим надо заниматься», — заключил Игорь Мацкевич.*

По словам ученого, более глубоко об этом говорится в Основах государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан.

Профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) доктор юридических наук, профессор Елена Антонян изучила тему «Детствосбережение и проблемы законодательного регулирования».

*«Вопросы, связанные с детствосбережением, являются приоритетными. Согласно принятым поправкам в Конституцию Российской Федерации, дети являются важнейшим приоритетом государственной политики России, государство создает условия, способствующие духовному, нравственному, интеллектуальному, физическому развитию детей, воспитанию в них патриотизма, гражданственности, уважения к старшим. Государство, обеспечивая приоритет семейного воспитания, берет на себя обязанности родителей в отношении детей, оставшихся без попечения. В мае 2017 г. Президентом Российской Федерации Владимиром Владимировичем Путиным был подписан Указ об объявлении 2018—2027 годов в России десятилетием детства, целью которого является совершенствование государственной политики в сфере защиты детей, и на законодательном уровне уже достигнуты положительные результаты, которые применяются на практике», — проанализировала законодательство Елена Антонян.*

После докладов началась дискуссия участников конференции.

Игорь Мацкевич обратил внимание на необходимость активно бороться с киберпреступлениями, назвав интернет-пространство огромным, но не безграничным.

*«Уйти с места преступления из интернет-пространства, не оставив следа, сейчас невозможно. Что касается сайтов, которые ведут к самоубийствам, — это результат бездействия правоохранительных органов», — подытожил Игорь Мацкевич.*

## **Дискуссия о правовом регулировании освоения космических ресурсов**

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошло заседание Клуба юриста-международника в гибридном формате под руководством заведующего кафедрой международного права Натальи Соколовой.

Темой обсуждения стали проблемы, возникающие в связи с возможным освоением космических ресурсов в свете Договора по космосу 1967 г., Соглашения о деятельности государств на Луне и других небесных телах 1979 г. и актов

национального законодательства государств, активно осуществляющих космическую деятельность, в первую очередь США, а также России, Китая, государств Европейского Союза.

Перед преподавателями, аспирантами и студентами МГЮА выступил с обширным докладом гость клуба — научный руководитель Института законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ, президент Российской ассоциации международного права доктор юридических наук, профессор Анатолий Капустин. Ученый заявил о незыблемости договорных положений и выразил сомнения в том, что деятельность США и их партнеров в рамках космической программы «Артемиды», реализация которой началась с подписания соответствующих соглашений 13 октября 2020 г., способна в перспективе привести к прекращению существующих международных договоров. По мнению докладчика, попытки односторонних действий «были, есть и будут», однако частные соглашения не могут отменить международные договоры общего характера.

В полемику с Анатолием Капустиным вступил доктор юридических наук, научный руководитель Высшей школы права МГЮА Владислав Толстых, заявив о том, что Договор 1967 г. не является неизменным. При этом выступающий выдвинул три аргумента для обоснования своей позиции: известный римскому праву принцип гомстеда — первоначального присвоения — может быть успешно применен и в космическом праве, т.е. когда к земле применяется труд, она может быть присвоена.

Второй аргумент — понятие «зон безопасности», введенное ст. 11 Соглашений «Артемиды», в дальнейшем может привести к выходу США и их партнеров из Договора 1967 г., по которому стороны намерены уведомлять друг друга о своей деятельности и координировать ее во избежание вредных помех, а районы, в которых будет осуществляться такое уведомление и координация, называются «зонами безопасности» (safety zones). Третий аргумент — США контролируют 80 % космической индустрии, а Россия — примерно 1 %, что затрудняет сопротивление американской экспансии.

В научной дискуссии также приняли активное участие преподаватели и аспиранты кафедры международного права МГЮА: профессора Людмила Ануфриева и Вячеслав Батырь изложили свою позицию, высказались доцент Артур Гуласарян, а также аспиранты кафедры и студенты.





## МЕРОПРИЯТИЯ РЕКТОРАТА

### Ученый совет МГЮА



29 марта 2021 г. в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в смешанном формате состоялось очередное заседание Ученого совета, начавшееся с торжественного награждения ректора МГЮА заслуженного юриста Российской Федерации Виктора Блажеева орденом Почета Республики Южная Осетия. В рамках Ученого совета обсуждалась подготовка к VIII Московскому международному юридическому форуму.

Начальник Военного учебного центра, полковник Роман Даниленко огласил приказ Министра обороны РФ, генерала армии Сергея Шойгу о присвоении звания полковника старшему преподавателю ВУЦ, подполковнику запаса Александру Салию.



Далее Виктор Блажеев объявил о присвоении приказом ректора заведующему кафедрой теории государства и права Оренбургского института (филиала) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Александру Колотову и заведующему кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Евгению Ищенко звания «Ветеран МГЮА имени О.Е. Кутафина» за многолетнюю безупречную работу.

Также члены Ученого совета поздравили команду «Фемида» в составе Александры Андреевой (3-й курс ИППУ), Ксении Симоновой (3-й курс ИПР (СПД)) и Елизаветы Шилкиной (3-й курс ИПР (СПД)) с победой в научном соревновании студентов «Всероссийские студенческие судебные дебаты по уголовным делам».



Мероприятие прошло в онлайн-формате на базе Таврической академии Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Отдельно стоит отметить, что Елизавета Шилкина победила в номинации «Лучший оратор». Виктор Блажеев выразил благодарность тренерскому составу: доценту кафедры правового моделирования, кандидату юридических наук Татьяне Сушиной и заведующему кафедрой правового моделирования Яне Алимовой. Представитель студенческой команды Елизавета Шилкина тепло поблагодарила своих преподавателей:

*«Спасибо большое за предоставленную возможность проявить свои знания, а главное — обучиться новому. Отдельное спасибо Татьяне Сушиной, поскольку именно она на протяжении всего времени нас поддерживала и наставляла».*



Студентка отметила моральную поддержку наставника, выразила надежду, что в будущем их команду ждет не менее плодотворная работа и пожелала всем новых побед, удачи и успехов.

Также в ходе заседания ректор сердечно поздравил апрельских юбиляров Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), пожелав коллегам крепкого здоровья, удачи, счастья, любви и всего самого хорошего: профессора кафедры криминалистики Надежду Кручинину, заведующего кафедрой интеллектуальных прав Людмилу Новоселову, доцента кафедры налогового права Виктора Мачехина, преподавателя военно-учебного центра Михаила Сафонова, заведующего кафедрой криминалистики Евгения Ищенко и директора Издательского центра Юлию Назарову.

Проректор по научной работе Владимир Синюков представил членам Ученого совета программу подготовки к VIII Московскому международному юридическому форуму. Свое выступление спикер начал с напоминания о прошедшем Первом Вологодском региональном форуме с международным участием «Право и экономика: стратегии регионального развития» и благодарности в адрес администрации филиала — Виталия Федотова и его коллег.

Переходя к теме предстоящего юридического форума, профессор подчеркнул важность для Университета проведения фундаментального научного мероприятия в очном формате, что подтвердило количество зарегистрировавшихся участников.

*«По количеству площадок тоже очень хорошая цифра — 55. Прежде всего это партнерские площадки, площадки, которые организованы совместно с Ассоциацией юристов России, Государственной Думой. Уникальная площадка будет 13 апреля в рамках Сочинского диалога вместе с Австрией с заявленной темой “Охрана культурного наследия”», — сообщил правовед.*

Также он отметил работу кафедр, которые продемонстрировали реализацию идеи форума — сотрудничество с государственными органами, консалтинговыми компаниями, научными, образовательными организациями, среди которых выделяются прикладные кафедры — банковского права, предпринимательского, энергетического и многие другие.

Владимир Синюков также анонсировал Всероссийский студенческий конкурс, который проводится Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) совместно с Государственной Думой по инновационной проблематике, по биотехнологиям.

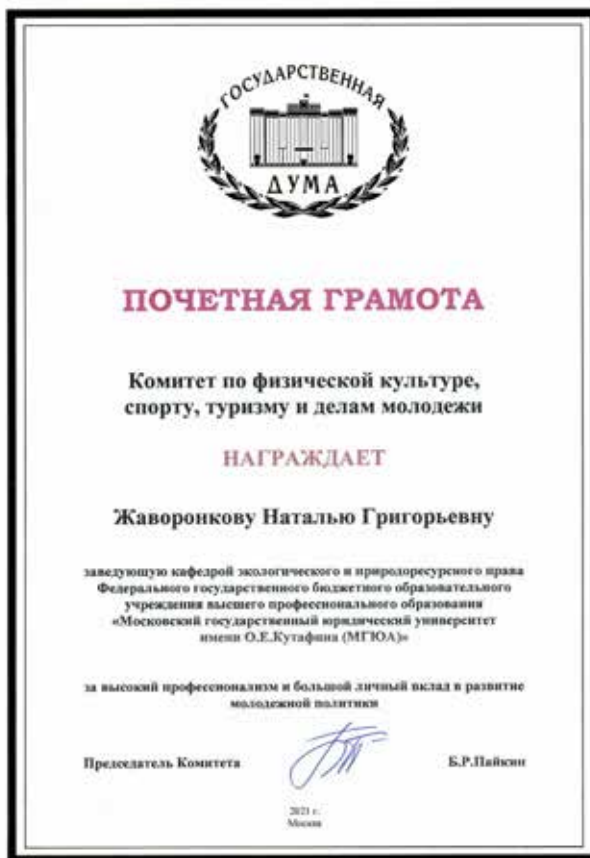
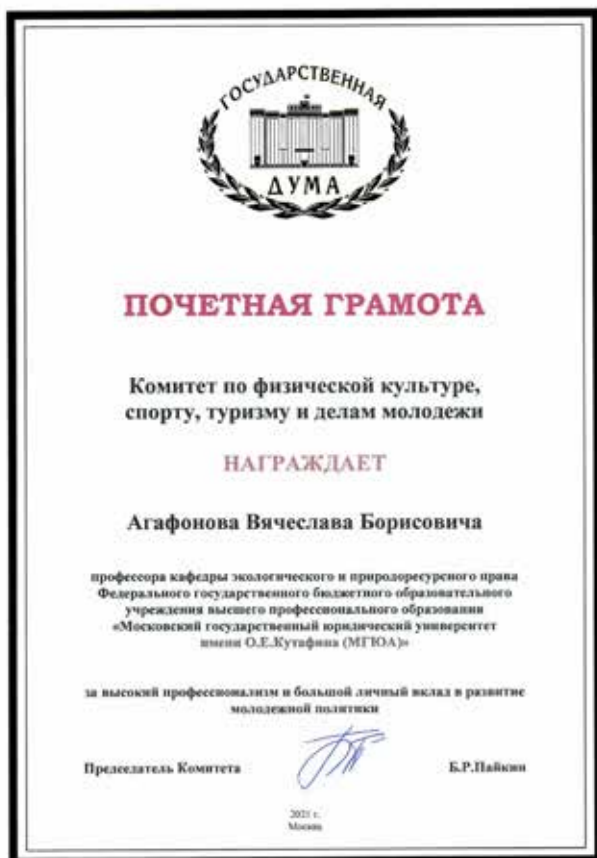


## НАГРАЖДЕНИЯ

### Ученые МГЮА награждены почетными грамотами Комитета Госдумы по физической культуре, спорту и делам молодежи

Заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) доктор юридических наук, профессор Наталья Жаворонкова и профессор той же кафедры доктор юридических наук, профессор Вячеслав Агафонов награждены почетными грамотами Комитета Государственной Думы по физической культуре, спорту, туризму и делам молодежи; как сказано в информационном сообщении Госдумы — *«за высокий профессионализм и большой личный вклад в развитие молодежной политики»*.

Инициатором представления ученых МГЮА к награде выступила член данного Комитета Римма Баталова. Инициатива была поддержана председателем Комитета по физической культуре, спорту, туризму и делам молодежи Думы Борисом Пайкиным.



# АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ

## О ВЗЫСКАНИИ УБЫТКОВ, ВОЗНИКШИХ В РЕЗУЛЬТАТЕ ВЫНЕСЕНИЯ СУДЕБНОГО ИЛИ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ И МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАКТИКЕ

**Аннотация.** Как свидетельствует судебная практика, решение суда или арбитража, повлекшее убытки для стороны, служит самостоятельным основанием для перевыставления соответствующих сумм нарушителю в качестве убытков. При этом речь идет не столько о признании иностранного судебного или арбитражного решения как такового, сколько о признании факта вынесения решения против стороны, потерпевшей убытки и пытающейся их взыскать, со стороны нарушителя. Основанием для такого признания служит общепризнанный принцип *res judicata*. Проблема взыскания указанных убытков усугубляется в ситуации, когда гражданско-правовое отношение осложнено иностранным элементом. Во-первых, применимым правом может оказаться национальное право, которое не признает возможность взыскания убытков в данном случае или обставляет их дополнительными требованиями. Во-вторых, признание уплаченных по иностранному судебному или арбитражному решению сумм в качестве убытков находится в прямой зависимости от степени доверия местных судов к соответствующим иностранным судебным и арбитражным решениям. В случае, когда заявлено требование о взыскании убытков, которые истец понес в связи с вынесенным против него решением суда или арбитража, возникает вопрос о начале течения срока исковой давности. Отечественная судебная практика свидетельствует, что срок исковой давности для взыскания убытков определяется с момента принятия и вступления в силу соответствующего судебного или арбитражного решения, но не с момента нарушения соответствующей стороной того первоначального обязательства, которое послужило основанием для обращения в иностранный суд или арбитраж.

**Ключевые слова:** убытки, упущенная выгода, реальный ущерб, неустойка, кредитор, должник, нарушение, последствие, причинная связь, Венская конвенция, *res judicata*, исковая давность, судебное и арбитражное решение.



**Владимир  
Александрович  
КАНАШЕВСКИЙ,**

и.о. заведующего кафедры  
международного частного  
права Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук,  
профессор  
[vakanashevskij@msal.ru](mailto:vakanashevskij@msal.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.027-033

© В. А. Канашевский, 2021

**V. A. KANASHEVSKY,**

*Acting head of the Chair of Private International Law of the Kutafin*

*Moscow State Law University (MSAL),*

*Dr. Sci. (Law), Professor*

***vakanashevskij@msal.ru***

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **ON COMPENSATION OF LOSSES INCURRED AS A RESULT OF COURT JUDGEMENTS OR ARBITRATION AWARDS**

**Abstract.** *As case law has proven, a court judgement or an arbitration award, which resulted the losses of the party, serve as a basis for claiming these losses as damages from a breaching party. In these cases, we do not deal with the issues of recognition of foreign judgements or arbitration awards, but rather on recognition of the mere fact of the issuance of a decision against the party which was suffered the damages and wants that the breaching party compensates them. The legal ground for this recognition is the commonly known principle of res judicata. Compensation of losses becomes more complicated in situation when a foreign element is involved in the relation. Firstly, it may happen that the applicable foreign law does not allow adjudication of damages in these situations or make it conditional by various requirements. Secondly, recognition of amounts paid under foreign judgements or arbitration awards as losses depends on the degree of trust of the local courts to these foreign judgements and awards.*

*In case a claim on compensation of losses which claimant incurred under foreign judgements and arbitration awards is filed in the court, the court faces with the question as to the starting point of a limitation period. The Russian case law evidences that a limitation period for claiming damages starts from the moment of issuance of the relevant court judgement or arbitration award and their came into effect, but not from the moment of breaching by the relevant party of its initial obligation, which was the basis for filing a claim in foreign court or arbitration institution.*

**Keywords:** *damages, lost profit, actual damage, penalty, creditor, debtor, breach, result, cause-in-effect connection, the Vienna Convention, res judicata, limitation period, court judgment, arbitration award.*

**В** настоящей статье будут рассмотрены главным образом два вопроса: во-первых, является ли судебное или арбитражное решение, вынесенное против стороны, основанием для требования ею убытков со своего контрагента, виновного в нарушении договора; во-вторых, каковы правила исчисления сроков давности для заявления соответствующих требований и являются ли данные требования регрессными. В качестве нормативной базы исследования выступают положения международных конвенций о купле-продаже, транспортных конвенций, нормы российского права, а также материалы опубликованной судебно-арбитражной практики.

## Судебное или арбитражное решение как основание для требования убытков

Требование о возмещении убытков является способом защиты, направленным на восстановление имущественного положения потерпевшего, а реализация требования взыскания убытков — это мера ответственности<sup>1</sup>. Убытки, которые возникают у стороны на основании вынесенного против нее судебного или арбитражного решения, довольно распространенное явление во внутреннем гражданском обороте. Взыскание таких убытков основывается на положениях внутреннего права и судебной практики.

Однако, когда отношения носят трансграничный характер, ситуация уже не выглядит столь однозначной. Во-первых, применимым правом может оказаться национальное право, которое не признает возможности взыскания убытков в данном случае или обставляет это дополнительными требованиями. Во-вторых, признание уплаченных по иностранному судебному или арбитражному решению сумм в качестве убытков находится в прямой зависимости от степени доверия местных судов к соответствующим иностранным судебным и арбитражным решениям.

Так, большинство государств признают руководящий принцип *res judicata* (лат. решенное дело), который означает необходимость уважать иностранное судебное решение, признавать его существование и тот факт, что выплаченная на его основании сумма должна квалифицироваться как убытки, согласно критериям применимого национального права. Принцип *res judicata* нашел отражение в национальном праве и доктрине и квалифицируется в качестве принципа транснационального гражданского процесса<sup>2</sup>. Значение данного принципа определяется формулой: как только спорный вопрос был разрешен судом, решение суда считается окончательным и данный вопрос не может быть перерешен (*re-litigated*) между теми же сторонами<sup>3</sup>.

Иной подход приведет к тому, что суд будет неизбежно пересматривать иностранное судебное решение, на основании которого заявлено требование о компенсации убытков. Кроме того, под угрозу будут поставлены и требования, основанные на добровольной выплате штрафов и компенсаций третьему лицу, без вынесения судебного решения. Равным образом сказанное характерно и для арбитражных решений, пересмотр которых национальными судами также недопустим<sup>4</sup>. В результате государства признают судебные и арбитражные решения, в том числе иностранные, в качестве достаточных оснований для признания

<sup>1</sup> См.: Булаевский Б. А. Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 10. С. 38.

<sup>2</sup> См.: Принципы транснационального гражданского процесса. Ст. 28 // URL: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles> (дата обращения: 23.11.2020).

<sup>3</sup> *Barnet P. Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgements. The Preclusive Effect of Foreign Judgements in Private International Law.* New York : Oxford University Press, 2001. P. 4.

<sup>4</sup> См.: Викторова Н. Н. Оспаривание арбитражных решений по Вашингтонской конвенции 1965 г. // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 10. С. 109.





регрессных требований и (или) присуждения убытков стороне, уплатившей согласно данным решениям.

В частности, в российской практике установилось правило, согласно которому для взыскания убытков по ст. 15 ГК РФ истец должен в совокупности доказать следующие обстоятельства: (i) факт нарушения договора другой стороной, (ii) наличие и размер понесенных убытков, (iii) причинную связь между допущенным нарушением и возникшими убытками<sup>5</sup>. В случае если к лицу был предъявлен иск в результате неисполнения им своих договорных обязательств и такое лицо выплатило по решению суда сумму неустойки своему контрагенту, то такое лицо вправе требовать компенсации указанных сумм от лица, которое своими действиями привело к возникновению указанной ситуации.

К примеру, продавец, не имея в распоряжении указанный в договоре поставки товар, в свою очередь, заключил договор на его производство и поставку с третьим лицом — субпоставщиком. Поскольку субпоставщик нарушил договор с продавцом и не поставил товар в срок, продавец нарушил свои обязательства перед покупателем, в результате чего вынужден был заплатить ему неустойку. Уплаченная покупателю неустойка является убытками продавца, которые он вправе истребовать с субпоставщика. Указанные случаи распространены на практике.

В качестве иллюстрации приведем выдержку из постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.03.2013 № 15078/12 по делу № А40-36805/12-37-133: «В предпринимательской деятельности товар, как правило, приобретает с целью дальнейшей перепродажи, и договор на перепродажу товара может быть заключен позднее. При таких условиях любой разумный продавец товара должен предвидеть, что неисполнение им своих обязательств по поставке товара может, в свою очередь, повлечь неисполнение обязательств покупателя перед другим лицом и возникновение у него ущерба. В рассматриваемом деле заключение истцом договора с ответчиком ранее заключения государственного контракта не свидетельствует об отсутствии причинно-следственной связи между действиями (бездействием) ответчика и убытками истца... Исходя из изложенного... недопоставка и несвоевременная поставка ответчиком предварительно оплаченного истцом товара повлекли нарушение истцом своих обязательств по поставке товара по государственному контракту, в результате чего он был вынужден уплатить пени и штраф, а также лишился возможности получения прибыли, на которую в условиях обычного гражданского оборота был вправе рассчитывать... Факт нарушения обществом... обязательств по договору установлен вступившим в законную силу решением Арбитражного суда города Москвы от 30.11.2011 по делу № А40-91408/11-97-751 о взыскании с общества... рублей за оплаченный, но не поставленный товар; имеется причинно-следственная связь между понесенными убытками и нарушением обязательств ответчиком, вследствие чего вывод судов об отказе в удовлетворении заявленного требования ввиду отсутствия упомянутых условий является необоснованным»<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств» от 24.03.2016 № 7 (в ред. от 07.02.2017). П. 5 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> СПС «КонсультантПлюс».



Анализ практики зарубежных судов и арбитражных институтов показывает, что они придерживаются сходных позиций и признают понесенные стороной расходы, в том числе на основании судебного или арбитражного решения, в качестве ее убытков. Этому способствует и широкое понимание убытков в международных документах. Так, согласно ст. 74 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее — Венская конвенция) убытки за нарушение договора одной из сторон составляют сумму, равную тому ущербу, включая упущенную выгоду, который понесен другой стороной вследствие нарушения договора.

Суммы, уплаченные в возмещение третьей стороне (субпокупателям) за поставку им дефектных товаров, квалифицировались как убытки согласно Венской конвенции<sup>7</sup>. В одном из дел Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ взыскал с ответчика сумму штрафных санкций, которая, в свою очередь, была взыскана с истца по решению третейского суда<sup>8</sup>.

Ответчик в качестве аргумента для непризнания требований истца может настаивать на том, что иностранный суд не предпринял мер к привлечению ответчика в процесс в качестве третьего лица (или заинтересованной стороны) и не выслушал его возражений, которые он мог бы выдвинуть против первоначального истца, чтобы предотвратить вынесение негативного решения. Вместе с тем такой аргумент защиты не является убедительным исходя из того, что привлечение третьего лица в процесс является возможным, но не необходимым условием для рассмотрения дела в иностранных судах. Что касается коммерческих арбитражей, то их правила процедуры допускают участие дополнительного лица только с согласия арбитража и сторон<sup>9</sup>. Кроме того, анализ подобных аргументов ответчика неизбежно вынуждает суд или арбитраж давать оценочные суждения относительно иностранного судебного или арбитражного решения, что противоречит принципу *res judicata*.

## Правила исчисления срока исковой давности

В случае, когда заявлено требование о взыскании убытков, которые истец понес в связи с вынесенным против него решением суда или арбитража о взыскании неустойки по договору с третьим лицом — субпокупателем, возникает вопрос об исковой давности. С какого момента исчислять срок исковой давности — с момента вынесения судебного (арбитражного) решения или с момента, когда имел место факт нарушения основного договора?

<sup>7</sup> См.: UNCITRAL Digest of case law on the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods. 2016. [Комментарий 22 к ст. 74.] P. 336 // URL: [http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf) (дата обращения: 23.11.2020).

<sup>8</sup> См.: решение МКАС при ТПП РФ от 19.05.2006 по делу № 122/2005 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>9</sup> См., например: Арбитражные правила ЛМТС от 01.10.2020. Ст. 22(x) // URL: [https://www.Icia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/Icia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.Icia.org/Dispute_Resolution_Services/Icia-arbitration-rules-2020.aspx); Арбитражные правила МТП от 01.01.2021. Ст. 7 // URL: [https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article\\_7](https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_7).



В соответствии со ст. 195 ГК РФ исковой давностью признается срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено. Согласно п. 1 ст. 196 ГК РФ общий срок исковой давности составляет три года со дня, определяемого в соответствии со ст. 200 ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 200 ГК РФ течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права.

Представляется, что право на взыскание убытков не может быть ограничено сроками взыскания неустойки согласно основному договору, поскольку убытки у истца возникли не в момент нарушения этого договора, а с момента вынесения решения судом или арбитражем. Именно с указанного момента истец узнает о нарушении своего права (причинение ему убытков), и, соответственно, с этого момента должен исчисляться установленный законом трехлетний срок давности. Данный подход полностью поддерживается практикой российских государственных судов.

Так, в постановлении Десятого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2017 № 10АП-8725/2017 по делу № А41-10922/16 сказано: «В силу своей природы обязательства по возмещению убытков не могут быть отнесены к обязательствам с определенным сроком исполнения. Обязанность по оплате соответствующих сумм окончательно сформировалась после вступления в силу судебного акта, т.е., учитывая дату постановления Десятого арбитражного апелляционного суда по делу № А41-49165/2014, не раньше 18 февраля 2016 года. При этом нарушение прав истца до 18 февраля 2016 года отсутствовало, так как срок исковой давности неразрывно связан с правом, для защиты которого он отведен, соответственно, раньше нарушения самого права течение срока исковой давности начаться не может. Исковое заявление АО «РЭМКО» было подано в Арбитражный суд Московской области 26 февраля 2016 года... то есть в пределах установленного срока. Вывод суда первой инстанции о том, что права истца нарушены ответчиком в рамках правоотношений, возникших по договору № ... от..., по которому определен срок исполнения обязательств, не принимается апелляционным судом, поскольку в рассматриваемом деле требование основано на нормах гражданского законодательства об убытках, и данный [иск] рассматривается в части установления причинно-следственной связи между действиями ответчика и наступившими для истца неблагоприятными последствиями в виде взысканных по делу № А41-49165/2014 денежных средств. Таким образом, довод ответчика о пропуске истцом срока исковой давности для обращения истца является ошибочным и общий трехгодичный срок исковой давности истцом не пропущен».

В другом деле суд отметил, что «отклоняя довод ответчика о пропуске срока исковой давности, суды руководствовались ст. 196, 200 ГК РФ и пришли к выводу о соблюдении истцом срока исковой давности, с учетом того, что право на возмещение убытков возникло у истца не в связи с непосредственным исполнением договора №... от... а на основании вступившего в законную силу судебного акта от 21.08.2013 по делу № А56-30239/13»<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> См.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.08.2015 по делу № А41-80810/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

Развернутую аргументацию дана в следующем деле: «В силу своей природы обязательства по возмещению убытков не могут быть отнесены к обязательствам с определенным сроком исполнения. Истец понес убытки только в момент исполнения решения суда от 18.10.2012. Обязанность по оплате соответствующих сумм окончательно сформировалась после вступления в силу судебного акта, то есть, учитывая дату постановления Тринадцатого арбитражного апелляционного суда по делу № А56-55772/2011, не раньше 18.06.2012. Следовательно, срок исковой давности истекает не ранее 18.06.2015. Исковое заявление... было подано в Арбитражный суд 02.09.2013.... Таким образом, довод ответчика об истечении срока исковой давности был правомерно отклонен судом первой инстанции»<sup>11</sup>. К аналогичным выводам пришли российские суды в других делах<sup>12</sup>.

Стоит отметить, что и Верховный Суд РФ в своем постановлении также обратил внимание на то обстоятельство, что исковая давность применяется по заявлению как стороны в споре (п. 2 ст. 199 ГК РФ), так и третьего лица, если в случае удовлетворения иска к ответчику возможно предъявление ответчиком к третьему лицу регрессного требования или требования о возмещении убытков<sup>13</sup>.

Таким образом, приведенная выше судебная практика России подтверждает, что сроки исковой давности по взысканию убытков должны исчисляться с момента вынесения решения соответствующим судом (третейским судом, арбитражем).

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Булаевский Б. А. Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 10.
2. Викторова Н. Н. Оспаривание арбитражных решений по Вашингтонской конвенции 1965 г. // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 10.
3. *Barnet P.* Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgements. The Preclusive Effect of Foreign Judgements in Private International Law. — New York : Oxford University Press, 2001.

<sup>11</sup> См.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 10.06.2014 по делу № А41-43534/ 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> См.: постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 09.10.2017 № Ф02-4878/2017 по делу № А19-2557/2017 ; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18.10.2018 № Ф04-3853/2018 по делу № А45-23834/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>13</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах, связанных с применением норм ГК РФ об исковой давности» от 29.09.2015 № 43. П. 10 // СПС «КонсультантПлюс».

## Современные аспекты развития международного частного права



**Мария Викторовна  
МАЖОРИНА,**

проректор по учебной и  
методической работе,  
кандидат юридических  
наук, доцент кафедры  
международного частного  
права Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[mvmazhorina@msal.ru](mailto:mvmazhorina@msal.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

### НОРМЫ НЕГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ПАРАДИГМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: КОЛЛИЗИЯ ПРАВА И НЕПРАВА<sup>1</sup>

**Аннотация.** Процесс активного применения норм негосударственного регулирования, начавшийся с трансграничной торговли еще в Средневековье (*lex mercatoria*), распространился сегодня практически на все виды трансграничных отношений, хотя и с разной степенью проникновения и признания соответствующих норм. Неправовая материя, стремительно масштабируемая в условиях сетевого общества до размеров, фрагментарно превышающих правовые «покровы», предопределяет парадигмальные сдвиги в части правопонимания и правоприменения, а также обостряет новый тип коллизии: коллизию права и неправа при регулировании трансграничных отношений, особенно в условиях киберпространства. Нормы негосударственного регулирования в парадигме международного частного права — один из современных концептов, интегрирующий в себе недерминированные государством правила поведения и предопределяющий направление развития международного частного права, требующий своего актуального осмысления ввиду эволюции порядка создания, форм объективирования, практики применения. В статье исследуются различные научные взгляды на природу норм негосударственного регулирования и их место в современной парадигме международного частного права, а также новые нормативные режимы, лежащие за пределами традиционных государствоориентированных моделей, которые анализируются на предмет их коллизии с правом и выработки методологии их встраивания в регуляторные механизмы.

**Ключевые слова:** нормы негосударственного регулирования, *lex mercatoria*, международное частное право, коллизия права, применимое право, *lex voluntatis*, международный коммерческий арбитраж, гибридность, сетевое право.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.034-048

<sup>1</sup> Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научно-исследовательского проекта № 18-29-16061 «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса — 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

**M. V. MAZHORINA,**

Vice-rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of International Private  
Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

**mvmazhorina@msal.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### **A-NATIONAL RULES IN THE PARADIGM OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE CONFLICT OF LAW AND NON-LAW**

**Abstract.** *The process of active application of the norms of non-state regulation, which began with cross-border trade in the Middle Ages (lex mercatoria), has now spread to almost all types of cross-border relations, although with varying degrees of penetration and recognition of the relevant norms. Non-legal matter, rapidly scalable in terms of network companies to sizes fragmented exceeding legal “veils”, leads to paradigm shifts in terms of law and law enforcement, and aggravating new type of conflict: the conflict of law and non-law of cross-border relations, especially in the context of cyberspace. The norm of non-state regulation in the paradigm of private international law is one of the modern concepts that integrate norms of behavior that are not derived from States and determine the direction of development of private international law, which requires its actual understanding in connection with the evolution of the order of creation, forms of objectification, and practice. The article examines various scientific views on the nature of the norms of non-state regulation and their place in the modern paradigm of private international law, as well as new regulatory regimes that lie outside the traditional state-oriented models, analyzes their conflict with the law, and develops a methodology for their integration into regulatory mechanisms.*

**Keywords:** *norms of non-state regulation, lex mercatoria, private international law, conflict of law, applicable law, lex voluntatis, international commercial arbitration, hybridity, network law.*

## **1. Концептуализация норм негосударственного регулирования в науке международного частного права**

Ослабление Левиафанов и других динозавров современного права открывает экологическую нишу для более скромных нормативных существ, ранее ограниченных вспомогательными задачами... но готовых воспользоваться возможностью, чтобы играть в высшей лиге и соревноваться со старыми добрыми юридическими правилами... В несuverенной среде глобального общества борьба идет полным ходом, и нет никаких центральных институтов, отвечающих за регулирование конфликтов и распределение прав. В таком





контексте глобальные игроки, а также их соперники должны соответствующим образом корректировать свое поведение и свои стратегии. Как на Диком Западе, у них может возникнуть соблазн взять закон в свои руки<sup>2</sup>.

*Б. Фридман (Benoit Frydman)*

**М**еждународное частное право как отрасль национального права стоит на фундаменте юридического позитивизма и не вмещает в себя нормы негосударственного регулирования, нормы *lex mercatoria*, вненациональные нормы и прочие явления, не производные от государства в своей онтологии.

Научная парадигма международного частного права, напротив, взбудоражена соответствующими явлениями современной социокультуры и уже производит новый юридический язык и модерирует актуальный дискурс. Вероятно, что сегодня закладываются те мировоззренческие, теоретические и методологические установки, направленные на осмысление реальности права и околоправового пространства, которые в будущем обусловят новую версию понимания права.

Настойчивое лоббирование писаной, кодифицированной, очень жизнеспособной и адаптивной системы норм негосударственного регулирования актуализирует проблему широкого, междисциплинарного осмысления этих процессов. В современных условиях определение места норм негосударственного регулирования в парадигме международного частного права фактически означает разработку теоретической и методологической базы соответствующих норм, а также определение типа правопонимания, осмысление актуального концепта права, что неизбежно разворачивает нас к достижениям теории права<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> *Frydman B.* The Brussels School of Jurisprudence, Global Law and the Competition of Normativities // *Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*. 2013. No. 3. URL: [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/working\\_paper.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/working_paper.pdf) (дата обращения: 02.01.2021).

<sup>3</sup> В литературе по теории государства и права, безусловно, существуют работы, в которых предпринимаются попытки вписать нормы и источники негосударственного регулирования в юридическую систему. См., например, работы профессора Г. Харта о первичных и вторичных нормах: *Харт Г.* Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С. 87—102.

Нормы негосударственного регулирования являются объектом исследования и в теории социологии права О. Эрлиха о «живом праве». См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 73—75, 96.

Теория Г. Харта проецируется на источники норм негосударственного регулирования Г. Тойбнером. См.: *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society // Global Law Without a State / G. Teubner (ed.). Brookfield : Dartmouth, 1997. Pp. 3—28.*

Томас Шульц, анализируя трансформацию социальной нормы в правовую, использует понятие «реинституционализации» (*reinstitutionalization*). См.: *Schultz T.* Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // *Yale Journal of Law and Technology*. 2008. Vol. 10. Pp. 170—175.

Н. А. Пьянов утверждает, что правовое и государственное регулирование не нужно отождествлять и что государство не является единственным субъектом, осуществляющим

Как еще в 2003 г. справедливо написал С. В. Бахин, не определив точно характер задействованного механизма упорядочения общественных отношений, мы с неизбежностью столкнемся с неразрешимыми проблемами при его применении<sup>4</sup>. Несколько раньше профессор И. И. Лукашук также отмечал, что задача состоит в том, чтобы добиться оптимального взаимодействия на основе специализации правового и неправового регулирования. Неправильное же понимание такого взаимодействия способно привести к нигилистическим выводам в отношении либо права, либо неправовых норм<sup>5</sup>.

Внимание к нормам негосударственного регулирования с точки зрения определения их природы и места в правоприменительной практике все активнее привлекается на самых разных уровнях. Так, в «Зеленой книге», изначально представленной Европейской комиссией при разработке Регламента Рим I, было отмечено, что практика выбора норм *lex mercatoria* в качестве применимого права, безусловно, была отправной точкой для преобразования знаменитой статьи 3 Римской конвенции 1980 г. В проекте постановления от 15 декабря 2005 г. Европейская комиссия заявила, что это обычная практика в международной торговле для сторон — не ссылаться на закон того или иного государства, а непосредственно обращаться к правилам международных конвенций, обычаям международной торговли, общим принципам права, *lex mercatoria* или недавним частным кодификациям, подобным Принципам УНИДРУА<sup>6</sup>. Так как подобное заявление привело к «культурному шоку» некоторого количества ученых-специалистов в области коллизионного права, Регламент Рим I в его окончательной версии содержит лишь следы таких заявлений<sup>7</sup>.

Европейская экономическая комиссия ООН анонсировала в одном из своих документов, поименованном как «Универсальный нормативно-правовой язык для торговли и развития», современный тренд в области нормативного регулирования торговли — движение к «лучшему регулированию» (*better regulation*), т.е. регулированию, сфокусированному на желаемых результатах и большей гибкости. В указанном документе нормативно-правовая среда определяется как включающая в себя два уровня: 1) публичное, или жесткое, право, аккумулирующее законодательство, технические и секторальные нормативные правовые акты. Соответствующие требования могут также вытекать из международных договоров; 2) частное, или мягкое, право, основанное на стандартах и обязательствах, инициированных производителями и торговцами товарами и услугами и распространяющихся на них же<sup>8</sup>.

правовое регулирование. Автор также использует термин «правовые регуляторы негосударственного типа». См.: *Пьянов Н. А.* Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема // Журнал российского права. 2012. № 5. С. 60—67.

<sup>4</sup> *Бахин С. В.* Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем: унификация и гармонизация права : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2003. С. 267.

<sup>5</sup> *Лукашук И. И.* Нормы международного права. М. : Спарк, 1997. С. 22.

<sup>6</sup> См.: *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: <https://ssrn.com/abstract=946007> ; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007> (дата обращения: 14.05.2018).

<sup>7</sup> *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't.

<sup>8</sup> URL: [https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/trade/wp6/SectoralInitiatives/start/ece\\_trade\\_375.pdf](https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/trade/wp6/SectoralInitiatives/start/ece_trade_375.pdf) (дата обращения: 20.02.2018).



Соответственно, в юридической науке ведется поиск концептуальных конструкций, позволяющих дать актуальную оценку нормам негосударственного регулирования.

Концепт «негосударственное регулирование» применительно к международным коммерческим отношениям введен в российскую доктрину международного частного права профессором И. С. Зыкиным, который понимает под негосударственными регуляторами положения, возникшие в процессе деятельности самих участников делового оборота или организаций, их объединяющих<sup>9</sup>. К числу негосударственных регуляторов международных коммерческих отношений автор относит контрактные условия, обыкновения, заведенный порядок, судебную и арбитражную практику, а также подготовленные различными организациями деловых кругов типовые контракты, общие условия, своды единообразных правил, кодексы поведения и т.д.<sup>10</sup>

Такой подход к негосударственному регулированию, широко разделяемый в рамках отечественной и зарубежной юриспруденции, соответствует позитивистской версии понимания права, являясь фактически определяющим для позитивистской парадигмы права, а соотношение правового и неправового регулирования равнозначно соотношению государственного и негосударственного регулирования.

С. В. Бахин в своей докторской диссертации и монографии обосновал концепт «субправа» как новой правовой субстанции и как особого механизма обеспечения единообразного регулирования международных торгово-экономических отношений. При этом предложение о введении новой категории «субправо» не рассматривалось автором как претендующее на конструирование обособленной правовой системы (тем более транснациональной или супернациональной, «третьего правопорядка»). «Субправо» концептуализировано как форма, в которой могут существовать правовые предписания как продукт деятельности международных организаций, ставящих перед собой цель оптимизации регулирования международных коммерческих отношений<sup>11</sup>.

В зарубежной литературе для обозначения норм, не производных от государства, но применимых для регулирования трансграничных частноправовых отношений, используются термины «частным образом созданные негосударственные нормы» (*privately-made non-state norms*<sup>12</sup>), «частное нормотворчество» (*private rule-making*)<sup>13</sup>, «негосударственные нормы» (*non-state norms*<sup>14</sup>), «вненациональные

<sup>9</sup> Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы : в 2 кн. М. : Наука, 1993. Кн. 2. С. 138.

<sup>10</sup> Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М. : Междунар. отношения, 1994. С. 232—254.

<sup>11</sup> Бахин С. В. Указ. соч. С. 11—13.

<sup>12</sup> Symeonides S. C. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't.

<sup>13</sup> См.: Schiek D. Private rule-making and European governance — issues of legitimacy // European Law Abstract. 2007. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1240648](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1240648) (дата обращения: 31.07.2018).

<sup>14</sup> Symeonides S. C. Contracts Subject to Non-State Norms // American journal of comparative law. 2006. № Extra 1. P. 209—232.

нормы» (a-national norms<sup>15</sup>), «негосударственное право» (non-state law<sup>16</sup>), «новое lex mercatoria» (new lex mercatoria<sup>17</sup>), реже — «неформальные нормы» (informal norms<sup>18</sup>) или даже «право без происхождения» (law of no origin<sup>19</sup>).

Профессор Гарварда Анна-Мари Слейтер вводит в научный оборот термины voluntary norms и Voluntary Law для обозначения норм / системы норм, которые не являются правом *per se* и могут быть охарактеризованы как «рекомендательные / добровольно исполняемые нормы» или «стихийные / спонтанные нормы» и, соответственно, систему таких норм<sup>20</sup>. В значительной степени концепт норм негосударственного регулирования в международном частном праве пересекается и даже иногда синонимизируется с концептом *lex mercatoria*.

Джулия Блэк, сотрудник Лондонской школы экономики и политических наук, считает, что между государственным и негосударственным регулированием не существует непреодолимой границы, а решение современных проблем требует использования комбинации инструментов<sup>21</sup>. Как особую форму децентрализованного регулирования Д. Блэк рассматривает метарегулирование, или регулирование, основанное на принципах<sup>22</sup>. Д. Блэк пишет о децентрализованных (или полицентрических) регуляторных режимах, считая, что регулирование осуществляется на субнациональном, национальном и транснациональном уровнях<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> См. документ Международной торговой палаты: A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf>. См. также: *Marrella F.* Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003. № 36. Pp. 1137—1187.

<sup>16</sup> *Saumier G.* The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract // URL: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol40/iss1/1> (дата обращения: 28.05.2018).

<sup>17</sup> См.: *Cooter R. D.* Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law // *International Review of Law and Economics*. 1994. Vol. 14. P. 215—223.

<sup>18</sup> *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=946007](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007) (дата обращения: 08.02.2019).

<sup>19</sup> *Heidemann M.* Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practice : PhD thesis. University of Nottingham, 2005. P. 69. URL: <http://eprints.nottingham.ac.uk/12078/1/423638.pdf> (дата обращения: 15.07.2018).

<sup>20</sup> *Slaughter A. -M.* International Law in a World of Liberal States // *European Journal of International Law*. 1995. Vol. 6. Pp. 517—518.

<sup>21</sup> *Black J.* Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world // *Current Legal Problems*. 2001. Vol. 54. Is. 1. P. 112.

<sup>22</sup> *Black J.* Forms and paradoxes of principles-based regulation // *Capital Markets Law Journal*. 2008. Vol. 3. No. 4. P. 430.

<sup>23</sup> *Black J.* Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes // *Regulation & Governance*. 2008. № 2. P. 138.



В иностранной литературе также можно встретить достаточно любопытную дихотомию: black letter law — grey letter law. Black letter law<sup>24</sup> — это неформальный термин, служащий для обозначения фундаментальных принципов внутригосударственного права, проверенных временем. Синонимом термина black letter law выступает термин horn book law, понимаемый как «азбучное право» или «азбука права». Примечательно, что термины black letter law или black letter rules иногда применяются в иностранной юридической литературе, например для обозначения изложенных в Принципах УНИДРУА и Принципах Ландо правил поведения с целью отграничить их от сопровождающих текст комментариев и иллюстраций<sup>25</sup>.

При этом С. В. Бахин высказывает небезосновательные сомнения относительно такой оценки норм указанных документов негосударственного происхождения<sup>26</sup>. Термин grey-letter law используется в иностранной литературе для обозначения процесса и результатов квазирегулирования, которое может принимать различные формы, такие как кодексы практики, рекомендации, руководящие принципы, поведенческие нормы, созданные как государственными, так и негосударственными субъектами<sup>27</sup>.

Примерами источников grey-letter law выступают чаще всего кодексы практик или кодексы поведения: Building Energy Code, Code of Banking Practice, Codes under the new Telecommunications Act, Electronic Funds Transfer Code of Conduct, National Code of Practice for the Construction Industry, National Heavy Vehicle Accreditation Scheme, National Standard for Organic and Biodynamic Produce, The Supermarket Scanning Code, General Insurance Code of Practice и пр. Это так называемые отраслевые кодексы (industry based codes)<sup>28</sup>, добровольность исполнения норм которых зиждется, в частности, на том, что они разрабатываются в сотрудничестве с экспертами соответствующих отраслей промышленности.

Собственно негосударственное регулирование — явление далеко не новое. Однако, как пишет Дагмар Шик, профессор права Университета Квинс, учитывая

<sup>24</sup> Black letter — это старинный латинский готический шрифт, отсюда black letter book — старопечатная книга. Происхождение термина black letter law ведет свое начало от законов, печатавшихся в книгах с использованием рельефного (отчетливого) готического шрифта черного цвета // Black's Law Dictionary. 7th ed. / ed. by Biyan A. Garner. St. Paul, Minn., 1999. P. 168.

<sup>25</sup> См.: *Berger K. P.* The Lex mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. Vol. 28. No. 3. P. 947; *Bonell M. J.* The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG — Alternative or Complementary Instruments? Pp. 26—39 // URL: <https://ssl.editionthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/bonell.pdf> (дата обращения: 08.02.2019); *Blase F.* Leaving the Shadow for the Test of Practice — On the Future of the Principles of European Contract Law // The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 1999. Vol. 3.

<sup>26</sup> *Бахин С. В.* Указ. соч. С. 167—168.

<sup>27</sup> См.: Grey Letter Law: Report of the Commonwealth Interdepartmental Committee on Quasiregulation. December 1997. P. IX // URL: <https://www.pcgovau/research/supporting/grey-letter-law/greyletterlaw.pdf> (дата обращения: 15.08.2018).

<sup>28</sup> Grey Letter Law: Report of the Commonwealth Interdepartmental Committee on Quasiregulation. December 1997. P. 11—13.



новую парадигму, обусловленную вовлечением негосударственных акторов в нормотворчество, теоретико-правовые концепции частного нормотворчества представляют собой новаторские дискурсы по проблемам регулирования<sup>29</sup>. Новизну обозначенной проблеме придает и широкое масштабирование киберпространства, стимулирующее переосмысление всех социальных и правовых концептов.

Исторически сложилось так, что развитие норм негосударственного регулирования коррелирует с институализацией международного коммерческого арбитража (далее — МКА), который служит сегодня фактически творцом или как минимум ключевым дестинатором норм негосударственного регулирования, обеспечивая парадигмальные сдвиги в области правопонимания в международном частном праве.

Профессор *Университета Ка'Фоскари* Фабрицио Маррелла в связи с этим справедливо подмечает, что все более широкое применение вненациональных норм является наиболее ярким событием третьего тысячелетия в области международного коммерческого арбитража<sup>30</sup>. Фактически нормы негосударственного регулирования через концепт *rules of law* легитимизируются МКА<sup>31</sup>, опосредованно инкорпорируясь в национальные правовые системы посредством механизма исполнения иностранных арбитражных решений на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Особую роль сегодня в части моделирования неправового регулирования играют и новые субъекты — транснациональные корпорации платформенного типа, что приводит к новому витку развития негосударственных норм.

Швейцарский профессор международного права Томас Шульц анализирует процесс эволюции обыкновенного социального порядка к полноценной правовой системе, включающий в себя много промежуточных этапов. При этом автор вводит некий тест, позволяющий квалифицировать ту или иную нормативную систему как правовую: если данная нормативная система обладает автономной юрисдикцией принимать правила и обеспечивать их исполнение, она образует правовую систему. Значит, такая нормативная система обладает законодательной, судебной и исполнительной юрисдикцией, позволяющей ей быть автономной от других систем<sup>32</sup>. И в этой связи усматриваются недвусмысленные ассоциации с международным коммерческим арбитражем.

<sup>29</sup> Schiek D. Op. cit. P. 2. См. также: Picciotto S. Introduction: Re-conceptualizing Regulation in the Era of Globalisation // *Journal of Law and Society*. 2002. Vol. 29.

<sup>30</sup> Marrella F. Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Pp. 1137—1187.

<sup>31</sup> См. об этом: Зыкин И. С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // *Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота* / под ред. А. С. Комарова. М., 2015. С. 73—93; Мажорина М. В. Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам: оксиморон или новая реальность? // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2016. № 12 (28). С. 93—104; Она же. Применимое право к международным коммерческим контрактам: современное толкование и прогнозируемая практика международных коммерческих арбитражей и национальных судов // *Законодательство*. 2015. № 6. С. 79—87.

<sup>32</sup> Schultz T. Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // *Yale Journal of Law and Technology*. 2008. Vol. 10. Pp. 168, 173—176.



Исследуя проблему концептуализации норм негосударственного регулирования в науке международного частного права, целесообразно согласиться с предположением, высказанным профессором Университета Д. Вашингтона Полом Ш. Берманом, о том, что размышления о негосударственных нормах сквозь призму доктрин коллизионного права — юрисдикции, выбора права, признания судебных решений — могут оказаться предпочтительнее тех механистических способов, в рамках которых обычно оценивается противопоставление государственных и негосударственных норм<sup>33</sup>.

Ф. Маррелла высказывает достаточно любопытную точку зрения о том, что Принципы УНИДРУА и *lex mercatoria*, которые выступают источником или массивом норм негосударственного регулирования, могут представлять собой, с позиции коллизиониста, новый вид иностранного права. Нам необходимо расширить наше сознание, призывает автор, и довести эту мысль до конца, принимая во внимание, что не только национальное право может рассматриваться в качестве *lex contractus*<sup>34</sup>. Ссылаясь на принцип *jura novit curia*, автор, анализируя механизм определения содержания применимого права судом или арбитражем при разрешении трансграничных споров, констатирует, что правоприменитель не имеет возможности «прикрыться» максимой *durā lex, sed lex* и не ограничен представлениями сторон спора о содержании применимого права, а потому, по мнению автора, вправе интерпретировать национальное право в свете Принципов УНИДРУА или *lex mercatoria*.

Ф. Маррелла называет предложенный им метод TNT-тест — транснациональное испытание отечественного закона, нацеленное на принятие в конечном итоге разумного и понятного для обеих сторон трансграничного спора решения<sup>35</sup>. Предложенный автором TNT-тест может, по его оценке, стать поворотным пунктом в эволюции коллизионного способа регулирования, применимого в практике международного арбитража. После того как надлежащее национальное право было определено, арбитры, используя объективный инструмент для проверки, могут оценить, находятся ли нормы, извлеченные из внутренней правовой системы, в гармонии с общепризнанными и универсальными принципами международного договорного права, содержащимися в Принципах УНИДРУА<sup>36</sup>.

Калейдоскопичность доктринальных представлений о нормах негосударственного регулирования в парадигме международного частного права обусловлена множественными формами их объективирования, различными подходами к источникам их легитимизации, механизмам применения и пр. Таким образом, нормы негосударственного регулирования могут быть квалифицированы как собирательное и «нейтральное» видовое обозначение норм негосударственного происхождения, регулирующих трансграничные отношения, к числу которых могут быть

<sup>33</sup> *Berman P. S. Towards a Jurisprudence of Hybridity // Utah Law Abstract. 2010. No. 1. P. 13.*

<sup>34</sup> *Marrella F. Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law? // URL: [https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio\\_marrella.pdf](https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf) (дата обращения: 01.06.2018).*

<sup>35</sup> *Marrella F. Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles.*

<sup>36</sup> См. подробнее: *Marrella F. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html#v> (дата обращения: 19.11.2013).*

отнесены общие принципы, нормы *lex mercatoria*, нормы платформенного права, обычаи и обыкновения и прочие виды норм негосударственного происхождения. При этом объективно прирастающие сферы применения норм негосударственного регулирования, обусловленные формированием киберпространства, обостряют необходимость их актуального исследования.

## 2. Коллизия права и неправа

Только устаревшими представлениями о международном частном праве можно объяснить, почему возможен коллизийный выбор права Сомали, но невозможно указать в качестве применимого права международно-признанный свод договорного права, наподобие Принципов УНИДРУА<sup>37</sup>. Академик РАН, профессор Т. Я. Хабриева справедливо свидетельствует о переходе системы права к новой структурной организации, особое место в которой занимают нетипичные нормативные массивы, которые не могут быть идентифицированы в прежней категориальной матрице и отнесены к числу известных элементов системы права. Такие, в терминологии автора, «циклические» правовые массивы проникают в большинство элементов системы права, взаимодействуют с ними, определяют их содержание, функционирование, а также векторы и темпы преобразований. Происходит перенастройка права<sup>38</sup>.

В содержании нормативно-регулятивной системы трансграничных отношений, оцениваемой через призму позитивистского подхода к праву, отчетливо выделяются сегодня две составляющие: правовая и неправовая<sup>39</sup>. Правовая компонента детерминирована международным частным правом с его методологической основой и нормативным составом. Неправовая компонента является более подвижной и существенно обогащается за счет роста количества соответствующих норм и новых форм их объективирования. Как в этой связи написал профессор Калифорнийского университета Фридрих К. Юнгер, *lex mercatoria* угрожает самому существованию коллизии законов, поскольку с появлением наднациональных норм коллизийные нормы и принципы выбора права становятся ненужными<sup>40</sup>.

Столь масштабное воспроизводство норм негосударственного регулирования и столь активное их применение, отчасти замещающее правовое регулирование, и есть вызов методологии международного частного права, центральным институтом которого служит коллизия права, в некотором смысле

<sup>37</sup> *Nygh P.* The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort. 1995. P. 309.

<sup>38</sup> *Хабриева Т. Я.* Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 5. См. также: *Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102.

<sup>39</sup> См. об этом, например: *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism (ASIL Studies in International Legal Theory)* / ed. by Michael A. Helfand. Cambridge University Press, 2015.

<sup>40</sup> *Juenger F. K.* American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1995. Vol. 28. P. 497.



подменяемая коллизией права и неправа<sup>41</sup>. В условиях развития цифрового общества, которому имманентно присущ трансграничный характер, проблема коллизии права и неправа еще в большей степени актуализируется. Однако доктрина международного частного права не изобилует работами о коллизии права и неправа.

Интерес среди правовых изысканий представляет исследование П. Ш. Бермана, который, будучи последовательным противником концепции единого глобального права, оспаривает строгую привязку субъектов к территориальному расположению в пределах географических границ и развивает космополитичную концепцию выбора права. Космополитичный подход не ограничивает судью в выборе одного национального правового порядка, но позволяет ему разрабатывать гибридные правила, применять нормы международных договоров и транснациональные нормы, а также учитывать принадлежность субъекта к сообществу, которая не связана с национальными государствами, и, соответственно, применять отраслевые стандарты, правила поведения, разработанные неправительственными организациями, обычаи и пр.<sup>42</sup> Аффилированность субъекта с тем или иным сообществом (в том числе негосударственным) есть ключевой критерий, подлежащий оценке при выборе применимого права к спору, в логике П. Ш. Бермана.

Развивая концепцию П. Ш. Бермана в контексте международного частного права, можно выстроить следующий коллизийный нарратив: от закона страны суда (*lex fori*) через закон наиболее тесной связи (*propet law*) к нормам сообщества (*rules of community*), с которым субъект права себя идентифицирует или имеет наиболее тесную связь. Значимым потенциалом здесь обладает принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*), который в каком-то смысле переворачивает иерархические отношения между государством и индивидом «с ног на голову». Согласно традиционной точке зрения, индивид подчинен государству даже в сфере частного права. Автономия воли сторон, напротив, подчиняет государство и его частное право выбору частного лица<sup>43</sup>.

Институт автономии воли сторон (*lex voluntatis*) может служить не только коллизийной привязкой, позволяющей сторонам трансграничных частноправовых отношений выбрать применимое право, но и инструментом разрешения коллизии права и неправа, способным преодолеть нормативную конкуренцию. Примером квалификации коллизии права и неправа является п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24<sup>44</sup>. Верховный Суд РФ фактически легитимизирует такое состояние нормативной надстройки, которое может

<sup>41</sup> См. об этом: *Мажорина М. В.* О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже // *Lex russica*. 2019. № 7 (152). С. 93—107.

<sup>42</sup> *Berman P. S.* Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // *University of Pennsylvania Law Abstract*. 2005. Vol. 153. Pp. 1861—1862.

<sup>43</sup> *Michaels R., Jansen N.* Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. P. 843, 867.

<sup>44</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» // СПС «Гарант».

быть охарактеризовано как коллизия права и неправа и своего рода переход от *lex loci* к *lex mercatoria*.

Итак, достаточно новым для исследования вопросом становится сегодня концептуализация коллизии права и неправа через призму нормативно-правовой эклектики и выбора между неоднородными регулятивными массивами.

Космополитичный взгляд П. Ш. Бермана отчасти перекликается с воззрениями немецких ученых Гюнтера Тойбнера и Андреаса Фишера-Лескано относительно межсистемного коллизионного права, происходящего не из коллизии отдельных национальных правовых порядков, но в связи с коллизией различных глобальных социальных секторов<sup>45</sup>. И выбор применимого права в контексте такого подхода должен быть основан не на определении национального права, наиболее тесно связанного со спорным отношением, но на отыскании того функционального режима, к которому относится рассматриваемый правовой вопрос<sup>46</sup>.

Небезынтересными являются рассуждения американского профессора Г. Динвуди, который пытается адаптировать методологию международного частного права к трансграничным спорам в области авторского права, одновременно обращаясь к методологии гибридного нормотворчества. Так, автор исходит из того, что, разрешая трансграничные авторские споры, суды не должны ограничиваться механистическим выбором того или иного национального права, применимого к спору, но должны фактически выработать/применить нормы из смеси национальных и международных норм. Автор движется в своих выводах от локализации к интернационализации авторского права<sup>47</sup>.

Профессор Университета Коимбри Боавентура де Соуса Сантос, опираясь на теорию правового плюрализма, разработал концепцию интерлегальности, объясняющую, как различные правовые пространства накладываются друг на друга, взаимопроникают и смешиваются в нашем сознании и в наших действиях. Автор утверждал, что мы живем во времена «юридической пористости», когда многочисленные сети правовых порядков вынуждают нас к постоянным переходам и нарушениям границ, и наша правовая жизнь состоит из пересечения различных правовых порядков, что и представляет собой интерлегальность, некий феноменологический аналог правовой множественности<sup>48</sup>. Сообразно указанному концепту, нормативные системы, не сливаясь в единую сверхсистему, сосуществуют, взаимодействуют, коллидируют и диффундируют в нормативном пространстве, которое эволюционирует и усложняется в условиях сетевого информационного общества.

<sup>45</sup> См.: *Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25. P. 999—1000.*

<sup>46</sup> *Fischer-Lescano A., Teubner G. Op. cit. P. 1021.*

<sup>47</sup> См.: *Dinwoodie G. B. A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms // University of Pennsylvania Law Abstract. 2000. Vol. 149. P. 469—580.*

<sup>48</sup> См.: *Sousa Santos B. de. Law: A Map of Misreading — Toward a Postmodern Conception of Law // Journal of Law and Society. 1987. Vol. 14. No. 3. Pp. 279—302 ; Idem. Toward a new legal common sense. 2nd ed. London : Butterworths, 2002. Pp. 437—473.*





Немецкий исследователь, профессор Карл-Хайнц Ладоеер констатирует, что в условиях постмодерна происходит переход от устойчивой иерархической связи между нормами к новому типу гетерархической связи, приводящей к наслоению сетей, влияющих друг на друга, когда устойчивые системы рушатся и возрастает значение эксплицитных стандартов, устанавливаемых различными частными, публичными или смешанными структурами. Это можно рассматривать как новую форму эксплицитного «паттернирования»<sup>49</sup>. Различные сети правовых решений и сделок должны быть объединены, в терминологии К.-Х. Ладоеера, во всеобъемлющую «сеть сетей» (*network of networks*). Это вызов для новой метадогматики гетерархической правовой системы, в рамках которой сосуществуют различные экспериментальные типы сотрудничества, координации и конкуренции между институтами<sup>50</sup>.

Сетевое общество, будучи гетерархически ориентированным, фактически порождает новую правовую таксономию. В то время как архитектура права на протяжении нескольких веков выстраивалась в логике национальных государств, проявляясь во множестве национальных правопорядков или в единстве международного права, сетевое общество диктует иную архитектуру — в логике разнообразных сетей и сообществ, не детерминированных государственными границами, но определяемых, скорее, отраслевой, функциональной природой, что приводит к формированию «права сообществ».

При этом концепция интерлегальности может быть актуальной в той интерпретации, что и традиционный, и новый типы таксономии существуют параллельно. Национальные правопорядки не исчезают, но коллидируют с иными нормативными массивами: *lex mercatoria*, в том числе с его новыми «отраслями» (*lex informatica / lex digitalis / lex electronica / lex numerica / e-merchant law, lex networkia, lex cryptographica, lex sportiva, lex constructionis, lex petrolea, lex laboris internationalis, lex maritima*), платформенным правом / правом мировых торговых площадок (типа *eBay-law, Walmart law*), киберправом и пр.

Лиза Бернштейн, американский профессор права, достаточно подробно анализирует особенности нормативного регулирования отношений, складывающихся в алмазной индустрии, где почти нет места праву в его традиционном позитивистском понимании<sup>51</sup>. Как пишет норвежский ученый Эмили М. Вейценбоек, анализируя деятельность ICANN, пирамидальная модель регулирования во главе с государством заменяется «сетевым регулированием» или «сетчатым регулированием» (*network mesh regulation*)<sup>52</sup>.

Важно также то, что нормативная фрагментация и гетерархичность актуального нормативного ландшафта сопряжены с институциональными изменениями,

<sup>49</sup> *Ladour K.-H.* The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships // URL: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99\\_3.pdf](https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99_3.pdf) (дата обращения: 02.11.2020).

<sup>50</sup> *Ladour K.-H.* Op. cit.

<sup>51</sup> См.: *Bernstein L.* Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry // *The Journal of Legal Studies*. 1992. Vol. 21. P. 115—157.

<sup>52</sup> *Weitzenboeck E.* Hybrid net: the regulatory framework of ICANN and the DNS // *International Journal of Law and Information Technology*. 2014. Vol. 22. No. 1. Pp. 49—73.

ведущими к еще большему «расслоению» и «наслоению» регуляторных систем. Параллельно развиваются два тренда: с одной стороны, право или, скорее, его пробелы замещаются нормами негосударственного регулирования, с другой стороны, споры уходят из судов в плоскость альтернативного регулирования. Яркими примерами тому становятся транснациональные компании платформенного типа, которые продуцируют собственное «право», применимое в рамках собственных систем разрешения споров, как то eBay, Google, Amazon и пр.

Эти и иные подходы, сводимые, по сути, к очень серьезной полемике право-понимания и правовой таксономии, есть попытки переосмыслить «генетические черты» государствоцентричной модели права в условиях, когда социум и соответствующая ему регулятивная среда существенно эволюционируют. По мнению Т. Я. Хабриевой, «открытие» в праве «циклических массивов» позволяет по-новому взглянуть на систему и структуру права, которая абстрактно соотносится автором с кристаллической решеткой, характеризующей состояние вещества<sup>53</sup>. Такое видение не противоречит новому свойству правовой материи, которое может быть охарактеризовано через призму сети нормативных массивов, которые в динамике выполняют регуляторные, стабилизирующие, стандартизирующие, структурирующие функции.

Отдельные нормы, группы норм в сетевом праве имеют характер реагентов, запуская регулирование сверхновых общественных отношений или даже моделируя будущее регулирование, модифицируя имеющееся. Природа таких массивов «реактивных норм», например норм платформенного права, гибридна и мульти-содержательна, они зачастую представляют собой сплав правовых, неправовых норм и цифровых технологий, а потому не вписываются в классическую правовую таксономию, которая подвергается существенному риску демонтажа.

Одной из ощутимых тенденций становится все более «бесшовный» переход, перетекание норм из одного нормативного массива в другой, формирование подвижных ad hoc нормативных массивов, обслуживающих вновь образуемые общественные отношения. Объемность, многомерность, а потому и гибридность, трансграничность и все нарастающая динамичность сетевого права как надстройки сетевого общества становятся неотъемлемыми свойствами современной системы нормативного регулирования.

Постоянное усложнение нормативного пространства и усиление гибридизации регуляторных систем уводят нас от двоичного кода: право/неправо, жесткое/мягкое право в сторону гибридных решений, построенных не на противопоставлении или-или, но на примирении разных регуляторных систем, выстраивании сложных иерархий, кумуляций и пр. Гибридность нормативного регулирования становится методом, способным акцептировать меняющуюся повестку, примирить различные нормативные массивы и выработать регулирующий алгоритм. Гибридизация обеспечивает решение коллизии права и неправа за счет их кумуляции и суммирования регулятивного эффекта.

<sup>53</sup> См.: Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102.



## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бахин С. В.* Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем: унификация и гармонизация права : дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2003.
2. *Зыкин И. С.* Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / под ред. А. С. Комарова. — М., 2015. — С. 73—93.
3. *Зыкин И. С.* Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы : в 2 кн. — М. : Наука, 1993. — Кн. 2.
4. *Хабриева Т. Я.* Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. — 2019. — № 12.
5. *Berman P. S.* Towards a Jurisprudence of Hybridity // Utah Law Abstract. — 2010. — No. 1.
6. *Berman P. S.* Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // University of Pennsylvania Law Abstract. — 2005. — Vol. 153.
7. *Black J.* Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a «post-regulatory» world // Current Legal Problems. — 2001. — Vol. 54. — Is. 1.
8. *Fischer-Lescano A., Teubner G.* Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. — 2004. — Vol. 25.
9. *Frydman B.* The Brussels School of Jurisprudence, Global Law and the Competition of Normativities // Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit. — 2013. — No 3.
10. *Ladeur K.-H.* The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships // URL: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99\\_3.pdf](https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99_3.pdf).
11. *Marrella F.* Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // Vanderbilt Journal of Transnational Law. — 2003. — Vol. 36.
12. *Marrella F.* Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law? // URL: [https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio\\_marrella.pdf](https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf).
13. *Michaels R., Jansen N.* Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // The American Journal of Comparative Law. — 2006. — Vol. 54.
14. *Schultz T.* Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // Yale Journal of Law and Technology. — 2008. — Vol. 10.
15. *Symeonides S. C.* Contracts Subject to Non-State Norms // American journal of comparative law. — 2006. — № Extra 1.
16. *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=946007](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007).

## РАЗГРАНИЧЕНИЕ ДЕЙСТВИЯ ИНСТИТУТОВ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ И СИРОТСКИХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В ТРАНСГРАНИЧНЫХ АВТОРСКИХ ОТНОШЕНИЯХ

**Аннотация.** *Институты общественного достояния и сиротских произведений в трансграничных авторских отношениях привлекают особое внимание доктрины в связи с тем, что это механизмы, способные преодолевать территориальность. В статье поставлена задача разграничить действие этих институтов на основании исследования истории вопроса, содержания источников, режимов правового регулирования. Сделаны выводы о различиях по следующим критериям:*

1) признанность мировым сообществом — институт общественного достояния универсален, тогда как институт сиротских произведений закреплен на национальном (региональном) уровне лишь в нескольких государствах;

2) случаи перехода произведений под действие институтов в общественное достояние: истечение срока охраны, законодательные предписания санкционного характера, добровольный отказ авторов от исключительных прав; институт сиротских произведений — нежелание автора осуществлять контроль или утрата сведений об авторе;

3) на основании определений объектов регулирования: общественное достояние — произведения, которые не находятся под охраной авторского права; сиротские произведения, напротив, предположительно находятся под охраной авторского права;

4) связь с процессом гармонизации — институт общественного достояния закреплен в праве всех государств мира, участвующих в системе международной охраны авторских прав, и его действие можно считать результатом гармонизации, включая выбор *lex loci protectionis* для разрешения трансграничных споров; в механизме доступа к сиротским произведениям единообразие отсутствует. При этом на трансграничном уровне оба института объединяет проблема отсутствия правового регулирования для ситуации возврата произведения под полноценную авторско-правовую охрану.

**Ключевые слова:** *сиротские произведения, коллизионное регулирование, трансграничные авторские отношения, общественное достояние, авторское право, международное частное право.*



**Оксана Викторовна  
ЛУТКОВА,**

профессор кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук,  
доцент

[ovlutkova@msal.ru](mailto:ovlutkova@msal.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.049-060

**O. V. LUTKOVA,**

*Professor of the Chair of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),*

*Dr. Sci. (Law), Associate Professor*

**ovlutkova@msal.ru**

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **DIFFERENTIATION OF INSTITUTIONS OF PUBLIC DOMAIN AND ORPHAN WORKS IN A CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS**

**Abstract.** *Institutions of the public domain and orphan works in cross-border copyright relationships have drawn particular doctrinal attention because they are mechanisms capable of transcending territoriality. The article sets the task of distinguishing between the action of these institutions based on the study of the history of the issue, the content of sources, legal regulation regimes. Conclusions are made about the differences according to the following criteria:*

*1) recognition by the world community — the institution of the public domain is universal, while the institution of orphan works is enshrined at the national (regional) level only in a few states;*

*2) cases of transition of works under the influence of institutions — into the public domain — expiration of the term of protection, legislative prescriptions of a sanctioning nature, voluntary refusal of the authors from exclusive rights; institution of orphan works — the unwillingness of the author to exercise control or loss of information about the author;*

*3) on the basis of the definitions of the subjects of regulation: public domain — works that are not protected by copyright; orphan works, by contrast, are believed to be protected by copyright;*

*4) connection with the harmonization process — the institution of the public domain is enshrined in the law of all states of the world participating in the system of international copyright protection, and its action can be considered the result of harmonization, including the choice of *lex loci protectionis* to resolve cross-border disputes; there is no uniformity in the mechanism for accessing orphan works. At the same time, at the transboundary level, both institutions are united by the problem of the absence of legal regulation for the situation of returning a work under full copyright protection.*

**Keywords:** *orphan works, conflict regulation, transborder copyright relations, public domain, copyright, private international law.*

**В** настоящее время в доктрине международного авторского права значительное внимание обращено на институты правового регулирования, так или иначе выходящие за пределы национальных систем авторского права отдельных государств — институт общественного достояния и институт сиротских произведений. Такой интерес объективно обусловлен изначально



«территориальным»<sup>1</sup> характером охраны интеллектуальных, в том числе авторских, прав в трансграничных отношениях и, соответственно, поиском правовых механизмов, способных в какой-то мере преодолевать территориальность и унифицировать/гармонизировать подходы государств к регулированию отношений по поводу результатов интеллектуальной деятельности.

Таковыми правовыми механизмами являются, в частности, институт общественного достояния и институт сиротских произведений. Поскольку в современной правовой доктрине действие этих институтов в ряде случаев описывается как переходное состояние из «сиротства» в общественное достояние<sup>2</sup>, автор настоящего исследования в целях избежания смешения ставит задачу разграничить действие институтов общественного достояния и сиротских произведений на основании анализа правовых режимов, соответствующих каждому из них.

Институт общественного достояния в трансграничном аспекте впервые был закреплен в ст. 18 (1) Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г.<sup>3</sup> (далее — Бернская конвенция 1886 г.). В самом обобщенном смысле под общественным достоянием понимаются произведения, в отношении которых истек срок авторско-правовой охраны. В этом контексте институт общественного достояния вошел в национальное законодательство участвующих в международной системе охраны авторских прав государств<sup>4</sup>.

Институт сиротских произведений в настоящее время не отражен в международных соглашениях универсального характера, он закреплен только в некоторых региональных и национальных юридических документах. Впервые институт был зафиксирован в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25 октября 2012 г. об определенном разрешенном использовании произведений, не определяемых по субъекту авторского права, в соответствии с которой «произведения... считаются не определяемыми по субъекту авторского права, если ни один из правообладателей такого произведения... не известен или не обнаружено местонахождение ни одного из известных правообладателей в результате добросовестного поиска, проведенного и зафиксированного»

<sup>1</sup> О территориальности см., в частности: *Луткова О. В.* Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2016. № 12 (28). С. 63—92.

<sup>2</sup> См. об этом, в частности: *Левава И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю.* Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы : Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. М., 2016 ; *Пузин Р. С.* Проблема перехода сиротских произведений в общественное достояние // *Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право»*. 2018. № 1 (20). С. 158.

<sup>3</sup> Институт общественного достояния не предусмотрен во Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г., в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. только единожды упоминается этот термин, в Договоре ВОИС по авторскому праву 1996 г. он отсутствует.

<sup>4</sup> См. об этом также: *Луткова О. В.* Общественное достояние в международном авторском праве // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2016. № 3. С. 45—58.



(ст. 2). В современном мире законодательные акты, включающие нормы института сиротских произведений, имеют менее 30 государств.

В соответствии со ст. 18 (1) Бернской конвенции 1886 г. основанием для перехода произведения в общественное достояние является истечение срока его охраны в стране происхождения, что в силу проблемы территориальности авторских прав не означает автоматическое приобретение аналогичного статуса и в других государствах. Каждое государство-участник самостоятельно определяет условия перехода произведений в общественное достояние и его регулирование посредством международных соглашений или национального права.

Этот вывод коррелирует с генеральным правилом Бернской конвенции (ст. 5(2)), в соответствии с которым пользование авторскими правами и их осуществление «не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения» и «объем охраны, равно как и средства защиты, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана».

Конвенционное правило, связывающее переход произведения в общественное достояние с территорией конкретного государства, предопределено национально-территориальным подходом к охране: произведения, включая произведения иностранных авторов, не охраняются автоматически, но лишь при соответствии определенным критериям. Иностранные произведения, которым не предоставляется охрана на территории принимающего государства, изначально включаются таким государством в сферу общественного достояния (Австралия, Бразилия, Дания, Кения, Китай, Корея, Коста-Рика, Малайзия, Соединенные Штаты Америки, Чили).

Так, на основании Закона об авторском праве Кении в общественное достояние напрямую включены «иностранные произведения, которые не пользуются охраной в Кении» (ст. 45(1))<sup>5</sup>. В некоторых государствах предусмотрены изъятия произведений иностранных авторов из-под охраны в случае, если в государствах гражданства этих авторов отсутствует достаточный уровень охраны произведений для иностранных авторов (Италия, Руанда, Франция<sup>6</sup>).

Произведение может перейти в общественное достояние не только в силу юридических предписаний, но и по воле правообладателя. В Чили и Кении право автора отказаться от охраны исключительных прав включено в законодательно сформулированное понятие общественного достояния<sup>7</sup>. В законодательстве Кореи предусмотрена возможность автора передать свои права в дар министру культуры и туризма как официальному представителю государства, который поручает управление этими правами в некоммерческих целях государственному органу — Комиссии по авторским правам<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Закон об авторском праве Кении № 12 2001 г. // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=2693> (текст на английском языке).

<sup>6</sup> См.: *Ansel M. E. France // Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives / ed. by T. Kono. Oxford and Portland, Oregon, 2012. P. 527.*

<sup>7</sup> Закон об авторском праве Кении № 12 2001 г.

<sup>8</sup> *Дюсолле С. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию / Комитет по развитию и интеллектуальной собственности. 7-я сессия. Женева, 2—6 мая 2011 г. С. 35. См. также: Lee G. Korea // Intellectual Property and*

Существует много причин, по которым охраняемое авторским правом произведение может перейти в категорию «сиротских»:

- субъективного характера — безразличие и нежелание автора контролировать результат своего интеллектуального труда;
- объективного характера — утрата информации об авторе произведения из-за повреждения носителя или потери оригинала произведения; намеренное искажение третьими лицами информации об авторе; смена правообладателя и недоступность правопреемника, который может быть в том числе иностранным физическим или юридическим лицом.

В соответствии со ст. 18(1) Бернской конвенции 1886 г. факт перехода произведения в общественное достояние связывается с истечением срока действия «авторского права имущественного характера»<sup>9</sup>. Именно такой подход закреплен в национальном праве современных государств<sup>10</sup>. При этом известно, что сроки охраны имущественных прав в разных государствах определяются по-разному, кроме того, ситуация осложнена конвенционным правилом о сравнении сроков (ст. 7(8) Бернской конвенции 1886 г.)<sup>11</sup>.

Как отмечалось, переход произведения в общественное достояние по национальному праву может происходить и в силу других причин: законодательных предписаний санкционного характера, добровольного отказа авторов от исключительных прав в пользу общества. Однако независимо от обстоятельств перехода произведения под действие института общественного достояния, оно выходит из-под авторско-правовой охраны и, соответственно, течение срока охраны исключительных прав прекращается.

Важно также понять, в чью пользу снимаются ограничения на использование авторского произведения в случаях действия институтов общественного достояния и сиротских произведений.

Частично ответ на этот вопрос звучал при обсуждении на одной из конференций: перейдя в общественное достояние, произведение может быть использовано любым участником частноправовых отношений любыми законными способами<sup>12</sup> без приобретения исключительных прав на само используемое (перешедшее в общественное достояние) произведение.

Правоприменительная практика многих государств свидетельствует в пользу пресечения попыток заинтересованных (третьих) лиц восстановить монопольное владение перешедшими в общественное достояние произведениями через механизм бессрочного действия моральных прав или через механизм авторских прав на произведения, производные от произведений, перешедших в общественное достояние<sup>13</sup>.

Private International Law: Comparative Perspectives. P. 780 ; *Heath Ch.* Intellectual Property Law in Asia. London, 2003. P. 27.

<sup>9</sup> Липцик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002. С. 233.

<sup>10</sup> См., например: ГК РФ. Ч. 1 ст. 1282.

<sup>11</sup> Дюсолье С. Указ. соч. С. 40.

<sup>12</sup> Липцик Д. Указ. соч. С. 233.

<sup>13</sup> Дело 04-15.543 «Плон и др. против Пьера Гюго и др.» (фр. *Société Plon et autres v. Pierre Hugo et autres*), решение № 125 (от 30.01.2007) Первой гражданской палаты Кассационного суда (Высокий суд Франции) // URL: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).



Анализ региональных и двусторонних соглашений разных государств в сфере охраны авторских прав позволяет прийти к выводу о том, что государства не распространяют договорные отношения на определение порядка действия института общественного достояния не только в рамках Бернской конвенции, но и в соответствии с другими международными соглашениями, оставляя этот вопрос в сфере национального права каждого конкретного государства.

Наглядно позиция государств следовать коллизионной привязке «закон страны охраны произведения» (*lex loci protectionis*)<sup>14</sup> в вопросах общественного достояния, т.е. следовать исключительно собственному праву, демонстрируется в судебном решении по делу Бриджменской библиотеки искусств против корпорации Корел (*The Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation*<sup>15</sup>). Одним из основных доводов библиотеки в американском суде была ссылка на конкретное правовое регулирование общественного достояния в иностранном правовом порядке (Англия и Уэльс). Суд не принял этот довод, пояснив, что спор будет рассматриваться на основании американского права<sup>16</sup>.

Вопрос об определении правового статуса и режима общественного достояния ставился учеными еще во второй половине прошлого века<sup>17</sup>, но до сих пор не решен. Лишь некоторые государства ввели в свое законодательство по авторскому праву, помимо явной ссылки на общественное достояние, определение этого института: Алжир, Бразилия, Кения, Коста-Рика, Руанда, Чили. Однако эти определения носят описательный характер в отношении содержания, но не режима общественного достояния и не предусматривают санкций. Так, в ст. 7 Закона об авторском праве и смежных правах Коста-Рики закреплено: «Каждый может свободно пользоваться, в любой форме или в любом процессе, произведениями, принадлежащими общественному достоянию»<sup>18</sup>.

Исключением является Чили, где в Закон об интеллектуальной собственности<sup>19</sup> 1970 г. в результате изменений в 2010 г. были внесены положения, предотвращающие возможность вернуть права на произведения, перешедшие в общественное достояние. Так, в ст. 80 установлен запрет на любые сознательные

<sup>14</sup> Подробнее о коллизионном регулировании см.: *Дмитриева Г. К., Луткова О. В.* Тенденции развития коллизионного регулирования трансграничных авторских отношений, не связанных напрямую с коммерческим использованием произведения // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2019. № 10 (62). С. 27—38.

<sup>15</sup> *The Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation*; 36 °F. Supp. 2d 191. S.D.N.Y. 1999 // URL: <http://www.constitution.org/111/court/fed/bridgman.html>.

<sup>16</sup> *Hanson M.* The Right to Display Public Domain Images // URL: <http://englishhistory.net/art/March 6, 2015>.

<sup>17</sup> *Lange D.* Recognizing the Public Domain // *Law and Contemporary Problems*. 1981. Vol. 44. P. 147.

<sup>18</sup> Закон № 6683 «Об авторском праве и смежных правах» (с изм., внесенными Законом № 8834 от 03.05.2010) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=11316> (текст на испанском языке).

<sup>19</sup> Закон № 17.336 «Об интеллектуальной собственности» 1970 г. (с изм., внесенными Законом № 20.435 от 24.05.2010) // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=270205](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=270205) (текст на английском языке).

попытки воспроизвести, распространить, предоставить или обнародовать произведение, принадлежащее общественному достоянию, под именем, которое не является именем его настоящего автора; любые обманные требования в отношении имущественных прав на произведение, принадлежащее общественному достоянию. Такое правовое регулирование, хотя и не снимает абсолютно всех вопросов относительно общественного достояния, без сомнения, является положительной тенденцией и примером для мирового сообщества.

Попытки легализовать доступ к сиротским произведениям предприняты в правовых системах ряда государств, и к настоящему времени ЕС и более 20 государств уже приняли национально-правовые акты или акты негосударственного характера, регулирующие этот вопрос: в ЕС — Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25.10.2012 об определенном разрешенном использовании произведений, не определяемых по субъекту авторского права<sup>20</sup> (далее — Директива); в Канаде, Японии, Индии, Южной Корее — нормы в законодательстве; в США — документ неюридического характера<sup>21</sup> — доклад Бюро по охране авторских прав в США «Сиротские произведения и массовая оцифровка» 2015 г.

Модели регулирования отношений по поводу сиротских произведений в разных государствах значительно различаются, а правоприменительная практика по выбору применимого права к трансграничным спорам не сформировалась. Легализацию доступа к сиротским произведениям можно свести к двум основным подходам. При подходе opt-in правообладатель, действуя пассивно, считается по умолчанию не согласным на использование своего произведения, но третьи лица при соблюдении условий могут получить разрешение от государства (ЕС, Германия, Канада, Япония, Индия, Южная Корея). В рамках подхода opt-out правообладатель считается по умолчанию согласным на использование произведения, но имеет возможность отказаться, действуя активно (Франция, Великобритания).

Оба рассматриваемых института авторского права объединяет ситуация потенциально существующей возможности возврата произведения из статуса общественного достояния или из сиротских произведений под авторско-правовую охрану.

Авторско-правовая охрана на произведения, перешедшие в общественное достояние, может быть восстановлена в результате продлений военного времени, реабилитации подвергшегося репрессиям автора, признания недействительным

<sup>20</sup> Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25.10.2012 об определенном разрешенном использовании произведений, не определяемых по субъекту авторского права // СПС «Гарант».

<sup>21</sup> Попытки урегулировать доступ к «сиротским» произведениям на законодательном уровне в США предпринимались с конца прошлого века, но не были успешны. См. об этом: Dispute settlement: Dispute DS160. World Trade Organization // URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm); Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation. U. S. Copyright Office // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/>; Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / С. А. Козловский, А. С. Горбунова, Д. А. Жуков [и др.]; под общ. ред. С. А. Козловского. М.: Ваш формат, 2017. С. 100.





акта добровольной передачи автором произведения в общественное достояние, вступления государства в международное соглашение с соответствующими обязательствами и по другим причинам; на произведения, получившие статус сиротских, — в результате выявления обладателя прав.

В связи с этим целесообразно подвергнуть анализу риски, которые возникнут в случае, если произведение, получившее соответствующий статус (сиротского или общественного достояния), было правомерно использовано третьими лицами, включая иностранные, в разрешенных пределах, в том числе для создания производных версий, после чего первичное произведение восстановлено из сиротских или из общественного достояния под авторско-правовую охрану.

Последствия восстановления отдельных произведений под охрану авторского права для трансграничных отношений можно оценить на следующем примере. Российская Федерация в 1994 г., присоединяясь к Бернской конвенции 1886 г. в редакции 1971 г., сделала оговорку об отказе от исполнения статьи об обратной силе Конвенции<sup>22</sup>, подчеркнув, что «действие Бернской конвенции... не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием»<sup>23</sup>. Однако гораздо позднее, в процессе подготовки к вступлению в ВТО, мировое сообщество потребовало от Российской Федерации соответствия ее законодательства мировым стандартам, в том числе в сфере регулирования авторских прав.

С целью вступления в ВТО оговорка к статье об обратной силе Бернской конвенции 1886 г. была официально снята Российской Федерацией в 2012 г.<sup>24</sup>, а изменения в отечественное законодательство начали вноситься значительно раньше. Соответственно, ряд произведений иностранных авторов, которые на территории России на момент присоединения к Бернской конвенции 1886 г. находились в общественном достоянии, вернулись под охрану авторского права. Это произошло главным образом по причине того, что в Бернской конвенции 1886 г. предусмотрен более длительный срок охраны авторских прав, чем в действовавшем до вступления в Конвенцию отечественном законодательстве; а также в силу того, что участие России в Бернской конвенции 1886 г. расширило круг государств, с которыми Россия оказалась связанной договорными отношениями в сфере авторских прав<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Конвенция вступила в силу для России в 1995 г.

<sup>23</sup> Постановление Правительства РФ от 03.11.1994 № 1224 «О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм». П. 2 // СПС «Гарант».

<sup>24</sup> Постановление Правительства РФ от 11.12.2012 № 1281 «Об отзыве заявления, сделанного при присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений» // СПС «Гарант».

<sup>25</sup> В соответствии с действовавшим ранее законодательством, произведениям, которым на территории России никогда не предоставлялась охрана, также считались перешедшими

В связи с обозначенной ситуацией, в частности, в 2008 г. возник ряд проблем с репертуаром отечественных театров. Так, театру имени Вахтангова иностранный правообладатель запретил продолжать постановку пьесы «Милый лжец» (Джером Килти, 1957 г.), которая к этому моменту шла в нем уже 14 лет. Также иностранные обладатели прав на произведение «Трехгрошовая опера» (Бертольд Брехт, 1931 г.) запретили МХАТу продолжать постановку пьесы в переработанном виде под угрозой штрафа и полного запрета постановки. Были запрещены пьесы Юкио Мисимы, в частности, «Маркиз де Сад» в Молодежном театре г. Санкт-Петербурга, а по всей России — постановка пьесы «Двенадцать разгневанных мужчин» Р. Роуза и многие другие.

Таковы для практики трансграничных авторско-правовых отношений возможные последствия восстановления произведений в охране из статуса сиротских или из общественного достояния. В подобных случаях затрагиваются права не только первичных авторов и лиц, вступивших с ними в договорные отношения, но также третьих лиц, правомерно воспользовавшихся объектами общественного достояния или объектами в статусе сиротских произведений и создавших на их основе производные произведения.

В этом случае относительно производного произведения возникает ряд вопросов, ключевыми из которых являются: правомерно ли в принципе существование производного произведения; можно ли продолжать эксплуатацию производного произведения, если первичный автор (правообладатель) возражает; действуют ли правомерно заключенные трансграничные договоры о передаче авторских прав на производное (от сиротского или перешедшего в общественное достояние) произведение и зависит ли ситуация от вида договора (отчуждение, лицензирование); какой правопорядок компетентен регулировать соответствующее трансграничное авторское отношение.

В настоящее время правовое регулирование трансграничных отношений, возникающих в связи с восстановлением произведений в авторско-правовой охране в национальных правопорядках государств отсутствует, как правило, не только на коллизионном, но и на материально-правовом уровне. Исключением являются некоторые нормы в праве США.

Так, для определения применимого права при установлении принадлежности восстановленных исключительных прав автора в Кодексе США предписано применять коллизионную привязку «закон страны происхождения произведения» (*lex loci originis*): восстановленные права принадлежат «автору или начальному правообладателю в соответствии с законом страны происхождения произведения» (§ 104 A 2 (b) 17 USC)<sup>26</sup>.

Кроме того, в Кодексе США урегулированы также отношения по поводу восстановленных прав между автором первичного произведения (начальный правообладатель) и лицом, правомерно создавшим на основе этого (на тот момент сиротского или перешедшего в общественное достояние) произведения, авторские права на которое были впоследствии восстановлены, новое (производное)

в общественное достояние (Закон РФ от 09.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (с изм. и доп. ; утратил силу). П. 1 ст. 28 // СПС «Гарант»).

<sup>26</sup> 17 U. S. Code // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/104>.



произведение (§ 104 A (d) (3) 17 USC)<sup>27</sup>. Авторам производных от восстановленных в охране произведений разрешается продолжать использование своих произведений при условии выплаты обладателю прав на оригинал разумного вознаграждения, размер которого при отсутствии договоренности сторон может определить суд<sup>28</sup>.

Законодательный опыт США, несомненно, интересен и должен быть изучен с точки зрения как юридической техники, так и практики применения. Из-за отсутствия во внутреннем праве большинства государств соответствующих норм их правоприменительные органы лишены механизма рассмотрения споров, связанных с проблемой регулирования трансграничных отношений в связи с восстановлением произведений в авторско-правовой охране.

При этом тенденции, связанные с усилением в последние десятилетия внимания к проблеме сиротских произведений и произведений общественного достояния, введением многими государствами юридических норм, позволяющих авторам отказываться от исключительных прав, развитием движения *creative commons*, и многие другие тенденции свидетельствуют о том, что количество спорных ситуаций в связи с трансграничными отношениями по поводу восстановленных в авторско-правовой охране произведений может увеличиваться и, следовательно, требует нормативного регулирования.

Возможно подвести итоги исследования ключевых различий в действии института общественного достояния и института сиротских произведений в трансграничных авторских отношениях.

Институт общественного достояния является общепризнанным институтом авторского права, поскольку закреплен в универсальном международном соглашении, участниками которого являются более 174 государств мира (Бернская конвенция 1886 г.). Положение института сиротских произведений, напротив, в настоящее время нестабильно: несмотря на то, что существование проблемы произведений с неустановленным правообладателем бесспорно, действенного механизма ее разрешения, который не противоречил бы концепции исключительных прав, не выработано. Попытки урегулировать этот вопрос происходят в основном на национальном уровне в немногих (менее 30) государствах.

В настоящее время возможны, по крайней мере, следующие случаи перехода произведений под действие института общественного достояния: истечение срока авторско-правовой охраны (конвенционное предписание); императивные законодательные предписания санкционного характера (непредоставление охраны произведениям авторов из государств с недостаточным уровнем охраны иностранных произведений); добровольный отказ авторов от исключительных прав в пользу общества. При совершенно иных обстоятельствах произведения переходят под действие института сиротских произведений: нежелание автора осуществлять контроль или утрата сведений об авторе или его местонахождении.

<sup>27</sup> 17 U. S. Code.

<sup>28</sup> См. об этом также: Будылин С. Л. Винни-Пух и Чебурашка встречаются в суде : Споры вокруг «старых» произведений в России и за рубежом // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2014. № 4. С. 53—66.

Критерии разграничения институтов общественного достояния и сиротских произведений также просматриваются в определениях, даваемых объектам охраны: общественное достояние — произведения, которые не находятся под охраной авторского права, так как срок охраны истек или по другим причинам; сиротские произведения, напротив, предположительно находятся под охраной авторского права, но установить правообладателя или место его нахождения не представляется возможным.

Институт общественного достояния закреплен в праве всех государств мира, участвующих в системе международной охраны авторских прав, и его действие можно считать гармонизированным, несмотря на различия в исчислении сроков перехода произведений в общественное достояние и отсутствие устойчивых дефиниций в национальном праве государств. Также, несмотря на отсутствие специального законодательно закрепленного коллизионного регулирования, правоприменительная практика государств свидетельствует о единой тенденции — выборе для разрешения трансграничных споров исключительно собственного права (*lex loci protectionis*). Механизмы законодательного или негосударственного доступа к сиротским произведениям существуют лишь в немногих государствах, и в них отсутствует единообразие: в одних государствах это закрепление возможности использовать сиротские произведения только на индивидуальной основе, в других — разрешение лицензирования в массовых масштабах. Коллизионное регулирование в этой сфере еще не сложилось.

Тем не менее оба рассматриваемых института — общественного достояния и сиротских произведений — на трансграничном уровне объединяет проблема отсутствия правового регулирования для ситуации возврата произведения из-под регулирования соответствующего института под полноценную авторско-правовую охрану. Для такой ситуации отсутствуют как коллизионные, так и материально-правовые нормы. Выходом из данной ситуации может послужить опыт законодательства США, закрепивших коллизионный подход *lex loci originis* для определения применимого права при установлении принадлежности восстановленных исключительных прав, а также урегулировавших отношения по поводу восстановленных прав между автором первичного произведения и лицом, правомерно создавшим на основе начального произведения собственное (производное) произведение.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Будылин С. Л. Винни-Пух и Чебурашка встречаются в суде : Споры вокруг «старых» произведений в России и за рубежом // Журнал Суда по интеллектуальным правам. — 2014. — № 4. — С. 53—66.
2. Дмитриева Г. К., Луткова О. В. Тенденции развития коллизионного регулирования трансграничных авторских отношений, не связанных напрямую с коммерческим использованием произведения // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 10 (62). — С. 27—38.
3. Дюсолье С. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию / Комитет по развитию и интеллектуальной собственности. 7-я сессия. — Женева, 2—6 мая 2011 г.



4. *Лезова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю.* Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы : Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. — М., 2016. — 66 с.
5. *Липцик Д.* Авторское право и смежные права. — М., 2002. — 776 с.
6. *Луткова О. В.* Общественное достояние в международном авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 3. — С. 45—58.
7. *Луткова О. В.* Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 12 (28). С. 63—92.
8. Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / С. А. Козловский, А. С. Горбунова, Д. А. Жуков [и др.] ; под общ. ред. С. А. Козловского. — М. : Ваш формат, 2017. — 141 с.
9. *Пузин Р. С.* Проблема перехода сиротских произведений в общественное достояние // Вестник Самарской гуманитарной академии. — Серия «Право». — 2018. — № 1 (20).
10. *AnceI M.-E.* France // Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives / ed. by T. Kono. — Oxford and Portland, Oregon, 2012. — 1032 p.
11. *Hanson M.* The Right to Display Public Domain Images // URL: <http://englishhistory.net/art/>. — March 6, 2015.
12. *Heath Ch.* Intellectual Property Law in Asia. — London, 2003. — 545 p.
13. *Lange D.* Recognizing the Public Domain // Law and Contemporary Problems. — 1981. — Vol. 44. — P. 145—151.
14. *Lee G.* Korea // Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives / ed. by T. Kono. — Oxford and Portland, Oregon, 2012. — 1032 p.
15. *Peters M.* The Importance of Orphan Works Legislation // U. S. Copyright Office. — URL: <https://www.copyright.gov/orphan/>.



## Цифровые аспекты международного частного права

### ЗАЩИТА ПРАВ СУБЪЕКТОВ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ И ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

**Аннотация.** В статье рассматривается проблематика защиты прав субъектов персональных данных в условиях развития информационных технологий, а также в контексте правовой охраны объектов интеллектуальной собственности. Отмечается, что персональные данные могут иметь совершенно разное значение как для субъектов персональных данных, так и для лиц, использующих их, а также могут быть выражены в различной информации. Анализируются особенности обработки персональных данных в рамках создания объектов интеллектуальной собственности: программ ЭВМ, баз данных, объектов промышленной собственности (ноу-хау, патентуемых объектов). Рассматривается зарубежная и российская судебная практика. Акцентируется внимание на том, что целесообразна корреляция усилий по унификации законодательства о персональных данных с процессами унификации права интеллектуальной собственности в целях формирования эффективной системы охраны интеллектуальной собственности с учетом защиты прав субъектов персональных данных, что особо актуально в условиях стремительного развития информационных технологий.

**Ключевые слова:** персональные данные, защита прав субъектов, информационные технологии, интеллектуальная собственность, правовая охрана, базы данных, программы для ЭВМ, ноу-хау, патентные права.



**Бениамин  
Александрович  
ШАХНАЗАРОВ,**  
доцент кафедры  
международного частного  
права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических  
наук, доцент  
[ben\\_raf@mail.ru](mailto:ben_raf@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.061-071

**B. A. SHAKHNAZAROV,**

Associate Professor of the Chair of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law), Associate Professor  
[ben\\_raf@mail.ru](mailto:ben_raf@mail.ru)  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**PROTECTION OF THE RIGHTS  
OF SUBJECTS OF PERSONAL DATA IN THE CONTEXT  
OF THE DEVELOPMENT OF INFORMATION  
TECHNOLOGY AND LEGAL PROTECTION  
OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

**Abstract.** *The article deals with the problem of protecting the rights of subjects of personal data in the context of the development of information technologies, as well as in the context of the legal protection of intellectual property. It is noted, that personal data can have completely different meanings both for subjects of personal data and for persons using them. The features of personal data processing within the framework of creating intellectual property are analyzed: computer programs, databases, industrial property rights (know-how, patents). Foreign and Russian judicial practice is considered. Attention is focused on the fact that it is advisable to correlate efforts to unify legislation on personal data with the processes of unifying intellectual property rights in order to form an effective system for the protection of intellectual property, taking into account the protection of the rights of subjects of personal data, which is especially important in the context of the rapid development of information technologies.*

**Keywords:** *personal data, protection of subjects' rights, information technology, intellectual property, legal protection, databases, computer programs, know-how, patent rights.*

**П**ерсональные данные могут быть выражены в различной информации и иметь разное значение как для субъектов персональных данных, так и лиц, использующих их. При этом универсальный характер персональных данных представляет особую ценность, а формирование, систематизация совокупности таких данных становятся важнейшими фундаментальными общественными, государственными процессами, развивающимися и с совершенствованием информационных технологий.

Такие процессы могут приводить к созданию результатов интеллектуальной деятельности, охраняемых правом интеллектуальной собственности. Базы данных и программы ЭВМ, используемые для обработки, систематизации персональных данных, как объекты авторских прав (а базы данных — еще и как объект смежных прав в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов согласно

пп. 4 п. 1 ст. 1304 ГК РФ) признаются в мире в качестве объектов интеллектуальной собственности уже довольно давно — более 50 лет<sup>1</sup>.

Операторы персональных данных, осуществляющие их обработку, не могут обладать ими ввиду их персонифицированного характера. При этом ценность персональных данных с учетом их универсальности особенно возрастает в условиях популяризации больших данных, когда большие массивы данных определяют развитие технологий в различных сферах<sup>2</sup>. Эксклюзивность и исключительность прав здесь может проявляться лишь в контексте создания результатов интеллектуальной деятельности.

Возможные результаты интеллектуальной деятельности в обозначенном контексте — это результаты, связанные с агрегированием, сбором таких данных при условии, что для выполнения такого агрегирования, сбора была осуществлена целенаправленная интеллектуальная деятельность.

Обозначенное подтверждается положениями международных договоров. Так, согласно ст. 10 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (Соглашение ТРИПС), программы для электронно-вычислительных машин — как исходный текст, так и объектный код — охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией (в ред. 1971 г.), а компиляции данных (базы данных) или иных материалов как в машиночитаемой, так и в другой форме, которые по причине отбора или расположения их содержания представляют собой результат творчества, должны охраняться.

Сходные положения содержатся в Договоре ВОИС по авторским правам 1996 г. (ст. 4 и 5). Статья 4 Договора ВОИС использует термин компьютерные программы и содержит лишь дополнение о том, что охрана компьютерных программ распространяется на компьютерные программы, независимо от способа или формы их выражения. А в статье 5 Договора ВОИС термины «компиляция данных» и «база данных» отождествляются.

Таким образом, программы для ЭВМ (компьютерные программы) и компиляции данных (базы данных) как объекты авторских прав имеют международно-правовые основы охраны, что в определенном смысле придает им универсальный характер и в контексте трансграничной охраны, и оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности, создаваемые для целей обработки персональных данных.

Региональное сотрудничество по регулированию соответствующих отношений представляется действенным наиболее оперативным механизмом сближения, унификации правовых подходов. Особый интерес в обозначенном контексте

<sup>1</sup> Программа для ЭВМ в качестве объекта правовой охраны была впервые зарегистрирована в ноябре 1961 г. в США, а на международно-правовом уровне вопрос о правовой охране программного обеспечения впервые был затронут в 1971 г. консультативной группой правительственных экспертов ВОИС. См. об этом: *Азизян В. Г.* К вопросу о правовой охране компьютерных программ и баз данных // Вестник Московского университета МВД России. 2014. № 4. С. 6.

<sup>2</sup> См. об этом: *Joyce J.* Big Data and intangible property rights — can IPRs and rights in personal data exist in harmony? March 2017 // URL: <https://www.taylorwessing.com/download/article-big-data-and-intangible-property-rights.html> (дата обращения: 31.10.2020).



представляет опыт ЕС именно в сфере правовой охраны баз данных, в которых довольно часто содержатся персональные данные третьих лиц. Так, в ЕС уже в 1996 г. была принята Директива 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О правовой охране баз данных».

Директива определяет базу данных как совокупность самостоятельных произведений, данных или иных материалов, расположенных систематическим или методическим образом и индивидуально доступных через электронные и иные средства. Важно отметить, что положения Директивы не применяются к компьютерным программам, использованным для создания или управления базами данных, доступных через электронные средства (в отношении компьютерных программ действует Директива 2009/24/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О правовой охране компьютерных программ» от 23.04.2009).

В Европейском Союзе возможна охрана как структуры базы данных в качестве объекта авторских прав, так и содержания базы данных *sui generis*. Для предоставления охраны авторским правом база данных должна быть оригинальным результатом интеллектуальной деятельности. Авторскими правами охраняется структура базы данных, а не ее содержание. При этом, если структура базы данных не является оригинальной, возможно защитить ее содержание *suigeneris* — правом особого рода (*sui generis right*). Статья 7 Директивы раскрывает объем такого права, указывая, что государства — члены ЕС предоставляют создателю базы данных, который подтвердит, что им были произведены качественно и/или количественно существенные вложения в подбор, проверку или расположение материалов, право запрещать извлечение и/или последующее использование материалов базы данных в целом или их существенной части, определяемой качественно и/или количественно.

Для получения защиты *sui generis* необходимо доказать, что произведены значительные вложения (финансовые, материальные и/или человеческие) в получение, проверку или представление содержимого базы данных.

Таким образом, предоставление охраны базе данных позволяет защитить с помощью исключительных прав как ее структуру, так и содержание от незаконного извлечения, последующего использования путем передачи экземпляров базы данных. В то же время необходимо понимать, что персональные данные, которые могут составлять содержание базы данных, охраняются специальным законодательством о персональных данных и не составляют интеллектуальный или иной защищаемый компонент базы данных в собственном смысле.

Так, в ЕС действует Общий регламент по защите данных (Регламент ЕС 2016/679 от 27.04.2016, GDPR — General Data Protection Regulation<sup>3</sup>), вступивший в силу 25.05.2018 и установивший новые правила обработки персональных данных ЕС. Регламент действует напрямую в 28 странах ЕС, и, что важно, он

<sup>3</sup> Кроме того, была принята Директива ЕС 2016/680 от 27.04.2016, которая регулирует вопросы защиты физических лиц в отношении обработки персональных данных компетентными властями в целях предотвращения, расследования, задержания или судебного преследования в связи с совершением уголовных правонарушений или исполнения уголовного наказания, а также в отношении свободного перемещения подобных данных.

закрепил экстерриториальный принцип действия положений об обработке персональных данных, что обязывает и иностранные компании соблюдать положения Регламента, если их деятельность ориентирована, в частности, на рынок ЕС, мониторинг персональных данных резидентов ЕС или если применимым правом является право страны члена ЕС.

С принятием Регламента ужесточилась ответственность за нарушение положений об обработке персональных данных. Резидентам ЕС, по сути, предложены инструменты для полного контроля над своими персональными данными (установлены штрафы размером до 20 млн евро или до 4 % годового глобального дохода компании нарушителя, в зависимости от того, какая сумма больше, согласно п. 6 ст. 83 Регламента).

Операторы персональных данных, защищающие содержание своих баз данных получают соответствующую коммерческую выгоду. Защита такого набора данных при соблюдении законодательства о персональных данных может осуществляться и механизмами охраны промышленной собственности — посредством охраны ноу-хау (секрета производства). В зарубежной науке отмечается, что в отсутствие каких-либо договорных отношений необходимо оценить, в какой степени эти права могут препятствовать автономному сбору данных клиентов третьими лицами, а механизмы охраны ноу-хау, в том числе режим коммерческой тайны, равно как и права на базы данных, должны защищать лишь «обработанные» данные<sup>4</sup>.

Право на базу данных защищает данные только после их сбора и систематизации, и такая защита является широкой, применимой против любого вида извлечения, в том числе косвенного, которое приводит к восстановлению базы данных в целом или, по крайней мере, ее существенной части, о чем свидетельствует и судебная практика Европейского суда<sup>5</sup>. Персональные данные, равно как и объекты авторских прав, которые могут быть элементами базы данных, при этом подлежат отдельной защите, в том числе и при использовании базы данных третьими лицами, что подтверждается, в частности, положениями п. 2 и п. 3 ст. 8 Директивы 96/9/ЕС.

Таким образом, персональные данные — самостоятельный объект прав, принадлежащий субъекту персональных данных. Правообладатели же баз данных непосредственно правами на персональные данные не обладают. Персональные данные не являются охраняемым содержанием базы данных как объекта авторских прав. Противоречия между исключительными правами на базы данных и правами субъектов персональных данных возникают лишь в контексте незаконной обработки персональных данных создателей базы данных.

<sup>4</sup> См. об этом: *Banterle F.* The Interface between Data Protection and IP law: The Case of Trade Secrets and Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis (December 2, 2016) // *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?* / M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (eds.). 2016 // URL: <https://ssrn.com/abstract=3276710> (дата обращения: 03.11.2020).

<sup>5</sup> См. об этом: ECJ, *Directmedia Publishing GmbH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07, ECLI:EU:C:2008:552.





В этом контексте с высокой долей вероятности возможно предположить, что в большинстве юрисдикций с учетом повсеместно распространенных принципов и общих положений гражданского права (а именно принципа добросовестности, принципа недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, пределы осуществления гражданских прав) вероятность предоставления исключительных прав на такие базы данных, созданные с нарушением правил применимого законодательства о персональных данных (в том числе с учетом экстерриториального характера современных правил наднационального характера, к которым относятся рассмотренные положения Регламента ЕС) и их охраны, практически минимальна.

Очевидно, что в процессе создания результатов интеллектуальной собственности крайне необходимо учитывать права третьих лиц, к которым в контексте создания баз данных могут относиться и персональные данные.

Такой же подход следует применять и при толковании положений российского законодательства об охране авторских и смежных прав. Так, в ст. 1303 ГК РФ довольно однозначно устанавливается правило, согласно которому интеллектуальные права на содержание баз данных являются смежными с авторскими правами. При этом, безусловно, сами персональные данные не должны включаться в объем исключительных прав, т.е. механизмы защиты исключительных прав не распространяются на защиту персональных данных, которые принадлежат субъекту таких данных и регламентируются в России Федеральным законом «О персональных данных» от 27.07.2006 № 152-ФЗ.

Что касается восприятия в ГК РФ базы данных как объекта авторских прав, то такой подход также нашел отражение в положениях Кодекса о составных произведениях. Так, согласно положениям п. 2 ст. 1260 ГК РФ составителю базы данных принадлежат авторские права на осуществленные им подбор или расположение материалов (составительство). При этом в п. 2 ст. 1260 ГК РФ также уточняется, что базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ).

В этом контексте не совсем точными представляются положения следующего пункта — п. 3 ст. 1260 ГК РФ, согласно которым переводчик, составитель либо иной автор производного или составного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания производного или составного произведения. Произведения — это объекты авторских прав, а, как следует из п. 2 ст. 1260 ГК РФ, в базу данных могут быть включены не только объекты авторских прав, но и иные материалы. В частности, судебные решения, нормативные правовые акты, названные в п. 2 ст. 1260 ГК РФ в качестве примера составных элементов базы данных, согласно п. 6 ст. 1259 ГК РФ не являются объектами авторских прав.

Таким образом, целесообразнее представляется все же изложить п. 3 ст. 1260 ГК РФ в иной редакции и закрепить в данном пункте правило о том, что переводчик, составитель либо иной автор производного или составного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав третьих лиц,

в том числе прав авторов произведений, использованных для создания производного или составного произведения.

Такой подход в целом позволил бы акцентировать внимание на различных правах в отношении различных элементов составных произведений и избежать возможного неоднозначного толкования, несмотря на наличие таких релевантных общих положений ГК РФ, как, например, принцип добросовестности, принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, пределы осуществления гражданских прав.

Показательным в обозначенном контексте представляется и интересный спор из российской судебной практики по делу ООО «ВКонтакте» против ООО «Дабл (Double Data)» и АО «Национальное бюро кредитных историй». Социальная сеть «ВКонтакте», принадлежащая Mail.ru Group, в январе 2017 г. подала иск о защите исключительных смежных прав на свою базу данных пользователей к компании Double Data и Национальному бюро кредитных историй в Арбитражный суд г. Москвы<sup>6</sup>. Суд первой инстанции занял позицию ответчика, однако в апелляционной инстанции «ВКонтакте» удалось доказать, что структура данных пользователей является базой данных истца, на организацию и поддержание которой он понес затраты, и действия ответчика нарушают интеллектуальные права истца. Кассационная инстанция при этом отправила дело на новое рассмотрение, отменив решения суда первой и апелляционной инстанций.

Рассматриваемое дело, по сути, сводилось к тому, имело ли место извлечение персональных данных как части базы данных или нет, с учетом того обстоятельства, что социальная сеть формирует эту базу данных автоматическим способом, путем инициативных действий пользователей — субъектов персональных данных, а также того обстоятельства, что технология извлечения ответчиком данных построена на основе поисковых механизмов, позволяющих находить данные из открытых источников в сети Интернет автоматизированно, демонстрируя известное противоречие между открытыми данными, находящимися в свободном доступе, и возможными правами правообладателей смежных прав на базу данных.

Представляется важным при разрешении подобных споров учитывать не только наличие возможных смежных прав на базу данных и анализировать действия по использованию таких данных третьими лицами на предмет нарушения таких прав, но и права субъектов персональных данных, принимая во внимание их волеизъявление на обработку таких данных в том или ином объеме третьими лицами.

Проблематика охраны персональных данных приобретает особое звучание и в контексте широкого использования объектов промышленной собственности, прежде всего изобретений, позволяющих с помощью современных информационных технологий осуществлять сбор и обработку информации, в частности сведений, составляющих персональные данные, анализировать их в различных целях, в том числе коммерческих.

Например, крупнейшая социальная сеть Facebook использует инновации для обработки персональных данных. За последние годы компания зарегистрировала

<sup>6</sup> Дело № А40-18827/2017 // URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/1f33e071-4a16-4bf9-ab17-4df80f6c1556> (дата обращения: 03.11.2020).



несколько изобретений, получив несколько патентов, которые позволяют платформам социальных сетей отслеживать, идентифицировать и классифицировать людей новыми и инновационными способами<sup>7</sup>. Так, согласно патенту США № 9485423В2 «Связывание камер с пользователями и объектами в системе социальных сетей» (заявка подана 16.09.2010, изобретение запатентовано 25.06.2013) осуществляется отслеживание людей через следы на камере.

Патент позволяет социальным сетям идентифицировать друзей и связи человека путем сопоставления пользователей в изображении, сделанном одной и той же камерой. Для этого алгоритм анализирует метаданные фотографии, чтобы найти идентификационные данные «подпись» конкретной фотокамеры. Такая подпись может быть простой, как и настройки камеры об именах файлов. Например, два разных пользователя могут загрузить vacation2012-01aBCDxeg.jpg или vacation2012-02aBCDxeg.jpg, и алгоритм пометит пользователей как потенциально связанных на основании сходных имен файлов.

Стоит отметить, что рассматриваемая технология также определяет образцы следов пыли и царапин на объективе камеры как «подпись», позволяя алгоритму соотносить пользователей исключительно на основе пикселей фотографии. В обозначенном контексте стоит отметить, что такие технологии Facebook могут быть использованы и для идентификации лиц, изображенных на анонимных кадрах или фотографиях, поступающих в полицию или средства массовой информации, на основе хранилища изображений, доступных в социальных сетях.

Еще одним интересным примером использования патентной охраны технологий, действие которых может быть связано с обработкой персональных данных, представляется запатентованная технология авторизации человека через социальные сети (патент США № 9100400В2 «Авторизация и аутентификация на основе социальной сети человека», заявка подана 08.08.2012, техническое решение запатентовано 04.08.2015).

Такое решение, когда патентная охрана предоставляется техническому решению учета социального кредитного рейтинга на основе социальной сети человека представляется спорным. Анализ кредитоспособности человека на основе его отношений с другими может привести к необъективным решениям об отказе или выдаче кредита, к актам дискриминации. Кроме того, безусловно, актуальным вопросом здесь остается возможность защиты персональных данных субъектами персональных данных в контексте возможного недопущения использования такого рода данных из социальных сетей в обозначенных целях.

В данном контексте можно привести в качестве интересной иллюстрации и релевантную российскую судебную практику. Так, в Арбитражном суде г. Москвы в 2017 г. рассматривалось дело № А40-5250/17-144-51<sup>8</sup> по заявлению АО «Национальное бюро кредитных историй» о признании недействительными пунктов 1 и 4 предписания Управления Роскомнадзора по ЦФО № П-77/07/524-нд/1/230

<sup>7</sup> См. об этом: *Lily L.* Facebook, patents, and privacy: social media innovations to mine personal data // *GPSol*. September/October 2020 : Privacy. Vol. 37. Is. 5. P. 18—21.

<sup>8</sup> Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-5250/17-144-51 от 05.05.2017 // URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/eb1907d9-be95-4b0e-85c7-0481aef89b31> (дата обращения: 08.11.2020).

от 26.08 2016. По мнению суда, если владелец сделал персональные данные общедоступными, то они могут содержаться только в общедоступных источниках получения персональных данных (ст. 8 Федерального закона № 152-ФЗ), при этом социальные сети не являются таковыми, и, таким образом, информация о лице, размещенная в них, не может быть отнесена к общедоступной. Суд согласился с позицией Роскомнадзора и отказал в удовлетворении требований истца в полном объеме.

Подтвержденная судебной практикой законодательная позиция о том, что обработка персональных данных из общедоступных источников возможна лишь при письменном согласии субъекта и лишь в целях информационного обеспечения<sup>9</sup>, позволяет заключить, что социальные сети не являются общедоступными источниками персональных данных, поскольку не создаются в целях информационного обеспечения (социальные сети могут содержать ложную информацию о лице, достоверность и обязательный перечень сведений, приводимых самим субъектом персональных данных в социальных сетях, не регламентированы нормативно).

Таким образом, при создании и использовании современных технологий, позволяющих обрабатывать, на первый взгляд, общедоступные данные, необходимо учитывать действие законодательства о защите персональных данных, факт получения письменного согласия от субъекта персональных данных на такую обработку (что зачастую представляется затруднительным и нецелесообразным) и наличие ответственности (уголовной, административной, гражданско-правовой и дисциплинарной) за нарушение требований законодательства о защите персональных данных. При этом представляется, что создание и реализация заведомо неблагонадежной технологии, предполагающей использование персональных данных в нарушение законодательных требований о защите персональных данных, могут служить основанием для отказа в патентной охране соответствующей технологии, равно как и в получении охраны в рамках авторского права.

Важным вопросом представляются и коллизионно-правовые подходы к персональным данным. Так, в мире распространен императивный коллизионно-правовой подход (ЕС, КНР, США), согласно которому внутреннее законодательство о персональных данных императивно и подлежит обязательному применению или же применяется коллизионная привязка права страны суда (что, по сути, представляется тождественным первому варианту).

Что касается коллизионно-правового подхода Российской Федерации, то стоит отметить, что вопрос о применимом праве к отношениям по трансграничной

<sup>9</sup> Согласно п. 1 ст. 8 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» общедоступные источники персональных данных (книги, справочники и др.) могут создаваться лишь в целях информационного обеспечения. В общедоступные источники персональных данных с письменного согласия субъекта персональных данных могут включаться его фамилия, имя, отчество, год и место рождения, адрес, абонентский номер, сведения о профессии и иные персональные данные, сообщаемые субъектом персональных данных. При этом согласно п. 2 ст. 8 данного Закона сведения о субъекте персональных данных должны быть в любое время исключены из общедоступных источников персональных данных по требованию субъекта персональных данных либо по решению суда или иных уполномоченных государственных органов.



обработке персональных данных не решен в российском праве. В зависимости от квалификации отношений, возникающих в процессе трансграничной обработки персональных данных в качестве договорных либо деликтных, для определения применимого права к таким отношениям необходимо обращаться к общему коллизионному регулированию (VI раздел третьей части Гражданского кодекса РФ<sup>10</sup>).

В науке отмечается, что отношения между российским субъектом персональных данных и российским или иностранным оператором персональных данных должны быть квалифицированы как договорные ввиду того, что согласие субъекта персональных данных на обработку его данных и последующую фактическую передачу таких данных оператору представляются офертой, а фактическое принятие оператором персональных данных к обработке должны восприниматься в качестве акцепта<sup>11</sup>. Правовой подход к персональным данным с акцентом на правах субъектов персональных данных позволяет заключить о гражданско-правовой направленности законодательства РФ о персональных данных в целом.

Международно-правовое регулирование отношений, связанных с защитой персональных данных (на основе развития положений Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г.), представляется важнейшим направлением модернизации правового регулирования в этой сфере ввиду широкого использования и роста «трансграничных потоков» персональных данных в условиях развития информационных технологий, широкого использования сети Интернет и возможного нарушения прав субъектов персональных данных одновременно в нескольких юрисдикциях. При этом полагаем целесообразной корреляцию подобных усилий по унификации законодательства о персональных данных с процессами унификации права интеллектуальной собственности в целях формирования эффективной системы охраны интеллектуальной собственности с учетом защиты прав субъектов персональных данных, что особо актуально в условиях стремительного развития информационных технологий.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Канашевский В. А.* Правовой режим трансграничной передачи персональных данных // Законодательство. — 2012. — № 12.
2. *Терехова Е. В.* Коллизионные вопросы трансграничной обработки персональных данных // Информационное право. — 2013. — № 5. — С. 33—36.
3. *Banterle F.* The Interface between Data Protection and IP law: The Case of Trade Secrets and Database Sui Generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis (December 2, 2016) // Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards

<sup>10</sup> См. об этом: *Канашевский В. А.* Правовой режим трансграничной передачи персональных данных // Законодательство. 2012. № 12. С. 21. Также см. об этом: *Терехова Е. В.* Коллизионные вопросы трансграничной обработки персональных данных // Информационное право. 2013. № 5. С. 33—36.

<sup>11</sup> См. об этом: *Канашевский В. А.* Указ. соч.



- a Holistic Approach? / M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (eds.). 2016 // URL: <https://ssrn.com/abstract=3276710> (дата обращения: 03.11.2020).
4. Joyce J. Big Data and intangible property rights — can IPRs and rights in personal data exist in harmony? March 2017 // URL: <https://www.taylorwessing.com/download/article-big-data-and-intangible-property-rights.html> (дата обращения: 31.10.2020).
  5. Lily L. Facebook, patents, and privacy: social media innovations to mine personal data // GPSolo. — September/October 2020 : Privacy. — Vol. 37. — Is. 5. — P. 18—21.





**Наталья Николаевна  
ВИКТОРОВА,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических  
наук, доцент

[nnviktorova@msal.ru](mailto:nnviktorova@msal.ru)

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ СО СТОРОНЫ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ИНВЕСТОРОВ В ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье исследована проблема злоупотребления правом со стороны инвесторов при инициировании разбирательства в инвестиционном арбитраже. Для физического или юридического лица какого-либо государства привлекательна возможность использовать механизм разрешения споров в международном арбитраже против своего государства. Это может приводить к злоупотреблениям со стороны инвесторов, в результате чего создается «искусственная компетенция арбитража».

Показано, что злоупотребление со стороны инвесторов может выражаться путем манипулирования корпоративной национальностью, поиска удобного договора, получения второго гражданства. Показано, что понятие «процессуальное злоупотребление» является производным от принципа добросовестности, применяется для оценки законности возбуждения и подачи иска иностранным инвестором в международный инвестиционный суд.

Делается вывод, что реструктуризация инвестиций является злоупотреблением процессуальными правами, если такие манипуляции осуществляются для перевода уже существующих споров в сферу действия двусторонних соглашений о защите инвестиций, т.е. с целью создания искусственной компетенции инвестиционного арбитража. Отмечается, что, если индивидуальный инвестор имеет гражданство двух государств — сторон двустороннего инвестиционного договора, он не может выступать в качестве иностранного инвестора для государства-реципиента, с которым он имеет существенные связи на момент осуществления инвестиций. Показано, что вывод о наличии злоупотреблений можно сделать путем комплексного анализа всех обстоятельств дела: времени учреждения компании, осуществления инвестиций, нарушения государством обязательств по инвестиционному договору.

Показано, что санкцией за злоупотребление является решение арбитража об отсутствии своей компетенции рассматривать спор.

**Ключевые слова:** принцип добросовестности, злоупотребление процессуальными правами, международный инвестиционный арбитраж, инвестор, манипулирование национальностью, компания-оболочка, *treaty-shopping*, *forum-shopping*, *nationality-shopping*, эффе́ктивное гражданство.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.072-081

**N. N. VIKTOROVA,**

*Associate Professor of the Chair of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law), Associate Professor  
nnaviktorova@msal.ru  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

## **ABUSE OF RIGHT BY INDIVIDUAL INVESTORS IN INVESTMENT ARBITRATION**

**Abstract.** *The article analyzes the problem of abuse of rights by investors when they initiate proceedings in investment arbitration. For an individual or legal entity of any state, it is an attractive opportunity to use the dispute resolution mechanism in international arbitration against their state. This can lead to abuse of investors, resulting in an “artificial arbitration competence”. It is shown that the abuse of rights by investors can be expressed by manipulating of corporate nationality, treaty-shopping, and obtaining a second passport. It is set up that the concept of “procedural abuse” is derived from the principle of good faith, which is used to assess the legality of the initiation and filing of a claim by a foreign investor in an international investment tribunal. The author concludes that investment restructuring is an abuse of procedural rights if such manipulations are carried out to transfer existing disputes into the scope of bilateral investment protection treaties, that is, in order to create “artificial jurisdiction” of investment arbitration.*

*If an individual investor has the nationality of two states — parties to a bilateral investment treaty, he or she cannot act as a foreign investor for the host state, with which he has significant ties at the time of investment. The conclusion about the abuse of rights can be made by a comprehensive analysis of all the circumstances of the case: the time of the establishment of the company, the implementation of investments, the violation by the state of obligations under the investment treaty.*

**Keywords:** *principle of good faith, abuse of process rights, international investment arbitration, investor, manipulation of nationality, shell company, treaty-shopping, forum-shopping, nationality-shopping, effective nationality.*

**М**еждународные договоры о защите инвестиций предусматривают определенные привилегии для иностранных инвесторов. Среди них — возможность возбудить иск против государства в международном арбитраже.

Рост числа инвестиционных споров и прямой доступ частных лиц к международному инвестиционному арбитражу вызывают неоднозначную реакцию в мире. Действительно, наличие у иностранных инвесторов права предъявлять иски к государствам в международный инвестиционный арбитраж далеко от общего признания. Появляются новые инвестиционные договоры, не предусматривающие возможность передачи споров между инвестором и государством в инвестиционный арбитраж, как, например, Соглашение об инвестиционном



сотрудничестве и содействии между Бразилией и Индией от 25.01.2020 (в силу не вступило)<sup>2</sup>.

В то же время, несмотря на критику, прямой доступ к инвестиционному арбитражу считается важным средством привлечения иностранных инвестиций, а арбитраж — предпочтительным механизмом урегулирования споров между инвестором и государством. Это подтверждает и значительное число государств — участников Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств 1965 г. (далее — Вашингтонская конвенция 1965 г.) — 155 стран<sup>3</sup>.

Главным критерием предоставления особой правовой защиты является национальность инвестора<sup>4</sup>. Инвестиционные соглашения, как правило, к инвесторам относят: «а) любое физическое лицо, являющееся гражданином государства этой Договаривающейся Стороны и правомочное в соответствии с ее законодательством осуществлять капиталовложения на территории другой Договаривающейся Стороны; б) любое юридическое лицо, созданное в соответствии с действующим на территории этой Договаривающейся Стороны законодательством, при условии, что юридическое лицо правомочно в соответствии с законодательством своей Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на территории другой Договаривающейся Стороны»<sup>5</sup>.

Для того чтобы попасть под защиту инвестиционного договора, компании меняют страну регистрации, физические лица — гражданство.

Практика изменения страны регистрации для получения удобной национальности без осуществления эффективной экономической деятельности в своей стране приводит к таким явлениям, как *forum-shopping* (выбор места проведения суда), *treaty-shopping* (выбор договора), *nationality-shopping* (выбор национальности), манипулирование корпоративной национальностью путем создания так называемых «компаний-оболочек» (*shell-company*) — корпораций, не осуществляющих деловую активность и обычно существующих только номинально, «как средство для осуществления деловых операций другой компании»<sup>6</sup>. Все это делается для получения преимуществ из наиболее выгодных для инвестора

<sup>2</sup> Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India 25/01/2020 // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> (дата обращения: 03.01.2021).

<sup>3</sup> URL: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (дата обращения: 03.01.2010).

<sup>4</sup> См.: Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М. : Бек, 2002. С. 88.

<sup>5</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Турецкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений, 15 декабря 1997 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. Специальное приложение к № 7. С. 171—172.

<sup>6</sup> Garner B. A. (ed). Black's Law Dictionary. 8th ed. West Publishing Co., 2004. Цит. по: Салливан Дж., Хиендл А. Компании-оболочки и право иностранных инвестиций // Правовые аспекты инвестиционных договоров : сборник статей / под ред. А. Алиева, С. Крупко, А. Трунка. М. : Норма, 2012. С. 106.

инвестиционных договоров в тех случаях, когда законы государства инвестора недостаточно регулируют эти отношения<sup>7</sup>.

Как отмечают специалисты, для физического или юридического лица какого-либо государства является привлекательной возможность использовать механизм разрешения споров в международном арбитраже против своего государства, что может приводить к злоупотреблениям со стороны инвесторов, в результате чего создается «искусственная компетенция арбитража». Следует согласиться с профессором Surya P. Subedi, который отметил, что рост таких явлений может иметь разрушительный эффект для права иностранных инвестиций, если инвесторы смогут сами выбирать инвестиционные договоры<sup>8</sup>.

Является ли злоупотреблением планирование национальности, т.е. выбор благоприятного инвестиционного договора? По мнению профессора А. Белоглавека, если компания, в которую были вложены инвестиции, была учреждена задолго до вмешательства государства, то такое поведение инвестора не будет спорным<sup>9</sup>.

Если же гражданин государства-реципиента или гражданин страны, не являющейся договаривающейся стороной, проводит реструктуризацию своей инвестиции непосредственно до или сразу после вмешательства или после наступления такого вмешательства, с целью получения защиты по инвестиционному договору, опасность злоупотребления процедурой на основе такого договора становится реальной<sup>10</sup>. Профессор А. Белоглашек пишет о Договоре к Энергетической хартии, однако представляется, что его утверждение можно использовать и в отношении двусторонних инвестиционных договоров.

Как отмечает А. Белоглашек, злоупотребление процессом — это относительно новый институт в международном праве защиты инвестиций. Он был успешно применен при разрешении ряда инвестиционных споров на основании Договора к Энергетической хартии и двусторонних инвестиционных соглашений, «но только в отношении особо вопиющих случаев целенаправленного выбора договора (treaty-shopping) или откровенно мошеннических сделок, единственной целью которых было создание международной компетенции (подсудности) суда там, где ее не существует»<sup>11</sup>.

По мнению профессора Эммануэля Гайярда (Emmanuel Gaillard), процессуальное злоупотребление означает поведение, не являющееся незаконным на первый взгляд. При процессуальном злоупотреблении не нарушаются никакие правовые нормы. Тем не менее злоупотребление процедурой может нанести значительный ущерб стороне, против которой оно направлено, и может подорвать справедливое и упорядоченное разрешение споров в международном арбитраже<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Subedi S. P. *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*. Oxford and Portland, 2008. P. 181.

<sup>8</sup> Subedi S. P. *Op. cit.* P. 182.

<sup>9</sup> См.: Белоглашек А. И. *Международно-правовая защита инвестиций в области энергетики*. Киев : Таксон, 2011. С. 140.

<sup>10</sup> Белоглашек А. И. *Указ. соч.* С. 140.

<sup>11</sup> Белоглашек А. И. *Указ. соч.* С. 71.

<sup>12</sup> Gaillard E. *Abuse of Process in International Arbitration* // ICSID Abstract. 2017. P. 2.





Суд в решении по делу «Компании Phoenix Action Ltd против Чешской Республики» отметил, что теория «злоупотребления процессуальными правами» является производной от принципа добросовестности. Принцип добросовестности давно признан в международном праве и во всех национальных правовых системах. В соответствии с этим принципом стороны должны честно и справедливо относиться друг к другу, правдиво представлять свои мотивы и цели, воздерживаться от получения несправедливого преимущества<sup>13</sup>.

Принцип добросовестности, один из основных принципов международного права<sup>14</sup>, все чаще применяется на юрисдикционной стадии международного арбитражного разбирательства, а именно при рассмотрении вопросов, касающихся того, была ли инвестиция приобретена добросовестно или было ли добросовестно инициировано арбитражное разбирательство истцом<sup>15</sup>.

При рассмотрении дела компании Lao Holdings N. V. против Лаоса суд расценил как злоупотребление со стороны инвестора манипулирование национальностью дочерней компании с целью достижения выгодного места рассмотрения спора в соответствии с международным договором в момент, когда инвестор знал, что произошли события, которые негативно повлияют на его инвестиции и могут привести к арбитражу<sup>16</sup>.

Примером попытки искусственного создания компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) является дело компании Transglobal Green Energy против Панамы<sup>17</sup>. В решении от 02.06.2016 арбитражный суд отказался рассматривать спор по причине отсутствия своей компетенции, так как инвесторы пытались незаконно создать компетенцию МЦУИС в соответствии с инвестиционным договором.

В решении отмечено, что, поскольку владелец компании г-н Лисак имел панамское гражданство, а его компания была учреждена по законодательству Панамы, передача акций компании Transglobal, зарегистрированной в США, была сделана с единственной целью — получить защиту в рамках двустороннего инвестиционного договора между США и Панамой. Таким образом, суд постановил, что инвестор попытался создать «искусственную компетенцию в отношении ранее существовавшего внутреннего спора», тем самым злоупотребил системой арбитража по инвестиционным договорам<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5). P. 42 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>14</sup> См.: *Дмитриева Г. К.* Принцип добросовестности в современном международном праве // Правоведение. 1979. № 6. С. 83.

<sup>15</sup> *Brabandere E. de.* “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims // Journal of International Dispute Settlement. 2012. Vol. 3. № 3. P. 2. URL: <https://ssrn.com/abstract=2175453> (дата обращения: 03.01.2021).

<sup>16</sup> Lao Holdings N. V. v. the Lao People’s Democratic Republic. ICSID Case No. ARB(AF)/12/6 Decision on Jurisdiction February 21, 2014. P. 25 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3108.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>17</sup> Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S. A. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/13/28) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>18</sup> Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S. A. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/13/28).

Нельзя упускать из виду тот факт, что при инвестиционных договорах также могут иметь место злоупотребления со стороны не только корпораций, но и индивидуальных инвесторов. В этом контексте в области арбитража между инвесторами и государством в настоящее время появляется новый тип исков, в соответствии с которым инвесторы, имеющие гражданство обеих договаривающихся сторон договора (т.е. лица с двойным гражданством), предъявляют иски в международный арбитраж к своему государству.

Действительно, в последнее время стали известны несколько случаев, когда лица инициировали арбитражное разбирательство против государства своего гражданства с требованием компенсации за предполагаемые нарушения двустороннего инвестиционного договора.

В связи с этим возникает вопрос: является ли инициирование арбитражного процесса со стороны отдельных инвесторов, имеющих два гражданства или более, включая государство пребывания, злоупотреблением правами, предоставленными инвестиционными договорами? Злоупотребление может иметь место, когда инвестор приобретает второе гражданство, чтобы получить доступ к механизму урегулирования споров, предусмотренному в соответствующем двустороннем инвестиционном договоре, или когда единственной связью между физическим лицом и государством происхождения является простой паспорт, подтверждающий его статус как гражданина этого государства.

Примером использования инвестором своего второго гражданства является дело Дэвуда Равата (Dawood Rawat) против Маврикия. Г-н Рават, имеющий гражданство Маврикия и Франции, в ноябре 2015 г. подал иск против Маврикия на основании Договора о защите и поощрении капиталовложений между Францией и Маврикием 1973 г. Рават утверждал, что Маврикий нарушил этот договор, заморозив и незаконно присвоив его инвестиции, которые он вложил в ряд маврикийских компаний.

Г-н Рават родился в Маврикии, имеет маврикийское гражданство, является директором нескольких маврикийских компаний, его дети являются гражданами Маврикия и проживают в этой стране, как и сам г-н Рават. Он — известный бизнесмен и политический советник на Маврикии. Рават женат на гражданке Франции, в 1998 г. получил французское гражданство. В 2014 г. Рават был удостоен звания рыцаря французского ордена Почетного легиона в знак признания его выдающегося вклада в экономическую и социальную жизнь Маврикия в качестве президента группы компаний.

Суд постановил, что не имеет компетенции *ratione personae* и обосновал это следующим образом: двустороннее соглашение о защите и поощрении инвестиций между Францией и Маврикием не применяется к Равату как к лицу, имеющему гражданство Франции и Маврикия. Термин «гражданин», содержащийся в договоре, не может включать лиц с двойным гражданством. В договоре ничего не сказано о лицах, имеющих гражданство двух и более государств. Рават являлся исключительно гражданином Маврикия, когда осуществлял свои инвестиции в маврикийские компании в период с конца 1980-х до 1992 г. Следовательно, он не является инвестором в соответствии с этим инвестиционным договором<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> PCA CASE 2016-20 Dawood Rawat v the Republic of Mauritius. Award on Jurisdiction. P. 46 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9618.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).



Действительно, двусторонний инвестиционный договор между Францией и Маврикием ничего не говорит о статусе лиц с двойным гражданством. Следуя логике суда, можно сделать вывод о том, что инвесторы не вправе инициировать арбитражное разбирательство против своего государства, что вполне справедливо.

Совершенно противоположную позицию занял арбитраж при рассмотрении иска Серафина Гарсиа Армаса и Карины Гарсиа Грубер против Венесуэлы. Гарсиа Армас родился в Испании, переехал в Венесуэлу в молодом возрасте, получил гражданство Венесуэлы путем натурализации в 1972 г. Его супруга, Гарсиа Грубер, родилась в Венесуэле в 1980 г., является гражданкой Венесуэлы по рождению, приобрела испанское гражданство в 2003 г. В 2001 г. они стали акционерами двух венесуэльских компаний. В 2012 г. они инициировали арбитражное разбирательство на основании двустороннего договора о защите инвестиций между Испанией и Венесуэлой от 02.11.1995, обвинив Венесуэлу в экспроприации их инвестиций. Венесуэла возражала против компетенции арбитража, утверждая, что заявители не были гражданами Испании в момент осуществления инвестиций в 2001 г.

При решении вопроса о своей компетенции суд отклонил аргументы Венесуэлы, постановив, что единственным критерием гражданства, который применяется для установления компетенции *ratione personae* в рамках двустороннего инвестиционного договора, является критерий, предусмотренный в самом этом договоре. Таким образом, по мнению суда, тот факт, что двусторонний договор не содержит прямых ограничений в отношении лиц с двойным гражданством, является достаточным для обоснования компетенции суда, что позволяет двум венесуэльским инвесторам подавать иск к Венесуэле. Суд признал свою компетенцию, заявив, что единственным условием получения защиты в соответствии с инвестиционным договором является наличие гражданства инвестора на момент предполагаемого нарушения договора или на дату начала арбитражного разбирательства, а не на момент осуществления инвестиций. Суд пришел к выводу, что истцы являются инвесторами и их инвестиции подпадают под защиту договора<sup>20</sup>.

Венесуэла обратилась во французский суд с заявлением об отмене решения о компетенции. Апелляционный суд Парижа 03.06.2020 отменил решение, признав, что арбитраж не обладал компетенцией. Парижский апелляционный суд рассмотрел вопрос с точки зрения понятия «инвестиция». По мнению суда, для того чтобы актив стал защищенной инвестицией, инвестор должен удовлетворять требованию гражданства на момент инвестирования, а не только на момент нарушения инвестиционного договора или начала арбитражного разбирательства. Истцы не являлись гражданами Испании на момент осуществления инвестиций, следовательно, арбитраж не обладал компетенцией *ratione materiae*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> *Serafin García Armas and Karina García Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4151.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>21</sup> *Cour D'appel de Paris Pôle 5 — Chambre 16 Arrêt du 03 Juin 2020 sur Renvoi Apres Cassation Recours En Annulation* // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11535.pdf> (дата обращения: 05.01.2021).

По мнению специалистов, после вынесения арбитражного решения по делу Серафина индивидуальные инвесторы получили новый способ «интернационализации» своих претензий к своим собственным государствам посредством приобретения второго гражданства, чтобы воспользоваться защитой двусторонних инвестиционных договоров. Можно ожидать, что такие претензии будут расти.

Определение статуса лица с двойным гражданством в соответствии с данными двусторонними инвестиционными договорами зависит в первую очередь от условий самого договора, и в частности от определения термина «инвестор». Однако большинство инвестиционных договоров просто предусматривают, что физические лица должны иметь гражданство государства происхождения, и «молчат» в отношении лиц с двойным гражданством. В таком случае могут ли лица с двойным гражданством быть квалифицированы как инвесторы? И является ли злоупотреблением обращение гражданина в инвестиционный арбитраж с иском к своему государству?

При ответе на эти вопросы следует вспомнить, что одна из основных целей инвестиционных договоров заключается в защите инвестиций, сделанных гражданами другого государства-участника, т.е. иностранными инвесторами. Поэтому индивидуальный заявитель, имеющий гражданство принимающего государства, не может быть квалифицирован как иностранный инвестор в соответствии с двусторонним инвестиционным договором, особенно если он имеет существенные связи с этим государством.

Недавно принятые соглашения о защите инвестиций предусматривают механизмы защиты от таких злоупотреблений со стороны недобросовестных инвесторов. В качестве примера можно привести Соглашение о защите и поощрении инвестиций между Японией и Марокко от 08.01.2020 (в силу не вступило), предусматривающее, что «физическое лицо, имеющее двойное гражданство, должно рассматриваться исключительно как гражданин государства, гражданство которого является для него или нее преобладающим и эффективным»<sup>22</sup>.

Концепция «эффективного гражданства» была исследована Международным Судом ООН при рассмотрении дела Ноттебома. Суд указал, что при определении эффективного гражданства следует учитывать фактические связи между лицом и государством и принимать во внимание различные факторы, такие как: обычное место жительства лица, центр его интересов, семейные связи, участие лица в общественной жизни, привязанность к данной стране, проявленная им и привитая его детям<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> «...That a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality: or (ii) an enterprise of that Contracting Party carrying out substantial business activities in the Territory of that Contracting Party, that is making or has made an investment in the Territory of the other Contracting Party...». Agreement Between The Kingdom of Morocco and Japan for the Promotion and Protection of Investment. 08.01.2020 // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5908/download> (дата обращения: 05.01.2021).

<sup>23</sup> International Court of Justice. Nottebohm Case (Liechtenstein 2). Guatemala. Second Phase Judgment of April 6th, 1955. P. 22 // URL: <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1955/1.html> (дата обращения: 04.01.2021).



Соглашения о защите и поощрении капиталовложений с участием Российской Федерации содержат стандартные положения и не предусматривают ситуацию, когда инвестором может быть физическое лицо, имеющее гражданство двух государств. Так, в Соглашении между Правительством РФ и Правительством Королевства Швеции о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1995 г. записано: «Термин “инвестор” означает: а) любое физическое лицо, являющееся гражданином Договаривающейся Стороны в соответствии с ее законодательством».

В 2016 г. было принято постановление Правительства РФ № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций», содержащее приложение № 2 «Общие подходы к заключению международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций». Пункт 9 приложения предусматривает: «Договор не должен применяться к инвестициям физических лиц, которые являются или являлись на момент осуществления таких инвестиций гражданами стороны договора, на территории которой эти инвестиции осуществлены или осуществляются»<sup>24</sup>.

Если договоры о защите и поощрении капиталовложений с участием Российской Федерации будут в дальнейшем заключаться с учетом этого положения, тогда, скорее всего, можно будет избежать проблем, связанных со злоупотреблениями со стороны инвесторов, имеющих гражданство двух государств.

Как показывают примеры из практики, рассмотренные в настоящей статье, реструктуризация инвестиций может расцениваться как злоупотребление процессуальными правами, если такие манипуляции осуществляются для перевода уже существующих споров в сферу действия двусторонних соглашений о защите инвестиций, т.е. с целью создания искусственной компетенции инвестиционного арбитража. Если индивидуальный инвестор имеет гражданство двух государств — сторон двустороннего инвестиционного договора, он не может выступать в качестве иностранного инвестора для государства-реципиента, с которым он имеет существенные связи на момент осуществления инвестиций. Под существенными связями понимаются, в частности, постоянное место жительства лица, центр его деловых интересов, семейные связи, участие лица в общественной жизни государства.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Белоглазек А. И.* Международно-правовая защита инвестиций в области энергетики. — Киев : Таксон, 2011. — 396 с.
2. *Дмитриева Г. К.* Принцип добросовестности в современном международном праве // Правоведение. — 1979. — № 6. — С. 82—86.
3. *Крупко С. И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. — М. : Бек, 2002. — 272 с.

<sup>24</sup> Постановление Правительства РФ от 30.09.2016 № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» // СЗ РФ. 2016. № 41. Ст. 5836.



4. *Салливан Дж., Хиендл А.* Компании-оболочки и право иностранных инвестиций // Правовые аспекты инвестиционных договоров : сборник статей / под ред. А. Алиева, С. Крупко, А. Трунка. — М. : Норма, 2012. С. 103—126.
5. *Brabandere E. de.* “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims // Journal of International Dispute Settlement. — 2012. — Vol. 3. — № 3. — P. 1—28. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2175453> (дата обращения: 03.01.2021).
6. *Gaillard E.* Abuse of Process in International Arbitration // ICSID Abstract. — 2017. — Pp. 1—21.
7. *Subedi S. P.* International Investment Law. Reconciling Policy and Principle. — Oxford and Portland, 2008. — 230 p.





**Людмила  
Вячеславовна  
ТЕРЕНТЬЕВА,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических  
наук, доцент

[terentevamila@mail.ru](mailto:terentevamila@mail.ru)

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## СФЕРА ДЕЙСТВИЯ ОБЩЕГО РЕГЛАМЕНТА О ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ ЕС<sup>1</sup>

**Аннотация.** Цель настоящей статьи заключается в определении сферы распространения Регламента Европейского Парламента и Совета ЕС 2016 г. о защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (далее — Регламент). В качестве метода исследования автором предпринят сравнительно-правовой анализ положений Директивы Европейского Парламента № 95/46/ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» (далее — Директива) и Регламента. В результате исследования автором разграничивается территориальная и экстратерриториальная сфера распространения Регламента. Уточняется содержание понятий «оборудование» и «место учреждения» контролера и лица, обрабатывающего персональные данные, в контексте применения Регламента. В статье формулируется вывод о том, что, поскольку при отмене Директивы в Регламент не были внесены изменения в понятие «учреждение», широкое толкование данного понятия в судебной практике может быть также применимо и к территориальной сфере действия Регламента. Преемственность формулировок Директивы и Регламента позволили автору заключить, что экстратерриториальную сферу применения Регламента можно усмотреть не только в ч. 2 ст. 3 Регламента, предусматривающей его прямое экстратерриториальное действие, но и в ч. 1 ст. 3, оговаривающей территориальную сферу его действия, на основании критериев, в основе которых лежит привязка исключительно к территории государств — членов ЕС, как, например, «место учреждения» контролера или лица, обрабатывающего персональные данные.

**Ключевые слова:** персональные данные; направленная деятельность; экстратерриториальная юрисдикция; киберпространство; территориальная юрисдикция; оборудование; контролер; лицо, обрабатывающее персональные данные.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.082-093

<sup>1</sup> Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научно-исследовательского проекта № 18-29-16061 «Сетевое право: от концепта к методологии регулирования трансграничных отношений», реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса — 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

**L. V. TERENCEVA,**

Associate Professor of the Chair of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law), Associate Professor  
**terentevamila@mail.ru**  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

## SCOPE OF THE EU GENERAL PERSONAL DATA REGULATION

**Abstract.** *The purpose of this article is to clarify the scope of the Regulation (eu) 2016/679 of the European parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (here in after — Regulation). The author makes a comparative legal analysis of the provisions of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (here in after — the Directive) and Regulations. As a result of the study, the author distinguishes between the territorial and extraterritorial scope of the Regulation.*

*The author clarifies the content of the concepts of “equipment” and “the establishment” of the controller and the person processing personal data in the context of the application of the Regulations. The article concludes that since no changes were made to the concept of “the establishment” when the Directive was repealed, a broad interpretation of this concept in judicial practice can also be applied to the territorial scope of the Regulation.*

*The continuity of the wording of the Directive and the Regulation allowed the author to conclude that the extraterritorial scope of the Regulation can be seen not only in Part 2 of Article 3 of the Regulation, which provides for its direct extraterritorial effect, but also in Part 1 of Article 3, which specifies the territorial scope of its action, on the basis of criteria that are based solely on the territory of the EU member States, such as the “place of establishment” of the controller or the person processing personal data.*

**Keywords:** *personal data; directed activity; extraterritorial jurisdiction; cyberspace; territorial jurisdiction; equipment; controller; person processing personal data.*

**Ф**акторы глобализации, такие как международная торговля, туризм и иностранные инвестиции, катализировали ситуацию конкуренции юрисдикций различных государств.

Особенно отчетливо указанная тенденция проявилась в информационно-коммуникационном пространстве, масштабное развитие которого способствовало смещению границ национальных правовых пространств и увеличению числа случаев установления экстратерриториальной юрисдикции.

Возможность наступления последствий на территории одного государства в результате принятия актов на территории других государств послужила обоснованием доктринальной позиции о том, что концепции расширенной юрисдикции становятся частью правовой системы России и многих других государств<sup>2</sup>.

В этой связи реализация экстратерриториальной юрисдикции в отношении иностранных государств не просто представляет собой теоретический концепт, а становится вопросом факта. При этом критерий разграничения территориального или экстратерриториального проявления юрисдикции в современных условиях в большей степени зависит не от четкой территориальной демаркации между государствами, а от того, затрагиваются ли значимые интересы одного государства в результате реализации юрисдикционных полномочий другого государства.

В данных условиях государства стоят перед необходимостью разработки инструментария, который позволяет, с одной стороны, защитить права своих граждан, нарушение которых может осуществляться без физического пересечения государственных границ в связи с использованием информационно-коммуникационных технологий; с другой — пресечь ситуации конфликтов юрисдикций различных государств.

Иллюстрацией установления экстратерриториальной предписательной юрисдикции может служить законодательство государств о персональных данных.

Закон Австралии о конфиденциальности 1988 г. распространяется на любую организацию или оператора малого бизнеса, имеющих связь с Австралией, в частности с осуществлением предпринимательской деятельности в Австралии (Sec. 5B, par. 3(b))<sup>3</sup>. Закон о защите персональных данных 2012 г. Сингапура распространяется на организации, собирающие персональные данные физических лиц в Сингапуре, независимо от того, присутствует ли сама организация в Сингапуре<sup>4</sup>.

Экстратерриториальная сфера действия была заложена и в Директиве Европейского Парламента № 95/46/ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» (далее — Директива)<sup>5</sup>. В результате действия указанной Директивы, которая являлась обязательной прежде всего для государств — членов Европейского Союза, в национальном праве ЕС имели место некоторые расхождения в ее реализации. В этой связи в 2016 г. был принят обязательный для всех физических и юридических лиц ЕС Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС 2016 г. о защите физических

<sup>2</sup> Бабаев А. Б., Бабкин С. А., Бевзенко Р. С., Белов В. А., Тарасенко Ю. А. Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики : в 2 т. ; под общ. ред. В. А. Белова ; 2-е изд., стереотип. М. : Юрайт, 2015. С. 967 (автор очерка 25 — С. А. Бабкин).

<sup>3</sup> Privacy Act Australia of 1988 // URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00076//> (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>4</sup> Personal Data Protection Act of 2012 (No. 26 of 2012) // URL: [www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=law&c=SG](http://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=law&c=SG) (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>5</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // URL: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dir\\_1995\\_46\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dir_1995_46_en.pdf) (дата обращения: 14.12.2020).

лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (далее — Регламент)<sup>6</sup>.

В статье 3 Регламента под названием «Территориальное действие» раскрывается как территориальная, так и экстратерриториальная сфера его распространения в зависимости от того, учреждены ли контролер или лица, обрабатывающие персональные данные, в Европейском Союзе.

Российскими учеными разграничивалась территориальная и юрисдикционная сфера действия Регламента о персональных данных. Территориальная сфера применения Регламента, по мнению авторов, ограничивается пределами Евросоюза, тогда как юрисдикционная сфера действия распространяется на субъектов за пределами Евросоюза<sup>7</sup>.

Как представляется, распространение действия закона за пределами территории государства свидетельствует скорее о его экстратерриториальном проявлении, нежели о юрисдикционном.

В доктрине международного публичного права территориальный принцип юрисдикции относится к числу основных принципов наряду с персональным принципом, охранительным принципом, направленным на защиту государственных интересов, и универсальным принципом, направленным на защиту международного порядка<sup>8</sup>.

Территориальный аспект юрисдикции отмечается и в международно-правовых актах, где юрисдикция, как правило, рассматривается с точки зрения распространения суверенной власти государств-участников на какие-либо объекты или определенные участки территории, а также как проявление территориального верховенства<sup>9</sup>, из чего можно выделить как содержательный аспект юрисдикции, а именно совокупность властных полномочий (предписывающая, судебная, исполнительная юрисдикция), так и форму ее реализации — пространственное ограничение ее действия пределами государственной территории.

<sup>6</sup> General Data Protection Regulation (GDPR) // GDPR Archives — GDPR.eu (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>7</sup> См.: *Долинская В. В.* Защита прав в сфере персональных данных в России и ЕС // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2019. № 9. С. 22—29; *Касенова М. Б.* Некоторые замечания относительно диверсификации правового регулирования защиты персональных данных: подход Европейского Союза // *Юридическая наука.* 2018. № 2. С. 17, 23.

<sup>8</sup> *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть : учебник для студентов юридических факультетов и вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 330; *Толстых В. Л.* Курс международного права : учебник. М. : Проспект, 2018. С. 279—284; *Хименес де Аречага Э.* Современное международное право. М. : Прогресс, 1983. С. 272; *Akehurst M. A.* Modern Introduction to International Law. 5th ed. London, 1985. P. 103; *Mann F. A.* Studies in International Law. Oxford, 1973. P. 31; *Zerk J. A.* Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas. Working Paper № 59. Harvard Corporate Social Responsibility Initiative, 2010. P. 18.

<sup>9</sup> Проект Декларации прав и обязанностей государств от 06.12.1949 (принят Комиссией международного права ООН, резолюция 375 (IV) от 06.12.1949 // *Международное право* . сборник документов. М. : Юрид. лит., 2000.

Если территориальную юрисдикцию традиционно в отечественной и зарубежной доктрине определяют как совокупность властных полномочий государства, реализуемых в рамках определенной территории, то под экстратерриториальной юрисдикцией понимается распространение указанных полномочий за пределы территории государства<sup>10</sup>.

Расширенное понимание территориальной юрисдикции в доктрине объясняется разнообразием ситуаций, подпадающих под ее действие<sup>11</sup>.

Таким образом, представляется более логичным говорить не столько о юрисдикционном распространении закона, сколько о его территориальном и экстратерриториальном действии. Юрисдикция, не теряя своей территориальной сущности, в случае ее реализации за пределами соответствующего государства, трансформируется из территориальной в экстратерриториальную.

Пункт 1 ст. 3 Регламента предусматривает его территориальное действие в отношении обработки персональных данных в контексте деятельности учреждения контролера или обрабатывающего данные лица в ЕС<sup>12</sup>, вне зависимости от того, проводится обработка в ЕС или нет.

Между тем, как показывает судебная практика, даже предусмотренное в Регламенте условие о его территориальном распространении в соответствии с критериями, в основе которых лежит привязка исключительно к территории государств — членов ЕС, в ряде случаев может носить экстратерриториальный характер.

В пункте 22 преамбулы Регламента поясняется, что учреждение подразумевает под собой эффективное и реальное осуществление деятельности посредством стабильных организаций. При этом правовая форма такого учреждения, будь то филиал или дочерняя компания с самостоятельной правосубъектностью, не является определяющим фактором.

В предшествующей Регламенту Директиве учреждение понималось похожим образом в целях определения территориальной сферы действия национального права государства-члена (ст. 4 и п. 19 преамбулы Директивы).

<sup>10</sup> *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. Особенная часть : курс лекций. М. : Статут, 2010. С. 459 ; *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть. М. : Бек, 1996. С. 145 ; *Colangelo A. J.* What is extraterritorial jurisdiction? // *Cornell Law Abstract.* 2014. Vol. 99. P. 1303 ; *Spencer Z.* Globalisation and the Rule of Law. Routledge Press, 2005. P. 11 ; *Senz D., Charlesworth H.* Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation // *Melbourne Journal of International Law.* 2001. Vol. 2. P. 69, 72 ; *Parrish A.* Reclaiming International Law from Extraterritoriality // *Minnesota Law Abstract.* 2009. Vol. 93. P. 842.

<sup>11</sup> Международное право. Общая часть : учебник / под ред. Р. М. Валеевой, Г. И. Курдюкова. М. : Статут, 2011. С. 418—419 (автор главы X — А. Р. Каюмова).

<sup>12</sup> Под контролером в ст. 4 Регламента понимается физическое или юридическое лицо, органы государственной власти, агентство или иной орган, который самостоятельно или совместно с другими определяет цели и способы обработки персональных данных. «Обрабатывающее данные лицо» понимается как физическое или юридическое лицо, органы государственной власти, агентство или иной орган, который обрабатывает персональные данные от имени контролера.



В этой связи ни национальность контролера или обрабатывающего данные лица, ни место их основного учреждения, ни физическое местонахождение обработки персональных данных не принимались во внимание ни отмененной в настоящее время Директивой, ни Регламентом.

Еще до принятия Регламента уточнение содержания понятия «учреждение» имело место в деле Case C-230/14 «Weltimmo s.r.o. V. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság» в отношении зарегистрированной в Словакии компании Weltimmo<sup>13</sup>. Суд, исключая формальный подход, заключил, что Weltimmo в целях применения Директивы имела «учреждение» на территории Венгрии, отметив, что реальная и эффективная деятельность, даже если она является минимальной, может быть квалифицирована как учреждение.

Такого рода деятельность, по мнению суда, может заключаться, во-первых, в ведении компанией Weltimmo соответствующего веб-сайта, на котором осуществлялась реклама недвижимости в Венгрии на венгерском языке; во-вторых, в присутствии представителя в лице одного из учредителей, наряду с другими элементами, такими как открытый в Венгрии банковский счет и почтовый ящик. При этом в решении суда было отмечено, что «присутствие только одного представителя может в некоторых обстоятельствах быть достаточным... если этот представитель действует с определенной степенью стабильности благодаря наличию необходимого оборудования для оказания соответствующих конкретных услуг»<sup>14</sup>.

Факт присутствия представителя как критерий применимости законодательства о персональных данных был подвергнут критике в иностранной доктрине ввиду слабой связи между местом нахождения представителя и государством, в котором имеет место деловая активность компании<sup>15</sup>. То обстоятельство, что представитель не принимал участия в хозяйственных делах компании, а лишь отстаивал ее интересы в судебном процессе, позволило иностранным ученым сделать вывод о том, что функция представителя может быть выполнена нанятым на договорной основе адвокатом, не работающим в компании<sup>16</sup>.

В деле «Google Spain case (C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González»<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 October 2015 Weltimmos. r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság Request for a preliminary ruling from the Kúria. Case C-230/14 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8D92450E1379734433259B1B32D8FDA7?text=&docid=168944&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21661996> (дата обращения: 12.12.2020).

<sup>14</sup> Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 October 2015 Weltimmos. r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság Request for a preliminary ruling from the Kúria. Case C-230/14.

<sup>15</sup> Gullaker H. The extraterritorial scope of European data protection law: The changes in extraterritorial scope between the Data Protection Directive and the General Data Protection Regulation. P. 15 // URL: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/60636/586.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата обращения: 14.11.2020).

<sup>16</sup> Gullaker H. Op. cit.

<sup>17</sup> Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González // URL: EUR-Lex-62012CJ0131-EN-EUR-Lex(europa.eu) (дата обращения: 14.11.2020).



также было предложено широкое толкование понятия «учреждение» в контексте применения Директивы. Гражданин Испании обратился с жалобой в испанское агентство по защите данных (AEPD) на размещение персональных данных в ежедневной испанской газете (La Vanguardia Ediciones SL), а также на Google Spain и Google Inc., отображающих электронную версию. Спорным моментом стал статус Google Spain. В то время как Google Inc. — материнская компания группы Google, зарегистрированная в США, управляет поисковой системой, отображающей страницы испанской газеты, функция дочерней компании Google Spain ограничивалась только продвижением рекламного пространства на веб-сайте Google.

В судебном разбирательстве был поднят вопрос, осуществлялась ли обработка персональных данных в рамках деятельности Google Spain. Суд установил, что, несмотря на то, что обработка персональных данных производилась исключительно компанией Google Inc., деятельность Google Spain (продвижение и продажа рекламных площадей в Интернете) неразрывно связана с этой обработкой, поскольку «деятельность, связанная с рекламным пространством, является средством обеспечения экономической прибыльности рассматриваемой поисковой системы».

Суд пришел к выводу, что персональные данные Гонсалеса обрабатываются Google Spain в связи с отсутствием требования о том, что обработка персональных данных должна осуществляться самим учреждением, поскольку говорится об обработке данных в контексте (в рамках) деятельности этого учреждения.

Таким образом, в отсутствие регистрации компании на территории Испании Google Inc. была признана контролером данных, тогда как ее дочерняя компания Google Spain была квалифицирована в качестве «учреждения».

Указанные примеры демонстрируют, что даже на основе критериев, в основе которых лежит привязка исключительно к территории государств — членов ЕС, имеет место проявление экстратерриториальной предписательной и судебной юрисдикции.

Реализуется экстратерриториальная юрисдикция на основе доктрины эффекта, или доктрины последствий. К доктрине эффекта, или доктрине последствий, ученые относят экстратерриториальную юрисдикцию, устанавливаемую в отношении иностранного гражданина, действия которого на территории иностранного государства имеют серьезные последствия на территории государства, устанавливающего юрисдикцию<sup>18</sup>.

Обработка данных Google Inc. хотя физически и происходила на территории США, тем не менее оказывала влияние на испанского гражданина, что обусловило применение Директивы, требовавшей соблюдение национальных законов места учреждения лиц, обрабатывающих данные, или контролеров.

Принимая во внимание, что при отмене Директивы в Регламент не были внесены изменения в части понятия «учреждение», можно заключить, что те выводы, которые были сделаны в деле Google Spain, в равной степени могут быть применимы и к территориальной сфере действия Регламента. Об этом свидетельствует воспроизведенная в Регламенте конструкция Директивы «в контексте деятельности учреждения контролера или обрабатывающего

<sup>18</sup> Zerk J. A. Op. cit. P. 18.

данные лица в Союзе, вне зависимости от того, проводится обработка в Союзе или нет».

В иностранной доктрине был приведен пример такого рода подхода в отношении многонациональной компании. Если находящаяся за пределами ЕС материнская компания обрабатывает для целей централизованного управления персональные данные сотрудников группы компаний, находящихся в ЕС и такая обработка происходит в рамках деятельности этих компаний, то к обработке данных сотрудников соответствующих компаний ЕС будут применяться законы ЕС<sup>19</sup>.

В отличие от Регламента, п. «с» ч. 1 ст. 4 Директивы предусматривал применение национального права государства-члена к обработке персональных данных, если контролер, не имеющий учреждения на территории ЕС, для целей обработки персональных данных использует автоматизированное или иное оборудование, расположенное на территории государства-члена, за исключением случаев, когда такое оборудование используется только для целей транзита через территорию сообщества.

В документе, созданном Рабочей группой по определению трансграничного применения законодательства по защите персональных данных, обрабатываемых через Интернет веб-сайтами третьих стран, приведены примеры оборудования, к которому могут быть отнесены персональные компьютеры, терминалы и серверы, которые могут использоваться практически для всех видов технологических операций. В качестве типичного случая использования оборудования только для транзита приводятся телекоммуникационные сети (магистральный канал передачи данных, кабели и т.д.), по которым интернет-коммуникации проходят от пункта отправки до пункта назначения<sup>20</sup>.

В документе рабочей группы также отмечено, что не имеет значения, осуществляет ли контролер полный контроль над оборудованием, а также на каком основании осуществляется распоряжение контролера оборудованием (на основании права собственности или иного права). Для целей применения Регламента необходимо, чтобы контролер принимал соответствующие решения относительно способа функционирования оборудования, существа данных и процедуры их обработки. При этом понятие «использование» предполагает два элемента: определенную деятельность, осуществляемую контролером, и намерение контролера обрабатывать персональные данные<sup>21</sup>.

Рабочая группа придерживалась весьма широкой трактовки понятия «оборудование», включая также «сбор персональных данных через компьютеры

<sup>19</sup> *Moerel L.* The long arm reach of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide? // *International Data Privacy Law*. 2001. № 1 (1). P. 30.

<sup>20</sup> Data Protection Working Party. Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites. Article 29 // URL: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp56\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp56_en.pdf).

<sup>21</sup> Data Protection Working Party. Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites. Article 29.



пользователей, посредством файлов cookie<sup>22</sup> или баннеров Java Script»<sup>23</sup>, что обусловило применение п. «с» ч. 1 ст. 4 к поставщикам услуг, созданным в третьих странах<sup>24</sup>. При этом в документе отмечено, что в случае файлов cookie физическое лицо должно иметь возможность принять или отказаться от размещения файлов cookie, а также определить, какие данные оно желает обрабатывать с помощью файлов cookie, а какие — нет.

В самом Регламенте файлы cookie упоминаются только в параграфе 30 преамбулы Регламента: Физические лица могут быть ассоциированы с определенными сетевыми идентификаторами, которые обеспечиваются устройствами, приложениями, программными средствами и протоколами, как, например, IP-адреса, идентификаторы типа cookie — файлы или иные, например метки радиочастотной идентификации. Такого рода сетевые идентификаторы, особенно в сочетании с уникальными идентификаторами и другой полученной серверами информацией, оставляют следы, которые могут быть использованы для создания профилей физических лиц в целях их идентификации.

В руководстве по соблюдению требований о защите персональных данных в ЕС файлы cookie подразделены на четыре категории:

- строго необходимые файлы cookie, которые используются для просмотра веб-сайта и использования его функций, например, в целях сохранения товаров в корзине интернет-магазинов;
- файлы cookie предпочтений («функциональные файлы cookie»), которые позволяют веб-сайту запоминать уже выбранные ранее варианты (используемый язык, предпочитаемый регион в целях составления сводки о погоде, имя пользователя и пароль и т.п.);
- статистические файлы cookie, также известные как «файлы cookie производительности», эти файлы cookie собирают информацию о том, как вы используете веб-сайт, например, какие страницы вы посещали и по каким ссылкам переходили. Информация не используется для идентификации лица, цель сбора данной информации — улучшить функции веб-сайта;

<sup>22</sup> Файлы cookies — это часть текстовых данных, хранящаяся в браузере. В них содержится информация, которую пользователь передает сайтам при их посещении. Именно она помогает запомнить все действия, чтобы при очередном входе на сайт облегчить навигацию (Файлы cookies — что это: 7 мифов и их разоблачение // URL:proudalenku.ru/fajly-cookies-chto-eh-to/ (дата обращения: 30.11.2020)).

<sup>23</sup> Программные приложения, отправляемые веб-сайтом на компьютер пользователя и позволяющие удаленным серверам запускать приложения на компьютере пользователя. В зависимости от содержания программного обеспечения Java Scripts могут использоваться для отображения информации на веб-странице, а также для внедрения вирусов в компьютер (так называемая вредоносная Java) и/или для сбора и обработки персональных данных, хранящихся в компьютере (Data Protection Working Party. Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites. Article 29).

<sup>24</sup> Data Protection Working Party. Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites. Article 29.

— маркетинговые файлы cookie, которые отслеживают онлайн-активность пред-почтения и местоположение пользователя в целях предоставления релевантной рекламы. Эти файлы cookie, почти всегда стороннего происхождения, могут передаваться рекламодателям<sup>25</sup>.

Использование именно маркетинговых файлов cookie третьей стороной было ограничено в результате принятия Регламента о персональных данных в ЕС.

Судом Евросоюза 01.10.2019 было конкретизировано использование файлов cookie. Суд установил, что согласие, которое пользователь веб-сайта дает на хранение файлов cookie и на доступ к ним на своем оборудовании, должно быть прямым и конкретным. Указание на сайте на возможность отключить cookies через настройки браузера не считается полноценным механизмом отказа<sup>26</sup>.

Такого рода либеральная интерпретация понятия «оборудование» подверглась критике в доктрине в связи отсутствием достаточной связи между деятельностью компаний третьих стран и Европейским Союзом<sup>27</sup>, что обусловило постановку вопроса, насколько легитимными являются законы, принятые «для всего мира»<sup>28</sup>.

В российской и иностранной доктрине был поставлен вопрос о допустимости применения законодательства о персональных данных в отношении серверов, находящихся на территории нескольких государств (облачные сервисы), или арендованных контролером, или же принадлежащих нескольким организациям<sup>29</sup>. Сомнительность использования критерия «оборудование» была объяснена экономической нецелесообразностью отслеживания его местоположения, поскольку поставщики облачных услуг с трудом могут определить, где хранятся персональные данные<sup>30</sup>.

В Регламент не был включен предусмотренный в Директиве критерий «место нахождения оборудования» на территории государства-члена в качестве условия применения Регламента к обработке персональных данных.

Такого рода решение могло быть мотивировано тем, что экстратерриториальное действие Регламента, предусмотренное в п. 2 ст. 3, делает такой критерий, как «место нахождения оборудования», избыточным.

В соответствии с п. 2 ст. 3 Регламент последний применяется в отношении обработки персональных данных субъектов данных, находящихся в Союзе,

<sup>25</sup> Cookies are an important tool that can give businesses a great deal of insight into their users' online activity. Despite their importance, the regulations governing cookies are split between the GDPR and the ePrivacy Directive // URL: <https://gdpr.eu/cookies/> (дата обращения: 25.12.2020).

<sup>26</sup> Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 125/19 Luxembourg, 1 October 2019 Judgment in Case C-673/17 //URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125en.pdf> (дата обращения: 20.12.2020).

<sup>27</sup> Savelyev A. Russia's new personal data localization regulations: A step forward or a self-imposed sanction? // Computer law & security review. 2016. Vol. 32. P. 136.

<sup>28</sup> Gullaker H. Op. cit. P. 23 ; Moniz G. C. Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law — WEe end of the linguistic conundrum of Article 3(2) of the GDPR // UNIO — EU Law Journal. 2018. Vol. 4. № 2. P. 110.

<sup>29</sup> Gullaker H. Op. cit. P. 22 ; Savelyev A. Op. cit. P. 136.

<sup>30</sup> Gullaker H. Op. cit. P. 15.



контролером или обрабатывающим данные лицом, не учрежденными в Союзе, если обработка данных касается:

(а) предоставления товаров и услуг субъектам данных в Союзе вне зависимости от того, требуется ли оплата от указанного субъекта данных, или

(b) мониторинга их деятельности при условии, что деятельность осуществляется на территории Союза.

Смещение фокуса с места расположения оборудования на место осуществления направленной деятельности контролера или лица, обрабатывающего данные, объясняется развитием современных информационных технологий, позволяющих предприятиям обрабатывать персональные данные лиц, находящихся практически в любой точке мира. В этой связи, если поставщик облачных услуг третьей страны использует сервер в государстве-члене для хранения данных своих клиентов, то Регламент будет регулировать соответствующие отношения, если соответствующие услуги были предложены субъектам данных в государстве-члене.

В зарубежной доктрине отмечено, что, если экстратерриториальный характер действия Директивы исходил преимущественно из толкования отдельных положений Директивы Европейским судом, то экстратерриториальность Регламента прямо заложена в его статьях<sup>31</sup>. Между тем преобладание формулировок Директивы и Регламента позволяет заключить, что экстратерриториальную сферу применения Регламента можно усмотреть не только в ч. 2 ст. 3 Регламента, предусматривающей его прямое экстратерриториальное действие, но и в ч. 1 ст. 3, оговаривающей территориальную сферу его действия, на основании критериев, в основе которых лежит привязка к территории государства — члена ЕС.

## БИБЛИГРАФИЯ

1. *Бабаев А. Б., Бабкин С. А., Бевзенко Р. С., Белов В. А., Тарасенко Ю. А.* Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики : в 2 т. / под общ. ред. В. А. Белова; 2-е изд., стереотип. — М. : Юрайт, 2015. — Т. 2. — 1161 с.
2. *Долинская В. В.* Защита прав в сфере персональных данных в России и ЕС // *Законы России: опыт, анализ, практика.* — 2019. — № 9. — С. 22—29.
3. *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. Особенная часть : курс лекций. — М. : Статут, 2010. — 543 с.
4. *Касенова М. Б.* Некоторые замечания относительно диверсификации правового регулирования защиты персональных данных: подход Европейского Союза // *Юридическая наука.* — 2018. — № 2. — С. 17—26.
5. *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть : учебник для студентов юридических факультетов и вузов. 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 415 с.
6. *Международное право. Общая часть* : учебник / под ред. Р. М. Валеевой, Г. И. Курдюкова. — М. : Статут, 2011. — 543 с.

<sup>31</sup> *Azzi A.* The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation // *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law.* 2018. Vol. 9 (2). URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4723>.



7. Талалина Э. В. Защита персональных данных в цифровую эпоху: российское право в европейском контексте // Труды института государства и права российской академии наук. — 2018. — № 5. — С. 117—150.
8. Толстых В. Л. Курс международного права : учебник. — М. : Проспект, 2018. — 736 с.
9. Хименес де Аречага Э. Современное международное право. — М. : Прогресс, 1983. — 480 с.
10. Akehurst M. A. Modern Introduction to International Law. — 5th ed. — London, 1985. — 310 p.
11. Azzi A. The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation // Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law. — 2018. — Vol. 9 (2). — URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-2-2018/4723>.
12. Colangelo A. J. What is extraterritorial jurisdiction? // Cornell Law Abstract. — 2014. — Vol. 99. — P. 1303—1352.
13. Gullaker H. The extraterritorial scope of European data protection law: The changes in extraterritorial scope between the Data Protection Directive and the General Data Protection Regulation. P. 15 // URL: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/60636/586.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата обращения 14.11.2020).
14. Moerel L. The long arm reach of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide? // International Data Privacy Law. — 2001. — № 1 (1). — Pp. 28—45.
15. Moniz G. C. Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law — WEe end of the linguistic conundrum of Article 3 (2) of the GDPR // UNIO — EU Law Journal. — 2018. — Vol. 4. — № 2. — Pp. 105—116.
16. Parrish A. Reclaiming International Law from Extraterritoriality // Minnesota Law Abstract. — 2009. — Vol. 93. — P. 815—874.
17. Savelyev A. Russia's new personal data localization regulations: A step forward or a self-imposed sanction? // Computer law & security review. — 2016. — Vol. 32. — P. 128—145.
18. Senz D., Charlesworth H. Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation // Melbourne Journal of International Law. — 2001. — Vol. 2. — URL: [https://law.unimelb.edu.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/1680004/Senz-and-Charlesworth.pdf](https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0019/1680004/Senz-and-Charlesworth.pdf).
19. Spencer A. B. Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts // University of Illinois Law Abstract. — 2006. — Vol. 71 (102). — P. 71—126.
20. Zerk J. A. Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas. — Working Paper № 59. — Harvard Corporate Social Responsibility Initiative, 2010. — 222 p.





**Евгения Николаевна  
ПУЗЫРЕВА,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[evgeniya\\_puzyreva@mail.ru](mailto:evgeniya_puzyreva@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## О ПРЕДСТАВЛЕНИИ ДОКУМЕНТОВ ПО АККРЕДИТИВУ В ЦИФРОВОЙ ФОРМЕ

**Аннотация.** Информационные технологии существенно изменили практику международного торгового финансирования в сфере проведения расчетов. В статье исследованы международные правила электронного представления документов по аккредитиву в свете вступления в силу eUCP v. 2.0. Сформулированы основные характеристики электронных записей, представляемых по аккредитиву, а также определен метод их аутентификации. Проанализирована практика передачи электронных документов к оплате, рассмотрены особенности их проверки. Отмечена важность перехода на электронный документооборот, который позволит ускорить скорость проведения торговых операций и снизить их стоимость. Сделан вывод о том, что на современном этапе развития переход на полностью электронный документооборот затруднен ввиду вовлечения в торговые операции, помимо банков, большого числа участников, неохотно использующих электронные записи для оформления своих отношений.

**Ключевые слова:** аккредитив, международное торговое финансирование, международные денежные расчеты, представление документов, электронное представление, электронные документы, международная торговля, форма расчетов.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.094-101

**E. N. PUZYREVA,**

Associate Professor, International Private Law Department  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
Cand. Sci. (Law)

[evgeniya\\_puzyreva@mail.ru](mailto:evgeniya_puzyreva@mail.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### ABOUT DOCUMENT PRESENTATION IN LETTERS OF CREDIT IN DIGITAL FORM

**Abstract.** Information technology has significantly changed the practice of international trade finance in the field of monetary transactions. The article examines the international rules for electronic presentation of documents in a letter-of-credit in the light of adoption of the eUCP v. 2. 0. The main characteristics of electronic records submitted under a letter of credit are formulated, and the method of their authentication is determined. The practice of transferring of electronic documents for payment is analyzed, and the specific features of their examination are considered. The importance of transition to electronic document management, which will speed up trading operations

*and reduce their cost, was noted. It is concluded that at the present stage of development, the transition to full electronic document management is difficult due to the involvement of a large number of participants who are reluctant to use electronic records to formalize their relationships in trade operations, in addition to banks.*

**Keywords:** *letter of credit, international trade finance, international monetary transactions, document presentation, electronic presentation, electronic documents, international trade, mode of payment.*

Среди всех инструментов международного торгового финансирования аккредитив, бесспорно, является одним из наиболее надежных и востребованных платежных механизмов, защищающих одновременно и экспортера, и импортера. Сегодня данная форма расчетов используется практически в 15 % всех мировых экспортных соглашений<sup>1</sup>.

Регулирование трансграничных аккредитивных сделок осуществляется в соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов<sup>2</sup> (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP), подготовленными Международной торговой палатой (International Chamber of Commerce, ICC). Правила неоднократно пересматривались и обновлялись<sup>3</sup>. Значительное влияние на формирование современной практики применения аккредитива оказало появление электронных средств связи и электронной торговли.

Несмотря на то, что открытие аккредитива и перевод денежных средств уже давно осуществляются через систему SWIFT<sup>4</sup>, представление документов к оплате в основном происходит в традиционной бумажной форме. Документы обрабатываются вручную; процесс предполагает длительную и дорогостоящую пересылку последовательно от бенефициара в исполняющий банк, в банк-эмитент и приказодателю. Для большей оперативности банки могут передавать друг другу отсканированные копии, однако для окончательной проверки все равно потребуются оригиналы документов. Создание и развитие современных платежных и расчетных систем, а также компьютеризация процессов обработки и инициации открытия аккредитива поставили вопрос о переоценке условий аккредитивов и целесообразности применения этих механизмов к электронным документам, электронной эмиссии и электронному представлению.

Для содействия процессу цифровизации практики торгового финансирования Международная торговая палата (ICC) в 2002 г. представила первую версию

<sup>1</sup> ICC Trade Register Report 2019. Global Risks in Trade Finance. P. 53// URL: <http://www.iccwbo.ru/documents/2019-icc-traderegisterreport-vf-web.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>2</sup> Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Публикация ICC № 600. ред. 2007. М., 2019.

<sup>3</sup> За последние 25 лет Правила пересматривались три раза: в 1993 г. (UCP 400), 2000 г. (UCP 500) и 2007 г. (UCP 600).

<sup>4</sup> Society for World wide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT) (Общество всемирных межбанковских финансовых каналов связи) — международная межбанковская система передачи информации и совершения платежей.



Приложения к UCP для электронного представления документов (eUCP)<sup>5</sup>. В дальнейшем в Приложение дважды вносились изменения. Первую редакцию провели в 2007 г. после принятия UCP 600 (eUCP v. 1.1)<sup>6</sup>. Подготовка новых Правил началась в 2017 г., и версия eUCP v. 2.0<sup>7</sup> вступила в силу 01.07.2019. eUCP v. 2.0 дополняют UCP 600 в части использования электронных документов и позволяют адаптировать процессы исполнения банковских операций и действующие Правила к использованию в цифровой среде.

В силу рекомендательной природы Правил для их использования необходимо наличие специальной оговорки в аккредитиве. Участники могут договориться о применении eUCP как на момент открытия аккредитива, так и в последующем — путем внесения соответствующих изменений в его текст. Кроме того, сторонам сделки предлагается уточнить версию документа во избежание возможного неправильного толкования. В случае отсутствия такого уточнения будет применяться последняя действующая редакция.

С учетом специального характера eUCP следует помнить и о том, что их применение возможно только совместно с Унифицированными правилами, даже если в самом аккредитиве подобные указания отсутствуют. Положения eUCP будут иметь приоритет лишь в части представления электронных записей. Согласно ст. e1 электронные документы могут передаваться к оплате либо исключительно в электронной форме, либо как часть смешанного представления с бумажными документами. Если бенефициар при наличии такой возможности выберет представление только с бумажными документами, аккредитив будет регулироваться UCP.

В текст новой редакции включена вступительная часть (Preliminary Considerations), определяющая условия и особенности применения Правил<sup>8</sup>. Так, eUCP не регулируют способ передачи документов в банк для проведения проверки и способ доставки представления приказодателю. Правила не содержат указаний относительно требуемых систем обработки данных; они ориентированы главным образом на электронное представление документов. Они не могут предписывать, какие платформы являются приемлемыми — Правила должны

<sup>5</sup> ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 500) Supplement for Electronic Presentation (eUCP). Подробнее о первой редакции Правил см. : *Шарапов С.* EUCP: современные тенденции в сфере безналичных расчетов // URL: <https://www.nbrb.by/bv/articles/446.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>6</sup> ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) Supplement for Electronic Presentation (eUCP) Version 1.1 // URL: <https://www.scribd.com/document/249830931/eUCP> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>7</sup> ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) Supplement for Electronic Presentation (eUCP) Version 2.0 // URL: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/06/icc-uniform-customs-practice-credits-v2-0.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>8</sup> Впервые включение аналогичной вводной части в документацию ICC было использовано при составлении Международной стандартной банковской практики проверки документов в соответствии с UCP 600 (ISBP). Аналогичные положения были инкорпорированы в Приложение к URC 522 для электронного представления (eURC v. 1.0) с целью обеспечения согласованности между этими двумя документами.

оставаться нейтральными в этом отношении<sup>9</sup>. Другими словами, технология и системы, используемые в электронном представлении в соответствии с eUCP, подлежат взаимному согласованию сторонами аккредитива.

Вместе с тем на банки, участвующие в обработке аккредитива, налагается обязанность по поддержанию системы обработки данных. Для того чтобы изучать электронные записи, они должны обеспечить наличие необходимых для этого технологических и операционных мощностей. Такая формулировка также возлагает на банки, занимающиеся электронными операциями, бремя модернизации своих систем для поддержания их актуальности.

Понятие «электронная запись» в новой версии eUCP дублирует определение, закрепленное в ст. 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях 2017 г.<sup>10</sup>

«Электронная запись» означает информацию, созданную, переданную, полученную или хранящуюся с помощью электронных средств, включая, в надлежащих случаях, всю информацию, логически присоединенную или иным образом связанную вместе, с тем чтобы стать частью записи — подготовленной одновременно или нет. Электронная запись может включать как оцифрованные данные, так и копию оригинального документа, хранящегося в электронном виде, например сканированную копию.

При этом подчеркивается, что некоторые электронные записи могут включать комбинированный свод информации, которая может быть присоединена к электронной передаваемой записи в момент ее выдачи или в любое время до этого момента или впоследствии. Так, согласно пп. «b» ст. e7, при наличии ссылки на внешнюю систему в документах, представленных в рамках eUCP, данные из этого источника становятся электронной записью, которая подлежит проверке. Ссылка на внешнюю систему может либо включаться в бумажный документ, либо быть частью электронной записи (гиперссылка).

Электронные документы должны быть не только переданы в банк, но и проверены на возможность аутентификации подлинности личности отправителя и источника содержащейся в них информации, полноту и неизменность такого сообщения, соответствие условиям аккредитива.

Требование об аутентификации — это не только средство защиты передаваемой информации, но и необходимая предпосылка для дальнейшего признания юридической силы электронной записи. Среди многочисленных методов аутентификации электронных документов наиболее распространенным является представление электронной подписи.

Хотя способы проверки подлинности документа в электронной и бумажной формах отличаются, «подпись» электронного сообщения выполняет те же функции, что и подпись бумажного документа. По смыслу пп. iv п. «b» ст. e3 eUCP, электронная

<sup>9</sup> Демонтович Ю., Шакирова Э. Унифицированные правила eUCP 2.0: обзор основных изменений // Международные банковские операции. 2019. № 3. URL: <http://futurebanking.ru/reglamentbank/article/5882> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>10</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях 2017 г. // URL: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mletr\\_ebook\\_r.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mletr_ebook_r.pdf) (дата обращения: 10.01.2021).



подпись рассматривается в качестве данных, прилагаемых к электронной записи с целью идентификации подписавшего и проверки подлинности записи. Электронную подпись можно проставить путем указания имени лица, кода, ключа или приемлемых цифровых подписей и криптографии с открытым ключом либо другим способом. Если стороны не договорятся об ином, вид и способ проставления электронной подписи будут определяться в соответствии с применимым правом<sup>11</sup>.

Для возможности проверки документа на соответствие условиям аккредитива необходимо, чтобы были соблюдены условия в отношении его формата. Формат означает метод, с помощью которого система обработки организует и осуществляет считывание данных. В соответствии с Правилами формат должен быть определен в аккредитиве. Если такое указание отсутствует, документ может быть представлен в любом формате (ст. е5). Ответственность за невозможность прочтения файла в этом случае будет возлагаться на банк, исполняющий обязательства по оплате. Согласно п. «с» ст. е7, тот факт, что банк-эмитент или подтверждающий банк не смог получить доступ к электронным записям (в случае отсутствия указания на формат), не может быть основанием для отказа в исполнении аккредитива. Если же специальные требования в отношении формата были включены в аккредитив, их невыполнение будет рассматриваться как расхождение; такие документы оплачиваться не будут.

Положение п. «а» ст. е6 eUCP содержит требования в отношении места представления, аналогичные таковым в п. «d» ст. 6 UCP. В частности, место представления должно быть определено в аккредитиве. Правила проводят разграничение между местами представления электронных записей и бумажных документов. В UCP подразумевается, что бумажные документы будут представляться по физическому адресу. В тех случаях, когда аккредитив требует или разрешает представление электронных записей, их местом представления обычно является электронный адрес, а не физический. Между тем в ряде ситуаций электронная запись может быть отправлена на физический адрес. Например, данные могут быть сохранены на переносном носителе и отправлены по почте<sup>12</sup>.

Кроме того, ни eUCP, ни UCP не регулируют случаи отсутствия указания на место представления. В практике «бумажного мира» бенефициар в этом случае будет делать представление в месте нахождения банка-эмитента. eUCP определяет место представления через электронный адрес системы обработки данных. Физическое положение таких систем установить крайне сложно. Именно поэтому для обеспечения соблюдения применимых нормативных требований в eUCP v. 2.0 также добавлено требование о необходимости указания физического адреса банка-эмитента и всех назначаемых банков-посредников (п. «d» ст. е1). Если адрес местонахождения исполняющего или подтверждающего банка неизвестен на момент открытия аккредитива, банк должен сообщить его бенефициару не позднее даты авизования или при подтверждении.

<sup>11</sup> В Российской Федерации данные вопросы регулирует Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи».

<sup>12</sup> *Meynell D.* Commentary on eUCP Version 2.0 eURC Version 1.0 Article-by-Article Analysis. P. 5 // URL: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/07/icc-commentary-on-eucp-2-0-and-eurc-1-0-article-by-article-analysis.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).



Правила прямо предусматривают возможность раздельного представления электронных записей, что соответствует современной практике передачи цифровых файлов. Даже направление отправителем электронных документов примерно в одно и то же время не гарантирует одновременного получения данных банком, за исключением случаев, когда они объединены в один документ. Кроме того, банк-эмитент и приказодатель могут договориться о том, что электронные записи будут направляться непосредственно третьей стороной.

Электронные записи будут также передаваться отдельно от бумажных документов, отслеживание получения которых в данной ситуации является довольно затруднительным и может потребовать дополнительных усилий и затрат со стороны банков. В этой связи бенефициар обязан уведомить банк о завершении представления документов по аккредитиву. Уведомление может быть направлено в электронной или бумажной форме; оно должно четко идентифицировать аккредитив, в отношении которого выдано (пп. ii п. «с» ст. еб). Представление будет считаться незавершенным, если такое извещение не будет получено банком. При передаче данных между банками направление уведомления не требуется.

Во избежание путаницы любое представление по аккредитиву также должно идентифицировать аккредитив, в соответствии с которым оно осуществляется. В ситуациях, когда банк не может связать электронную запись с конкретным аккредитивом, содержащаяся в ней информация считается непредставленной.

Отсчет срока проверки документов начинается на следующий день после получения уведомления о завершении представления. Срок составляет 5 дней.

Специальных требований к стандартам проверки документов, кроме того, что она должна проводиться в отношении содержания данных электронной записи, eUCP не предусматривается. Проверка осуществляется по внешним признакам — на формальное соответствие условиям аккредитива. Изучается только конечная версия документа, даже если в ней имеются индикаторы уже внесенных изменений. Для целей проверки данных, содержащихся в электронной записи, отметки о внесенных изменениях не являются основанием для отказа в исполнении.

Для удовлетворения требования о представлении одного или нескольких оригиналов или копий электронной записи достаточно направления одного электронного документа (ст. е9).

Если документы по внешним признакам соответствуют условиям аккредитива, банк должен исполнить обязательство. Если представление является ненадлежащим, банк должен уведомить об этом бенефициара. В уведомлении должны быть указаны основания отказа в исполнении аккредитива. Кроме оснований, перечисленных в Унифицированных правилах, к расхождениям eUCP относит использование неверного формата, а также отсутствие аутентификации документа и доступа к внешним источникам, на которые делается ссылка в документации.

Вместе с уведомлением об отказе направляются электронные записи. Если от лица, которому было направлено уведомление, в течение 30 дней не поступит специальных указаний, все документы на бумажных носителях будут возвращены ему, а электронные записи будут уничтожены.

В eUCP также предусмотрены специальные правила в отношении случаев повреждения и искажения данных после того, как представление было завершено. Правила не раскрывают понятие «повреждение данных». Предполагается,



что этот термин предназначен для обозначения любого искажения или потери данных, которые делают электронную запись в том виде, в каком она была представлена, нечитаемой полностью или частично из-за того, что они были изменены и эти изменения носят неустранимый характер. При этом положения ст. е12 распространяются только на электронные записи и не регламентируют утрату или повреждение бумажных документов. В таких случаях банки могут использовать различные процедуры для минимизации риска потерь — запрос о замене документа или возмещение бенефициару любого вреда, который может возникнуть в результате утраты такого документа.

В случае повреждения электронных записей банк должен уведомить об этом бенефициара и может потребовать их повторного представления. В случае направления такого запроса время проверки будет продлено до совершения повторного представления. Если требование банка не будет выполнено в течение 30 дней или до истечения срока представления (в зависимости от того, какой из сроков наступит раньше), электронная запись будет считаться непредставленной.

Заключительные положения eUCP описывают специальные случаи освобождения банка от ответственности. Пункт «а» ст. е13 предусматривает, что банк не отвечает за правдивость содержащейся в записи информации, за исключением ситуаций, когда это прямо следует из представленных документов. Данное правило является отражением принципа независимости аккредитива, закрепленного в ст. 4, 5, 7, 8 и 14 UCP, и должно применяться в совокупности с ними.

Согласно п. «b», банк также не несет ответственности за последствия, возникшие в результате недоступности системы обработки данных, если только проблема произошла не по его вине. В силу того, что на каждый банк, участвующий в обработке аккредитива, возлагается обязанность по поддержанию системы обработки данных, он не может освободить себя от ответственности за неспособность удостоверить подлинность электронных записей из-за ошибок или недостатков в своих системах, если эти системы не соответствуют стандартам, необходимым для обработки таких электронных записей.

Наконец, в новую версию eUCP были впервые включены положения о форс-мажоре. Понятие форс-мажора, используемое в ст. е14, не сильно отличается от определений, применяемых в других публикациях ICC, за исключением того, что оно распространяется и на случаи отсутствия доступа к системе обработки данных, а также отказа оборудования, программного обеспечения или сети.

В современных условиях цифровизации всех сфер жизни сложно переоценить значение принятия новых Правил. К сожалению, несмотря на длительный период существования eUCP, организация международного электронного документооборота все еще представляется весьма непростой задачей ввиду вовлечения в трансграничную сделку широкого круга участников (экспортеров, импортеров, банков, транспортных компаний, таможенных служб, страховых компаний и т.д.).

И если большинство банков в той или иной степени отказались от использования физических документов для расчетных операций, то применение клиентами цифровых каналов в продуктах торгового финансирования либо минимально, либо вообще отсутствует<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> По данным Международной торговой палаты за 2020 г., 42 % банков не используют электронные технологии при проведении расчетных операций; вместо этого основной

Вместе с тем оперативность передачи коммерческой и финансовой информации позволила бы существенно снизить цену и ускорить расчетные операции, а применение электронных документов открыло бы путь к использованию новых технологий защиты данных, аутентификации подписей и мобильному доступу к защищенной информации. Электронное представление документов пока находится на начальной стадии, но, несомненно, станет полностью электронным процессом.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Демонтович Ю., Шакирова Э. Унифицированные правила eUCP 2.0 : обзор основных изменений // Международные банковские операции. 2019. — № 3. — URL: <http://futurebanking.ru/reglamentbank/article/5882> (дата обращения: 10.01.2021).
2. ICC Global Survey on Trade Finance 2020. ICC Publication No. WBO891E. — 2020 // URL: [https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2020iccglobltradesurveyweb.pdf?1595333680094&\\_cldee=ZXZnZW5peWFfcHV6eXJldmFAbWFpbC5ydQ%3d%3d&recipientid=contact-5ca97edcb750eb11a812000d3ad8c761-179f1fb1ac7d43448186d16db51b232b&esid=ea792636-07e7-4ade-8ab9-431e4bd886a4](https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2020iccglobltradesurveyweb.pdf?1595333680094&_cldee=ZXZnZW5peWFfcHV6eXJldmFAbWFpbC5ydQ%3d%3d&recipientid=contact-5ca97edcb750eb11a812000d3ad8c761-179f1fb1ac7d43448186d16db51b232b&esid=ea792636-07e7-4ade-8ab9-431e4bd886a4) (дата обращения: 10.01.2021).
3. ICC Trade Register Report 2019. Global Risks in Trade Finance. ICC Publication No. 900E. — 2019 // URL: <http://www.iccwbo.ru/documents/2019-icctrade-registerreport-vf-web.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).
4. *Meynell D.* Commentary on eUCP Version 2.0 eURC Version 1.0 Article-by-Article Analysis. — 2019 // URL: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/07/icc-commentary-on-eucp-2-0-and-eurc-1-0-article-by-article-analysis.pdf> (дата обращения: 10.01.2021).

---

обмен информацией по-прежнему осуществляется с помощью традиционных бумажных документов. ICC Global Survey on Trade Finance 2020. ICC Publication № WBO891E. P. 86. URL: [https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2020iccglobltradesurveyweb.pdf?1595333680094&\\_cldee=ZXZnZW5peWFfcHV6eXJldmFAbWFpbC5ydQ%3d%3d&recipientid=contact-5ca97edcb750eb11a812000d3ad8c761-179f1fb1ac7d43448186d16db51b232b&esid=ea792636-07e7-4ade-8ab9-431e4bd886a4](https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2020iccglobltradesurveyweb.pdf?1595333680094&_cldee=ZXZnZW5peWFfcHV6eXJldmFAbWFpbC5ydQ%3d%3d&recipientid=contact-5ca97edcb750eb11a812000d3ad8c761-179f1fb1ac7d43448186d16db51b232b&esid=ea792636-07e7-4ade-8ab9-431e4bd886a4) (дата обращения: 10.01.2021).

## Международное морское частное право



**Никита Геннадьевич  
СКАЧКОВ,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических  
наук, доцент

**skanic@mail.ru**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

### ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ТРАНСГРАНИЧНОЙ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ ОПАСНЫХ ГРУЗОВ: ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ФОРМИРОВАНИЯ

**Аннотация.** В статье обобщается порядок формирования договорных связей в условиях трансграничной морской перевозки опасных грузов. Сделан вывод об определяющем значении разрешительных, а также уведомительных норм, положений о пресекательных мерах. В этой связи механизм правового регулирования рассматривается как многообразие комплексных социально-юридических институтов, призванных преодолеть пробелы, противоречия правового регулирования. Отмечается, какое значение приобретают общеотраслевые, свойственные каждому отдельно взятому институту права принципы законности, справедливости, при заключении договора. Они исследуются как проявление различных аспектов гражданско-правовой ответственности, императивных запретов, а также вытекающей из них ретрибуции. Обращается внимание на то, стóбит ли участникам правоотношений тогда обращаться к коллизионному институту автономии воли сторон, либо он не более чем альтернатива иным формулам прикрепления, в меру гибким и совершенно точно предсказуемым. Выделяются юридические свойства связи судна и того флага, который оно носит, имеющие решающее значение для целого ряда сделок: о распоряжении движимым, недвижимым имуществом, о предоставлении посессорной защиты. Очерчиваются различия между публичными, а также частными интересами субъектов хозяйствования при регистрации судна, определяется, какие правовые решения, юридические факты, поименованные в законе, позволяют упрочить сферу действия вещного и обязательственного статута в правоотношениях.

**Ключевые слова:** опасный груз, правовой институт, владельческая защита, юридическая ответственность, реституция, предпринимательские риски, обеспечительная уступка требований, передача титула по сделке.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.102-111

**N. G. SKACHKOV,**

*Associate Professor of the Chair of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),*

*Cand. Sci. (Law), Associate Professor*

*skanic@mail.ru*

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **LEGAL CONSTRUCTIONS OF OBLIGATIONS FOR THE TRANSBOUNDARY MARITIME TRANSPORT OF DANGEROUS GOODS: INSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF FORMATION**

**Abstract.** *The article summarizes the procedure for the formation of contractual relations in the conditions of cross-border maritime transport of dangerous goods. The conclusion is made about the determining value of permissive, as well as notification norms, provisions on preventive measures. In this regard, the mechanism of legal regulation is considered as a variety of complex social and legal institutions designed to overcome the gaps and contradictions of legal regulation. It is noted how important the principles of legality and justice, which are characteristic of each individual institution of law, become when concluding a contract. They are studied as a manifestation of various aspects of civil liability, mandatory prohibitions, as well as the resulting retribution. It is emphasized whether the participants in legal relations should then turn to the conflict-of-laws institution of autonomy of the will of the parties, or whether it is nothing more than an alternative to other attachment formulas, moderately flexible and absolutely predictable. The author highlights the legal properties of the connection between the ship and the flag that it carries, which are crucial for a number of transactions: on the disposal of movable and immovable property, the provision of possessory protection. The author outlines the differences between the public and private interests of economic entities when registering a ship, determines which legal decisions, legal facts named in the law, allow to strengthen the scope of the property and obligation statute in legal relations.*

**Keywords:** *dangerous cargo, legal institution, ownership protection, legal liability, restitution, business risks, security assignment of claims, transfer of title under the transaction.*

**М**орская перевозка опасных грузов неразрывна с hazardous — осознанием высокой степени рисков, их многообразии закладывает фундамент понятийно-категориального аппарата обязывающих норм права. В этой связи потеря экономической выгоды для субъектов хозяйствования — слишком серьезный довод в пользу сугубо прагматичного подхода. Основу его составляют нормы регулятивной и волевой направленности на соответствующие результативные действия. Предполагается, что применение данных норм оправданно до



того момента, пока императивные нормы иной национально-правовой системы не докажут обратное.

Складываются две группы правовых измерений, которые условно можно назвать «сущее» и «должное». Однако связь между ними определяется тезисом о логической несовместимости суждения, а также факта, сформулированного еще шотландским философом Д. Юмом: постулаты нормативного долженствования располагают к обязательности правового регулирования, а не осмыслению его определенности в духе римской максимы *ignorantia iuris nocet, ignorantia facti non nocet* (лат. незнание закона вредит, незнание факта не вредит). С точки зрения Г. Кельзена, аксиология юридического позитивизма потому и разобщается с бытийной реальностью, например взаимодействием частных лиц, чтобы не осталось сомнений в существовании супернорм<sup>1</sup>.

Тем не менее потенциал данного подхода не выдержал испытания временем. Явление глобализации в юридической сфере позволяет сегодня говорить о всеохватности, пожалуй, одних лишь социально значимых норм. Они преобразуются в социально-правовой институт, которому, по мнению Р. Г. Валеева, присуща стабильность правоприменительных, правореализующих процессов<sup>2</sup>.

Бесспорно, социальная философия права, а институт для нее — один из способов объективизации юридических предписаний, те «формальные писанные правила, неписанные кодексы поведения, лежащие гораздо глубже формальных правил», как убежден был Д. Норт, рассматривает ту же устойчивость правоприменения несколько иначе<sup>3</sup>.

Подразумевается тесная связь между механизмами правового регулирования, призванная преодолеть противоречия нормативных актов — источников позитивного права. Приоритеты тогда расставляют разрешительные, а также уведомительные нормы, в итоге обуславливается сфера применения *de lege lata* института (в одной стране) по отношению к другому, действующему за пределами этого первого из государств. Выстраиваются системы права, корреспондирующие определенные обязанности субъекту хозяйствования. Одновременно регулятивное правоотношение начинает испытывать воздействие норм-принципов — сложного правового института, куда вносится и морская перевозка опасных грузов в международном частном праве.

Как сформулировано в ст. 11 и 217 (2) Конвенции ООН по морскому праву от 1982 г. (UNCLOS), данный институт представляет собой укрупненное образование с присущими ему и предметной однородностью норм, и самостоятельностью структурно интегрированных субинститутов, ответственных за тактику риск-менеджмента. Системообразующие их признаки многообразны, однако должны согласовываться с законностью как категорией цивилистики.

<sup>1</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. С. 50.

<sup>2</sup> Валеев Р. Г. Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель // Lex russica. 2020. № 4. С. 103—116.

<sup>3</sup> Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики / пер. с англ. А. Н. Нестеренко; предисл. и науч. ред. Б. З. Мильнера. М. : Фонд экономической книги «Начала», 1997. С. 18.



Между тем проставление знака равенства между ответственностью сугубо отраслевой и юридической весьма спорно. По мнению А. В. Милькова, дискуссионность проблемы продиктована соотношением не детализирующих критериев — или общетеоретических, или специальных, признающих какую-то одну методологическую установку, а родо-видовых последствий<sup>4</sup>.

Действительно, если основные элементы состава юридической ответственности включают в себя нормы, идеи — принципы, которым свойствен надотраслевой подход, то почему бы не отнести ее к разряду межотраслевых институтов. Тем более что применение институтов, соответственно, отраслевых, законодательства той страны, где имели место вредоносные события, либо наступили подразумеваемые результаты (последствия) не всегда эффективно — системообразующие их свойства едва ли возможно целиком и полностью соблюсти. Судно находится за пределами акватории внутренних вод, распространение суверенитета здесь юридически маловероятно.

Законность тогда обусловлена неспособностью предусмотреть, насколько свойства деликта рассматриваются в качестве правонарушения. Квалификация вменения определяется не водоразделом между мерами предупредительными и пресекательными, а виновностью причинителя ущерба, тяжестью содеянного.

Как таковой деликт из морской перевозки опасных грузов традиционно относится к разряду совершаемых на расстоянии — затрагивает территориальные пределы сразу нескольких государств. Однако установление объемов понесенной ответственности актуально лишь для одного из них, притом ретрибутивно, когда против делинквента принимаются санкции. Способы юридической защиты при этом сформулированы неоправданно узко: издержки, а также риски признаются «индуктивным следствием универсальных юридических практик», по мысли теоретика правового позитивизма Й. Раза<sup>5</sup>.

Автором ретрибуции сто́ит, наверное, считать Аристотеля. В одном из своих оригинальных текстов, более известном как «Никомахова этика», великий мыслитель Античности очертил причинно-следственную связь между юридической ответственностью, опасностью, заключенной даже в малом риске, а также санкцией, если данный риск мало отличим от проступка.

Нельзя обойти вниманием и другую аристотелевскую идею — о трехэлементном содержании справедливости (распределяющей, корректирующей, наконец, несущей возмездие). Она отличается более высоким уровнем обобщения: вместо равенства возможностей — равенство правового статуса как функциональное условие. Как считает В. А. Вайпан, справедливость носит тогда ограниченный характер, пока не отразит соразмерность возникающих рисков нарушению договора, а возможно, и закона<sup>6</sup>.

Напротив, убежден Д. Е. Богданов, воздаяние справедливости закладывает объективно существующие бизнес-модели, на стороне потенциального ответчика.

<sup>4</sup> Мильков А. В. Заметки к вопросу о принципах гражданско-правовой ответственности // Закон. 2018. № 11. С. 71—79.

<sup>5</sup> Raz J. The Authority of Law. 2nd ed. Oxford, 2008. P. 68—69.

<sup>6</sup> Вайпан В. А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности : монография. М. : Юстицинформ, 2020. С. 63.



Едва ли он в состоянии вычислить конкретного делинквента, однако материальную выгоду из риска все же пытается извлечь<sup>7</sup>.

Резюмируя, заметим следующее. Патерналистский подход к необходимости защиты прав слабого контрагента от более сильного участника обязательства мало того, что направлен на защиту неопределенного круга лиц, он еще и констатирует начало социализации (вслед за правом) непосредственно самого договора. Главное здесь — добиться оптимального сочетания частного и публичного, осуществляя при этом результативное регулирование отраслевых правоотношений.

Сугубо частным продолжает оставаться механизм формирования договорных условий, того же принципа равенства сторон, правовой защиты, предоставляемой всем, без исключения, субъектам гражданского оборота. Основные постулаты справедливости, принцип разумности при заключении контракта следуют тогда из правового базиса автономии воли сторон. Договор, подводят логическую черту Н. Г. Доронина и Н. Г. Семилютина, «превращается в форму управления общественными процессами и сохранения баланса интересов»<sup>8</sup>.

В то же время публичные правоотношения полностью основываются на властном (административном) подчинении, императивное регулирование носит преимущественный характер. Как сформулировано в Конвенции по охране человеческой жизни на море (SOLAS) от 1 ноября 1974 г., (ред. от 25 ноября 2016 г., утверждена Резолюцией Комитета ИМО по безопасности на море MSC.409 (97)), применение той же диспозитивности, координации, имущественной самостоятельности возможно едва ли.

Так называемая «политика удобных флагов» сегодня приводит к буквальному переплетению компонентов публичных, а также частных, что неизбежно сопровождается расширительным толкованием структурных элементов ответственности.

В этой связи подлинное значение принципа юридической связи (*genuine link*) не исчерпывается согласованиями правового положения судна относительно позиции компетентных органов: порта страны прибытия и того государства, флаг которой оно носит. Нормы, институты одной национальной правовой системы применяются только той отраслью права, соответственно, другого государства, которая их заимствует. Они подвергаются существенной переработке применительно к источнику, специфике предмета или метода регулирования, чтобы формула прикрепления *lex flagi* указывала на квазитерриториальную юрисдикцию, пусть и посредством заключения особой посессорной сделки. С ее помощью принадлежность вещи определенному лицу признается неоспоримой — как юридическая конструкция, выраженная в нормах права.

Однако ответственность за случайную гибель имущества возлагается на того, кто сочтет себя эксплуатантом судна, когда отчуждение имущества *de lege ferenda* уже произошло. Окажись индивидуально-определенная вещь (опасный груз вполне заслуживает данного эпитета) утраченной, предстоит нелегкий

<sup>7</sup> Богданов Д. Е. Влияние аддитивных технологий на определение модели деликтной ответственности оператора онлайн-платформы // *Lex russica*. 2020. № 7. С. 76—85.

<sup>8</sup> Доронина Н. Г., Семилютина Н. Г. Договорные механизмы в публичном праве: роль договорного регулирования имущественных правоотношений // *Журнал российского права*. 2019. № 5. С. 40—55.

выбор между реституцией владения (лицо возводится в ранг добросовестного владельца) либо кондицией (компенсация подлежит взысканию с обладателя исключительных прав, виновность мало существенна).

Видимо, у правоприменительного органа той или иной страны должна к тому времени назреть острая необходимость квалификации института мирового соглашения, где господство над вещью дополнялось бы такими свойствами, как определенность и обязательность. Принцип *res judicata* (лат. дело считается решенным) закрепляет притязания стороны, или ищущей в судебном органе, или отвечающей там.

Проблема применения *lex banderae* и *lex loci delicti commissi* в контексте *favor negotii* (лат. благоприятствуя исполнению сделки) представляется тогда насущной. Как разъясняется в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА (с учетом изменений и дополнений от 2016 г.), результаты установления права, подлежащего применению, воплощаются в разумности соглашения, заключаемого субъектами обязательств. Коллизионный принцип закона государства флага (судна) имеет здесь целый ряд преимуществ, таких как известность сторонам договора, постоянство, практичность. Но и *lex loci delicti commissi* тоже претендует на известное первенство: риски морской перевозки опасных грузов глубоко субъективны, поскольку могут быть вызваны совершенно случайными решениями.

Данная формула прикрепления сегодня остается самым распространенным принципом, регулирующим правоотношения, возникающие в сфере деликтов.

Тогда сразу обращает на себя внимание диспозитивность статуса отправителя партии опасных грузов: он распоряжается имуществом на условиях коносамента, выписанного согласно приказу получателя, в пользу поименованного лица, пока не будет установлено иное. В соответствии с Роттердамской конвенцией о процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле (от 10 сентября 1998 г., в ред. от 31 октября 2008 г.) обеспечительные выплаты грузовладельцу следует уже разделить с перевозчиком.

Грузополучатель вынужден оплачивать расходы из договора перевозки, морского предприятия в целом, за вычетом избыточных для него убытков немедленной выгрузки товарной партии с целью нейтрализации возникающих рисков. Ему намного проще выплатить по аварийному бонду, погасить тем самым долю затрат от общей аварии, одновременно признавая перевозку реальным фактом. Тот же грузовладелец постоянно оплачивает общеаварийные расходы, в соответствии с так называемой «оговоркой Джейсона» (*New Jason Clause*) о компенсациях по любому взносу, неважно кем и когда он был совершен. Хотя, следуя логике ст. 293 Кодекса торгового мореплавания РФ, такие поступления вносятся в не сборов общего морского предприятия.

«Закон государства флага судна» в этой связи формирует своего рода юридическое пространство, ориентир, отражающий диалектическое единство способов защиты прав. Однако предвидима и его уязвимость, если вместо того, чтобы воспроизвести те или иные институциональные нормы, данная коллизионная привязка репродуцирует одни лишь контрольные функции. Едва ли стоит тогда рассчитывать на предсказуемость правового регулирования — коллизионная норма



не разрешает конкретной ситуации. Суд вынужден взвешивать *pro et contra*, защищаемые различными правовыми системами интересы и ценности, определяя те немногие, которые могут считаться нормами поведения в том или ином случае.

Типология правопонимания призвана тогда отразить «локализаторскую» модель частноправовых отношений, а *lex banderae*, очевидно, обладает право-наделительными функциями, неважно — определяется ли их содержание субъектами хозяйствования по закону, или согласно договору. Прослеживается и сугубо легистский подход, как установление положительного значения закона, правовая сила которого сразу признается неоспоримой.

Для судовладельцев наличие у судна определенного флага указывает на объективную возможность заключить сделку в избранном месте и в запланированное время. Неблагоприятные последствия минимизируются, (локализуются) той правовой системой, которая предоставляет новому кредитору максимум гарантий состоятельности договора. Вместе с тем процентная ставка предпринимательских рисков, переменные прибыли, собственный капитал, а также убытки в таком контракте не определены, контрагенты устанавливают их самостоятельно, зачастую в ущерб своим собственным интересам.

В то же время алгоритм преодоления рисков так называемой титульной группы изобилует пока сложными оценочными понятиями. Согласно ст. 430 Гражданского кодекса РФ, выступи к моменту появления такого риска один из контрагентов с офертой, предложением заключить договор о доверительном управлении имуществом, пространственные, персональные пределы правового регулирования (данного контракта) все равно будут закладываться строго третьим лицом.

Имеет смысл, что называется, расставить акценты. Лицо, распоряжающееся активами, материальными, нематериальными, движимыми, недвижимыми, в вещах ли, либо только в правах требования, владеет ими по праву справедливости. Этим оно и отличается от номинального держателя титула.

Более того, уступка правомочий (определяемых в том числе и формулой прикрепления «закон государства флага судна») едва ли влечет за собой утрату права собственности хотя бы потому, что данными правомочиями не исчерпывается. Здесь трудно усмотреть и оттенки традиционного отчуждения — это своего рода проявление доверия, основанное на классической римской максиме: *nemo plus iuris ad alienum transferre potest, quam ipse habet* (лат. никто не может передать другому больше прав на вещь, чем имеет сам). По мнению Е. А. Суханова, приобретение прав отнюдь не производно от того, каким именно образом их держатель обусловил переход вещных обременений, а также обязанностей к правопреемнику<sup>9</sup>.

Между тем согласно Резолюции Ассамблеи UNEP (Программа ООН по защите окружающей среды) CHW. 14/11/INF от 27 июля 2018 г., где обобщаются заключительные материалы четырнадцатой сессии (совещания) открытого состава Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, при определении компетентного правового порядка предлагается обозначить границы применения договорного статута вместо вещного. В соответствии с Резолюцией Ассамблеи UNEPCHW. 15/11/INF от 10 мая 2019 г., контрактные

<sup>9</sup> Суханов Е. А. Вещное право : научно-познавательный очерк. М. : Статут, 2017. С. 91.

условия названы решающими. В самом деле, законодатели одной страны придают задатку значение самостоятельной меры ответственности, тогда как в другой правовой системе настаивают на первоочередном погашении основного долга.

Подводя итог, стоит отметить, что эффективность правоприменения рассматривается в плоскости таких признаков, как осуществимость позитивных целей права и средств их достижения, включая реализацию юридических норм, где наряду с существующими вполне могут быть обозначены и предполагаемые правоотношения. Скажем, обладание партией опасного груза в контексте фактического владения имуществом подтверждается оплатой открытой страховой квитанции (*always open covers*), но только когда она заменит собой квитанцию группы *open covers*, свидетельствуя тем самым о получении страхового сертификата либо брокерского ковер-нота.

Уместно ли вести здесь речь о локализации правоотношений посредством применения института автономии воли сторон? Согласование воли внедоговорным обязательствам не присуще. Предпосылки возмещения закладываются непосредственно противоправными действиями делинквента. Риски определяются юридически, оплата услуг на их покрытие заблаговременно внесена.

В связи с этим выбор применимого права сторонами допускается только после возникновения вещных прав *numerus clausus*, что логично, особенно если постулируемо жесткий характер вводимых ограничений видится единственно возможным способом противостояния деликтам. Вместе с тем стороны обычно исходят из регулирования конкретных правоотношений. Их контрагентами являются профессиональные коммерсанты. Едва ли принципиально, на какие отношения в конечном итоге распространится избранный ими правопорядок, главное, чтобы он был связан с договором: либо прямо, либо косвенно.

Однако, допускает Е. А. Абросимова, контракт может уподобиться шаблону, упомянутый там правопорядок будет применяться лишь потому, что он заявлен как одно из договорных условий, тем самым считается обязательным<sup>10</sup>.

Согласно Гражданскому кодексу РФ, общие положения об автономии воли распространяются также и на внедоговорные обязательства (ч. 6 ст. 1210), если потерпевшая сторона и причинитель ущерба не предусмотрели в контракте оговорку, обозначающую иные границы правоприменения (ч. 4 ст. 1219).

Подразумеваемое соотношение юрисдикций имплементирует, в свою очередь, правовой институт бенефициарного владельца (*beneficial owner*), изначально возникший в странах общего права. Континентальная правовая система придерживается практики придания доверительному собственнику правового статуса выгодоприобретателя: вероятность невосполняемой утраты (вещей) высока, экономические риски распространяются и на предпринимательские отношения. Отсюда — рецепция опыта, предположим германского законодательства, означает, что заинтересованное лицо больше не может извлечь выгоды из заключаемой им сделки по приобретению имущественных прав (ст. 903 ГГУ). Подобным образом определяются не только пределы экспансии межотраслевых связей, отдельных институтов частного права, но и тот затратный риск, которому подверглось судно.

<sup>10</sup> Абросимова Е. А. Внедоговорные обязательства в МЧП и косвенная автономия воли // Право и экономика. 2016. № 6. С. 55—62.



Французский законодатель высказывается весьма близко по содержанию, хотя и стремится упрочить не права владения, распоряжения имуществом, а сферу действия обязательственного статута. Перевозчик партии опасных грузов, следуя логике ст. 2011 ФГК, обязывается относиться к нему как к предоставленному, согласно договору, имуществу, такой контракт выполняется безупречно точно. В соответствии со ст. 2033 ГК Франции, по отношению к перевозчику инкорпорируются нормы материального права, производные от тех, которые применяются для третьих лиц в договоре. Правомочия грузоотправителя квалифицируются достаточно широко, включая и право получателя товарной партии на присуждение покупной цены.

Как сформулировано в ст. 1095 ГК Испании (с учетом дополнений, а также изменений от 2 июля 2013 г.) приобретатели реализуют свои полномочия на владение, для чего и обращаются к покупателю с требованием о вручении им имущества, согласно так называемой превентивной заметке. Непреходящим ее началом стала римская максима *ius ad rem* — «защита предоставляется, права должны быть получены, несмотря на то, что элементы, требуемые для этого законом, по большей части отсутствуют». Право той страны, согласно которой имущество было приобретено, дополняется правопорядком, позволяющим сохранить данную вещь, пока не внесена полная ее стоимость.

В то же время выдача регистрационного свидетельства указывает на формально-логические решения в той нормативной системе, что наиболее соответствует последовательности всех предпринимаемых процедур. Согласно ст. 16 и 24 ГК Португалии (ред. от 12 февраля 2019 г.) иностранные правотворческие акты здесь действуют, пока законом данной страны не будет установлено обратное. Формируются правовые институты смешанной природы, где отличительные признаки вещи рассматриваются как свойства обязательства, сохраняя при этом свою правовую идентичность.

Различия между публичными, а также частными интересами при регистрации судна приобретают весомое значение. Нормы национального законодательства конструируют юридический режим, формально — в интересах субъектов хозяйствования. Проводником его является суверенная воля государства, с целью применения  *Pacta sunt servanda* (лат. договоры должны соблюдаться). Форма сделки тогда устанавливается согласно *lex causae* (правопорядку, с которым она наиболее тесно связана).

Договор об оказании услуг в пользу реестродержателя допускает исполнение обязательств не кредитору, а третьему лицу. Однако судовладелец и в данном контракте, и в договоре о морской перевозке опасных грузов вполне обоснованно поименован как принципал. Заключи он производный договор (о балансовой сумме требований по производным финансовым инструментам), и позиции бенефициара немногим станут отличаться от агентских, включая состав долговых обязательств.

На этом фоне национальные судовые регистры лишний раз должны укрепить свои позиции. Между тем минимизация рисков эксплуатационных расходов осуществляется под эгидой «удобного флага». Конечно, в сопоставлении с классическим *lex banderae*, «свободный флаг» далек от финансовой стабильности. Тем не менее открытая регистрация представляет собой один из компонентов



юридического фундамента чистоты сделок, заключаемых без обременения обеспечительной уступки.

Так и формируется высококонкурентная среда морской перевозки опасных грузов, куда оказывается вовлечено подавляющее большинство отраслевых экономических игроков: владельцы судов, банки, рейтинговые страховые компании, классификационные общества, операторы судоходных дистанций.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абросимова Е. А.* Внедоговорные обязательства в МЧП и косвенная автономия воли // *Право и экономика*. — 2016. — № 6. — С. 55—62.
2. *Богданов Д. Е.* Влияние аддитивных технологий на определение модели деликтной ответственности оператора онлайн-платформы // *Lex russica*. — 2020. — № 7. — С. 65—76.
3. *Вайпан В. А.* Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности : монография. — М. : Юстицинформ, 2020.
4. *Валеев Р. Г.* Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель // *Lex russica*. — 2020. — № 4. — С. 103—116. 4.
5. *Доронина Н. Г., Семилюткина Н. Г.* Договорные механизмы в публичном праве: роль договорного регулирования имущественных правоотношений // *Журнал российского права*. — 2019. — № 5. — С. 40—55.
6. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. — 2-е изд. — СПб. : Алеф-Пресс, 2015.
7. *Мильков А. В.* Заметки к вопросу о принципах гражданско-правовой ответственности // *Закон*. — 2018. — № 11. — С. 71—79.
8. *Норт Д.* Институты, институциональные изменения и функционирование экономики / пер. с англ. А. Н. Нестеренко ; предисл. и науч. ред. Б. З. Мильнера. — М. : Фонд экономической книги «Начала», 1997.
9. *Суханов Е. А.* Вещное право : научно-познавательный очерк. — М. : Статут, 2017.
10. *Raz J.* *The Authority of Law*. — 2nd ed. — Oxford, 2008.





**Ильяс Мифтахович  
КУТУЗОВ,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат исторических  
наук, доцент

[ilaskutuzov@gmail.com](mailto:ilaskutuzov@gmail.com)

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ПО ДОГОВОРНЫМ ДЕНЕЖНЫМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ В МОРСКИХ ЧАСТНОПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ

**Аннотация.** В статье раскрываются особенности таких институтов обеспечения исполнения договорных денежных обязательств, как морской арест, морские залоги и ипотеки. Правовое своеобразие указанных обеспечительных мер объясняется спецификой содержания международных морских правоотношений и особой ролью в них морского судна. Возможность принудительной реализации морского судна стимулирует должника в денежном обязательстве к надлежащему его исполнению. Указанные обеспечительные меры создают реальную имущественную гарантию для кредитора на случай неисполнения должника. В связи с трансграничным характером международного торгового мореплавания и постоянным перемещением морских судов из одной юрисдикции в другую, национальное и международное конвенционное регулирование обеспечительных мер в международном морском праве предусматривают возможность принудительного задержания морских судов в портах и их принудительной продажи. Применимые нормы Кодекса торгового мореплавания РФ и ратифицированных Российской Федерацией международных конвенций о морских арестах, морских залогах и ипотеках составляют основу правовых позиций российских судов и арбитражей при рассмотрении вопросов обеспечения морских требований трансграничного характера. При этом важную роль играют национальные процессуальные нормы государства — места регистрации судна, места вынесения решения об аресте судна, места регистрации обеспечительных обременений, места принудительного осуществления ипотеки.

**Ключевые слова:** договорные морские отношения, денежные обязательства, морские требования, морской арест, морской залог судна, морская ипотека судна, бодмерея, ипотека строящегося судна, международные морские конвенции, юрисдикция судов по рассмотрению морских споров, применимое право.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.112-118

**I. M. KUTUZOV,**

Associate Professor, Department of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (History), Associate Professor  
**ilaskutuzov@gmail.com**  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

## SECURITY MEASURES ON CONTRACTUAL MONETARY OBLIGATIONS IN MARITIME PRIVATE RELATIONS

**Abstract.** *The article reveals the features of the institutions for securing contractual monetary obligations, such as seizure of the sea, maritime liens and mortgages, that have emerged in private international maritime law. The legal originality of these interim measures is explained by the specifics of the content of international maritime legal relations and the special role in them of such a property object as a sea vessel. The possibility of compulsory sale of a sea vessel stimulates the debtor in a monetary obligation to properly fulfill it and creates a real property guarantee for the creditor in the event of a debtor's malfunction in a maritime contractual relationship. Due to the transboundary nature of international merchant shipping and the constant movement of seagoing vessels from one jurisdiction to another, national and international conventional regulation of interim measures in international maritime law provides for the possibility of forcible detention of seagoing vessels in ports and their forced sale. The applicable norms of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation and the international conventions on sea seizures, maritime liens and mortgages ratified by the Russian Federation form the basis of the legal positions of Russian courts and arbitration tribunals when considering issues of ensuring maritime claims of a cross-border nature. At the same time, the national procedural norms of the state play an important role — the place of registration of the vessel, the place of the decision on the arrest of the vessel, the place of registration of security encumbrances, the place of compulsory implementation of the mortgage.*

**Keywords:** *contractual maritime relations, monetary obligations, maritime claims, maritime seizure, maritime lien of a vessel, maritime mortgage of a ship, bodmeri, mortgage of a ship under construction, international maritime conventions, jurisdiction of courts to consider maritime disputes, applicable law.*

Обязательственные отношения в международном морском частном праве, сохраняя свои гражданско-правовые характеристики, обладают рядом особенностей, обусловленных спецификой регулирования морских отношений. Исторически сложившись как международный вид деятельности, торговое мореплавание осуществляется в многоплановом правовом поле, в котором сочетаются публично-правовые и частноправовые принципы, взаимодействуют национально-правовые и международно-правовые источники.



Регулирование морских отношений длительное время складывалось под влиянием морских обычаев и в условиях открытости для различных правовых систем. В международном морском частном праве формируются уникальные правовые институты и понятия, а общеизвестные правовые категории наполняются дополнительным содержанием. Это проявляется, к примеру, в правовых подходах к обеспечению исполнения денежных обязательств в договорных морских отношениях. Необходимость такого обеспечения возникает в международной морской перевозке грузов и пассажиров, фрахтовании (тайм-чартере, бербоут-чартере), буксировке, морской ипотеке, а также при отчуждении, постройке, ремонте, спасании морских судов, их дисбурсментском, сюрвейерском и тальманском обслуживании.

Содержание денежного обязательственного отношения составляют взаимосвязанные субъективные права кредитора и юридические обязанности должника. В международном морском частном праве при фиксации денежных обязательственных отношений акцентируется внимание на субъективных правах кредитора, в результате чего формируется специфический объект правового регулирования — морские требования. Заимствованный из иностранных и международных конвенционных источников, институт морских требований закреплен в Кодексе торгового мореплавания РФ (далее — КТМ РФ). Перечень морских требований содержится в Конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов 1952 г., к которой Россия присоединилась в 1999 г.<sup>1</sup>

Имущественный характер морских требований выражаются в необходимости уплаты должником кредитору определенных денежных сумм по конкретным договорным и внедоговорным основаниям. Соответственно, обеспечение исполнения денежных обязательств в указанных отношениях целевым образом преобразуются в обеспечение морских требований. При этом функция обеспечительных мер остается прежней: они направлены на обеспечение исполнения денежного обязательства и защиту интересов кредитора при неисправности должника.

В международном морском частном праве сложились такие своеобразные виды обеспечительных мер по морским требованиям, как морской арест, морской залог, морская ипотека. Все они предусматривают защиту интересов кредитора путем реализации им такого вида правомочия, как притязание на морское судно в случае нарушения должником юридической обязанности. Являясь специальными мерами обеспечительного характера, предусмотренными национальными и международными нормами, указанные правовые конструкции служат гарантией надлежащего исполнения должником денежного обязательства.

Морское судно, как правило, являются ликвидным имуществом, доступным в период нахождения в акватории порта для принятия обеспечительных мер по установлению над ним контроля и последующему его отчуждению в интересах кредитора. Обеспечение морских требований за счет стоимости морских судов связано с трудностями применения в международных морских отношениях общих норм гражданского права о способах обеспечения исполнения обязательств.

Причиной тому служат особенности правового режима морских судов, зарегистрированных часто в иностранных юрисдикциях, трансграничный характер

<sup>1</sup> Федеральный закон от 6 января 1999 г. № 13-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов» // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 240.

торгового мореплавания и постоянное перемещение морских судов из одной юрисдикции (национальной или международной) в другую, повышенный риск форс-мажорных обстоятельств при эксплуатации судна в морских акваториях (вплоть до серьезных повреждений и случайной гибели судна), потенциальная возможность «неморских» арестов судов, специфика морского страхования. Все это затрудняет юридическое оформление необходимых документов по обеспечению исполнения денежных обязательств и осуществление фактических действий по обращению взыскания на морское судно.

Необходимая надежность имущественного обеспечения морских требований за счет морских судов трудно достижима без дополнительных правовых условий, предусматривающих реальную возможность своевременного установления контроля над судном и воспрепятствования его уходу из зоны национальной юрисдикции. Такие условия могут носить административно-правовой характер, а сами обеспечительные меры должны предусматривать определенные принудительные действия в отношении морского судна. Необходимость таких мер привела к закреплению в международном частном морском праве института морского ареста.

Морской арест не относится к закрепленным в гражданском праве способам обеспечения исполнения обязательств. Он выступает в качестве универсальной обеспечительной меры в морских отношениях — как публично-правовых (уплата лоцманского, портового, канального и прочих сборов), так и частноправовых (договорных и внедоговорных). Возможность ареста судна в связи с морскими требованиями закреплена в правовых источниках и не требует для своей реализации предварительного согласия должника в основном обязательстве. Имущественные последствия в связи с данной обеспечительной мерой могут возникнуть только при неисправности должника и в результате реализации кредитором своих правомочий в рамках обеспечительной меры.

В отличие от гражданско-правовых способов обеспечения обязательств, морской арест как обеспечительная мера не создает акцессорного обязательственного отношения. Собственник судна или его фрахтователь не становятся после ареста судна ни гарантом, ни поручителем, ни залогодателем. Ограничения (обременения) на морское судно налагаются без договорного согласования с его собственником, владельцем или пользователем.

Морской арест отражает определенную разновидность общеправовых обеспечительных мер, нашедших свое применение в сфере морских частных отношений. В определенной степени морской арест можно отнести к мерам оперативного воздействия. Отличием морского ареста как обеспечительной меры в договорных морских отношениях от других мер административного ограничения в правах пользования имуществом является то, что право обращения к такой мере включено в правомочие кредитора и что с инициативой такого ограничения выступает не представитель публичных властей, а сторона договора.

В действующих нормативных источниках подчеркивается, что задержание судна для обеспечения морского требования осуществляется в порядке судебного производства. В зависимости от вида морского требования Конвенция 1952 г. конкретизирует права лица, имеющего морское требование, обращаться к процедуре морского ареста в отношении имущества собственника и фрахтователя судна, с которым связано морское требование. Таким имуществом могут быть указанное



судно либо другие суда, принадлежащие собственнику либо фрахтователю указанного судна. При присоединении к Конвенции 1952 г. государства вправе сделать оговорку относительно конвенционных правил о морском аресте<sup>2</sup>. Судно может быть освобождено тем же судом при исполнении соответствующего морского требования либо при предоставлении должником достаточной гарантии или иного обеспечения.

При обращении к аресту судна как к обеспечительной мере важно учитывать, что по одному и тому же морскому требованию арест не налагается более одного раза. Однако, если речь идет о разных морских требованиях, то повторный арест судна допускается. Такая позиция была отражена в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 10301/10<sup>3</sup>. Указанным судебным актом были отменены первоначальные судебные решения по заявлению банка-кредитора, имевшего морское требование по морской ипотеке к должнику, о принятии обеспечительных мер в виде ареста иностранного морского судна, ранее уже арестованного по требованию капитана судна и членов команды о взыскании заработной платы.

В результате обеспечительной меры в виде морского ареста судно в установленном порядке ограничивается в передвижении и лицо, имеющее морское требование, обращается с иском об обращении взыскания на арестованное судно в компетентный суд, который рассматривает дело по существу. Дополнительными правовыми условиями для принятия решения об аресте судна по российскому праву (КТМ РФ) является обеспеченность морского требования морским залогом на судно либо морской ипотекой или связь морского требования с правом собственности на судно.

Своеобразной обеспечительной мерой является морской залог на судно, которым обеспечиваются морские требования к судовладельцу. В отличие от залога как института гражданского права, морской залог не оформляется отдельным соглашением между залогодателем и залогодержателем. Залоговое обременение судна возникает как привилегированное требование к судну одновременно с морскими требованиями к владельцу судна.

Как следует из положений Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 г.<sup>4</sup> и КТМ РФ, морской залог не распространяется на договорные денежные обязательства. Требования, обеспеченные морским залогом, носят приоритетный характер по отношению к договорным, и никакие денежные требования к судовладельцу (в том числе ипотечно-кредитные) не должны удовлетворяться ранее таких требований. Единственное исключение Конвенцией установлено для требований по возмещению расходов администрации морских портов на подъем севшего на мель или затонувшего судна.

Морской залог действует в течение года с момента возникновения и продолжает обременять судно независимо от перехода права собственности на судно, изменения его регистрации или смены флага судна (за исключением принудительной продажи судна). Такая особенность морского залога, по

<sup>2</sup> При присоединении к Конвенции 1952 г. Российская Федерация заявила о своем праве не применять указанные правила.

<sup>3</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 10301/10 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 3. С. 241—262.

<sup>4</sup> Россия присоединилась к данной Конвенции 17 декабря 1998 г.



словам В. Б. Липавского, «является следствием его природы, поскольку он возникает автоматически, не подлежит какой-либо регистрации, его неограниченно долгое существование порождает бы правовую неопределенность и создавало бы существенные затруднения для оборота»<sup>5</sup>.

Близким по содержанию к морскому залого является право удержания судна, используемое для обеспечения денежных обязательств заказчика в договорных отношениях по постройке и ремонту судна.

Морской обеспечительной мерой, наиболее близкой к гражданско-правовым способам обеспечения исполнения денежных обязательств, является морская ипотека. Согласно КТМ РФ (ст. 374), «ипотека судна или строящегося судна устанавливается в целях обеспечения денежного обязательства договором собственника судна или строящегося судна (залогодателя) и кредитора (залогодержателя) с последующей регистрацией».

Ранней формой передачи морского судна в обеспечение исполнения денежных обязательств служила бодмерея. Такая форма морского обременения по-разному регулировалась в национальных правовых источниках, но чаще всего предполагала действия капитана судна по привлечению займов (кредитов) под залог судна для оплаты неотложных нужд во время рейса. Другой разновидностью бодмереи являлась передача судна судовладельцем в обеспечение возврата займа (кредита), существенным условием которого было распределение рисков морского торгового проекта.

Как отмечает А. В. Латынцев, «в отличие от всех других видов залога при бодмерее кредитор несет убытки, так же как и должник, в случае гибели судна, и не вправе при таких обстоятельствах требовать погашения долга»<sup>6</sup>. В настоящее время указанная форма морского обеспечения практически утратила свое значение, хотя в Конвенции 1952 г. бодмерея упоминается в списке обстоятельств, в связи с которыми возникают морские требования (пп «h» п. 1 ст. 1).

Конвенция 1993 г. закрепляет необходимость документального оформления и регистрации ипотеки морского судна в соответствии с законодательством государства, в котором зарегистрировано судно. При составлении Конвенции государства-участники не смогли преодолеть различия в трактовке ипотеки морских судов в различных правовых системах и прийти к единообразному определению морской ипотеки.

При составлении текста Конвенции 1993 г. был использован редкий для международных договоров (конвенций) прием — упоминание в конвенционном определении морской ипотеки двух различных терминов (*mortgages* и *hypothèques*), используемых в англо-американской и европейской континентальной правовых системах. Поэтому в названии Конвенции 1993 г. и в ее тексте залого и ипотеки упоминаются во множественном числе.

Помимо необходимости занесения сведений о морской ипотеке в реестр государства — места регистрации судна в Конвенции 1993 г. закрепляется принцип открытости реестра и документов для публичной проверки. Все разновидности обеспечительных мер подлежат принудительному осуществлению в

<sup>5</sup> Липавский В. Б. Правовое регулирование морского залога. М. : Юрист, 2006.

<sup>6</sup> Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М. : Лекс-Книга, 2002. С. 80.

государствах-участниках при соблюдении конвенционных условий. Аналогично ипотеке в гражданском праве, морская ипотека прекращается при погашении денежного долга по основному обязательству, при прекращении денежного обязательства иными, чем погашение долга, способами, а также в случае гибели судна или строящегося судна.

Важность процедуры регистрации в отношении морской ипотеки обуславливает коллизионную отсылку к праву государства, в котором зарегистрировано судно, как к праву, применимому к определению действительности зарегистрированных ипотек судна и очередности удовлетворения требований, вытекающих из денежных обязательств, обеспеченных ипотеками, между собой (п. 1 ст. 425 КТМ РФ).

Среди других коллизионных привязок к применимому праву в отношении трансграничной морской ипотеки следует отметить: закон государства, в котором судно принято к постройке или строится — применительно к действительности зарегистрированных ипотек строящегося судна и определению очередности удовлетворения требований, обеспеченных такими ипотеками, между собой; закон государства, в котором осуществляется принудительная продажа — применительно ко всем вопросам, касающимся принудительной продажи судна или строящегося судна.

Таким образом, обеспечение исполнения денежных обязательств в специфических трансграничных морских договорных отношениях регулируется комплексом материальных, коллизионных и процессуальных норм международного морского частного права, закрепленных в национальных нормах российского и иностранного морского права, в нормах и принципах универсальных международных конвенций по вопросам морских арестов, морских залогов и ипотек.

Актуальной задачей правоприменения в данной сфере является дальнейшая гармонизация правовых подходов к обеспечению денежных обязательств (морских требований), сложившихся в международном морском частном праве, и национальных гражданско-правовых и процессуальных позиций в сфере обеспечения исполнения договорных обязательств.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : учебник. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — 576 с.
2. *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. — М. : Статут, 2002. — 222 с.
3. *Гречуха В. Н.* Морское право : учебник для магистратуры. — М. : Прометей, 2019. — 226 с.
4. *Джавадова А. С.* Международно-правовые проблемы ареста и задержания морских судов // Ученые записки Санкт-Петербургского имени В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии. — 2018. — № 2 (66). — С. 83—86.
5. *Латынцев А. В.* Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М. : Лекс-Книга, 2002. — 285 с.
6. *Липаевский В. Б.* Правовое регулирование морского залога. — М. : Юрист, 2006.
7. *Шашорин А. А.* Ипотека морских судов и морской залог // Закон. — 2006. — № 12. — С. 46—54.

## Влияние пандемии COVID-19 на развитие международного частного права

### ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ФОРС-МАЖОРА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ В «КОВИДНУЮ» ЭПОХУ

**Аннотация.** В работе проводится анализ регулирования отношений по освобождению от исполнения трансграничных обязательств по причине наступления форс-мажорных обстоятельств, а именно распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

Затрагиваются вопросы практических сложностей получения в торговых промышленных палатах РФ сертификатов о наличии обстоятельств форс-мажора, а также проблемы использования сертификатов для доказывания данных обстоятельств в судебной практике. На международном публичном уровне было проанализировано интересное решение, которое было вынесено во Франции Апелляционным судом г. Кольмара.

В сфере международного частного права исследованы следующие международные акты: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА в ред. 2016 г., Новые типовые оговорки МТП 2020 г. В статье раскрывается необходимость обязательного использования форс-мажорной оговорки в трансграничном коммерческом контракте.

Анализируется новый документ «Пояснение к Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА и кризису в области здравоохранения, вызванном COVID-19» 2020 г., в котором рассматривается вопрос воздействия пандемии COVID-19 на выполнение и неисполнение международных коммерческих контрактов.

**Ключевые слова:** форс-мажор, форс-мажорная оговорка, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Типовая оговорка МТП о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств 2020 г., Принципы УНИДРУА в ред. 2016 г., COVID-19, трансграничный коммерческий контракт.



**Яна Олеговна АЛИМОВА,**  
доцент кафедры  
международного частного  
права,  
заведующий кафедрой  
правового моделирования  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[legal-solicitor@yandex.ru](mailto:legal-solicitor@yandex.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.119-128

**Ya. O. ALIMOVA,**

*Associate Professor of the International Private Law Department,  
Chief of Legal Moot Department  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law)*

**legal-solicitor@yandex.ru**

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **FEATURES REGULATION OF FORCE MAJEURE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE COVID ERA**

**Abstract.** *This article analyzes the regulation of relations to release from the fulfillment of cross — border obligations due to the onset of force majeure, namely the new coronavirus infection (COVID-19).*

*The issue of practical difficulties in obtaining certificates of force majeure circumstances in the Chamber of Commerce and Industry of Russia is discussed, and problems of using certificates to prove these circumstances in judicial practice.*

*At the international public level, an interesting decision was analyzed, which was rendered in France by the Colmar Court of Appeal.*

*In the field of private international law, the following international acts were analyzed: Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT, rev. 2016, New ICC Model Clauses 2020. This article reveals the need for the mandatory use of a force majeure clause in a cross-border commercial contract.*

*This article analyzes a new 2020 documents «Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis», which explained the impact of the COVID-19 pandemic on the performance and non-performance of international commercial contracts.*

**Keywords:** *force majeure, force majeure clause, 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, ICC Model Clause of Force Majeure and Substantial Change of Circumstances 2020, UNIDROIT Principles as amended by Feb 2016, COVID-19, cross-border commercial contract.*

**В**есь коммерческий мир после начала пандемии в Китае озаботился вопросом приостановления исполнения обязательств по причине наступления форс-мажорных обстоятельств, а именно COVID-19.

11 марта 2020 г. Всемирная организация здравоохранения (далее — ВОЗ) объявила COVID-19 пандемией. По состоянию на 16 марта 2020 г. было зарегистрировано почти 165 тысяч подтвержденных случаев заболевания COVID-19 и порядка 6 тысяч смертей в 146 странах. Вспышка была объявлена чрезвычайной ситуацией в области здравоохранения. Далее последовала цепочка событий, которые существенно повлияли на трансграничные коммерческие отношения.

Стремясь защитить китайские компании от исполнения своих обязательств перед внешними контрагентами, Китайский совет по содействию международной

торговле China Council for the Promotion of International Trade (далее — ССРПТ) объявил о выдаче китайским компаниям специальных сертификатов, подтверждающих наличие форс-мажорных обстоятельств. По состоянию на 11 марта 2020 г. ССРПТ и ее местные филиалы выдали 5 637 сертификатов о форс-мажорных обстоятельствах внутренним компаниям, пострадавшим от вспышки COVID-19. Стоимость таких контрактов составляет примерно 73,2 млрд долларов США<sup>1</sup>.

В других странах, например во Франции, Индии, Испании, торговые промышленные палаты также стали выдавать сертификаты о наличии форс-мажорных обстоятельств в соответствии со своим внутренним законодательством огромному числу местных экспортеров. Основная цель данных сертификатов — освободить контрагентов от выполнения договорных соглашений с зарубежными партнерами.

В России свидетельствование об обстоятельствах непреодолимой силы отнесено к исключительной компетенции Торгово-промышленной палаты России<sup>2</sup>.

По словам президента Торгово-промышленной палаты РФ С. Н. Катырина, «на конец апреля в ТПП РФ с подобными заявлениями обратились более 540 компаний. Только 130 из них получили сертификаты о форс-мажоре, а для 330 компаний были подготовлены и представлены ответы, поскольку у многих из заявителей не хватало документов, а у кого-то из них не было оснований для выдачи сертификата»<sup>3</sup>.

К региональным палатам ТПП в РФ было зафиксировано более 11,5 тысяч обращений по форс-мажорам<sup>4</sup>. Так, по состоянию на 21 сентября 2020 г. в Московскую ТПП поступило 3 294 заявления о наступлении форс-мажорных обстоятельств по внутрироссийским договорам. Однако более 70 % заявлений вернулись обратно, поскольку обстоятельства, на которые ссылались предприниматели, не относились к форс-мажорным либо не содержали обязательных документов и пояснений<sup>5</sup>.

Перечислим следующие основания, которые могут являться причинами отказа в получении сертификата в ТПП России: отсутствие документов, необходимых для выдачи заключения об обстоятельствах форс-мажора, представление пакета

<sup>1</sup> Anton A., Ware Jeffrey, Yang Yingxi Fu-Tomlinson, Timothy C. Smyth. What to Do When You Receive a Coronavirus-Related Force Majeure Notice // URL: <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2020/03/what-to-do-when-you-receive-a-coronavirus> (дата обращения: 26.10.2020).

<sup>2</sup> В соответствии с пп. «н» п. 3 ст. 15 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» и п. 2.1 Положения о порядке свидетельствования ТПП России обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажора), утвержденного постановлением правления ТПП России от 23 декабря 2015 г. № 173-14.

<sup>3</sup> Панина Т. Интервью с президентом Торгово-промышленной палаты РФ. Сергей Катырин назвал регионы, где у бизнеса больше всего форс-мажора // Российская газета. 27 апреля 2020 г. URL : <https://tpprf.ru/news/sergey-katyrin-nazval-regiony-gde-u-biznesa-bolshevsego-fors-mazhora-i358199/> (дата обращения: 26.10.2020).

<sup>4</sup> Панина Т. Указ. соч.

<sup>5</sup> Официальный сайт Московской ТТП РФ. URL: <https://mostpp.ru/news/fors-mazhor/fors-mazhor-iz-za-koronavirusa-voprosy-i-otvety> (дата обращения: 25.10.2020).



документов ненадлежащим заявителем, отсутствие в контракте форс-мажорной оговорки или неверное ее составление и др.

Следует помнить, что трансграничный коммерческий контракт обязательно должен содержать правильно составленную форс-мажорную оговорку. В контракт следует включить отдельное положение, посвященное форс-мажору, где среди форс-мажорных обстоятельств должны указываться, например, эпидемия или пандемия. В таком случае контрагент сможет получить сертификат от ТПП и сослаться на эти условия договора в суде. Если же контракт не содержит форс-мажорную оговорку, то будет применяться общее правило. По нему к форс-мажору относятся чрезвычайные и непредотвратимые объективные обстоятельства, которые стали причиной неисполнения обязательств по договору. Этих обстоятельств невозможно было избежать, и существовала прямая связь между наступлением пандемии и неисполнением условий договора. Если договор был заключен уже в период пандемии, то контрагент, скорее всего, не сможет ссылаться на форс-мажор.

Надлежащим заявителем по обращению в ТПП РФ будет являться только сторона трансграничной коммерческой сделки, не исполнившая или ненадлежащим образом исполнившая контрактные обязательства.

ТПП России может засвидетельствовать только те события, связанные с массовым заболеванием, или те специальные меры государственных органов, направленные на предупреждение его распространения, которые имели место на территории Российской Федерации и находятся в причинно-следственной связи с исполнением внешнеторговой сделки<sup>6</sup>.

На практике возникает вопрос о том, насколько наличие данного сертификата, который был выдан ТПП РФ или ССРПТ Китая, может гарантировать, что сторона будет освобождена от исполнения обязательств по контракту? Этот вопрос особенно важен, если дело будет в итоге рассматриваться в английском или американском суде.

Получив сертификат и уведомление от своего контрагента о том, что он не может выполнить свои обязательства по контракту из-за вспышки COVID-19, необходимо выполнить следующие действия. Во-первых, проверить, содержит ли ваш контракт форс-мажорную оговорку. Во-вторых, определить право, применимое к контракту. Следует помнить, что сторона будет освобождена от ответственности, только если докажет наличие форс-мажорных обстоятельств согласно применимому праву.

Далее необходимо проанализировать текст форс-мажорной оговорки и удостовериться, что заявленное событие действительно можно квалифицировать как форс-мажорное, а также установить причинно-следственную связь между форс-мажорным событием и неисполнением контракта и др.

Хотелось бы отметить, что первые два действия являются самыми важными, поскольку в случае, если в вашем контракте отсутствует такая оговорка, то, как отмечается многими специалистами, вашему контрагенту останется только рассмотреть вопрос о том, что неисполнение может быть оправдано английской доктриной «тщетностью исполнения» либо американской доктриной

<sup>6</sup> Официальный сайт Московской ТПП.



«неосуществимостью исполнения»<sup>7</sup>. В любом случае, только английский или американский суд окончательно решит вопрос о наличии или отсутствии форс-мажорного обстоятельства. Сторона, заявляющая о форс-мажоре, обязательно должна предоставить все доказательства наличия обстоятельств, которые предположительно препятствуют исполнению контракта.

Все эти примеры свидетельствуют о том, что следует еще раз обратиться к тем подходам, которые сложились на международном и национальном уровнях регулирования.

В международном праве под форс-мажорным обстоятельством понимается такая ситуация, при которой субъект вынужден действовать вопреки международному обязательству в результате действия непреодолимой силы или не поддающегося контролю непредвиденного события<sup>8</sup>.

С самого начала распространения COVID-19 важный вопрос касается споров инвесторов с государствами, которые не предприняли соответствующих мер по уменьшению распространения коронавирусной инфекции либо предприняли действия, нарушающие стандарты обращения с инвесторами.

В науке выделяются следующие стандарты обращения с инвесторами: справедливое и равноправное обращение; полная защита и безопасность; недопустимость экспроприации без предоставления компенсации; обязательства, вытекающие из зонтичной оговорки (*umbrella clause*); национальный режим; режим наибольшего благоприятствования<sup>9</sup>.

Некоторые меры, принятые государствами в ответ на COVID-19, могут быть оспорены в инвестиционном арбитраже, как, например, действия властей Индии по ограничению экспорта 26 активных фармацевтических ингредиентов, которые составляют около 10 % экспорта; действия властей Испании, которые уполномочили министра здравоохранения «вмешиваться и временно занимать предприятия, фабрики, мастерские, фермы или помещения любого характера, включая частные медицинские центры, службы и учреждения, а также те учреждения, которые осуществляют свою деятельность в фармацевтическом секторе, чтобы государство могло обеспечить поставку товаров и услуг, необходимых для охраны здоровья населения»<sup>10</sup>.

Государство со ссылкой на ст. 23 Резолюции ООН должно доказать, что обстоятельства, вынудившие его нарушить международные обязательства, не обусловлены поведением самого государства и не могли быть им предвидены.

На основе анализа практики разрешения арбитражных споров между инвестором и государством большинство экспертов полагают, что суды склонны

<sup>7</sup> Подробнее об этом см.: *Anton A., Ware Jeffrey, Yang Yingxi Fu-Tomlinson, Timothy C. Smyth*. Op. cit.

<sup>8</sup> Подробнее см.: *Лукашук И. И.* Международное право. Особенная часть : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Бек, 2001. 320 с.

<sup>9</sup> COVID-19 и международное право : обзор публикаций / Центр международных и сравнительно правовых исследований. М., 2020. Вып. 4. П. 42. URL: <https://icirc.ru> (дата обращения: 25.12.2020).

<sup>10</sup> *Hailes O.* Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures // URL: <https://www.ejiltalk.org/epidemic-sovereignty-contesting-investment-treaty-claims-arising-from-coronavirus-measures/> (дата обращения: 25.12.2020).



отвергать ссылку на форс-мажорные обстоятельства в оправдание принятых мер<sup>11</sup>.

Ниже хотелось бы привести решение национального суда, которое может быть и по иному спору, но уже признало COVID-19 форс-мажорным обстоятельством. Такое интересное решение было вынесено во Франции по международным публичным отношениям.

Как отмечает французский профессор П. Л. Грюнбаум, «для того, чтобы французский суд квалифицировал ситуацию как форс-мажор, данная ситуация всегда должна одновременно обладать тремя характеристиками: быть “внешней”, “непредсказуемой” и “непреодолимой”»<sup>12</sup>.

Когда-то считалось, что для характеристики форс-мажора нужен только критерий непреодолимости. Однако Пленум Кассационного суда подтвердил свое решение от 14 апреля 2006 г. (апелляционная жалоба № 04-18.902), что для признания события форс-мажорным должны быть созданы все три условия, а именно оно должно быть непредсказуемым, непреодолимым и внешним<sup>13</sup>.

В приведенном ниже деле Апелляционный суд г. Кольмара установил все три критерия и признал COVID-19 обстоятельством непреодолимой силы по делу о передаче гражданина Сенегала, нелегально находившегося на территории Франции, испанским властям<sup>14</sup>.

12 марта 2020 г. Апелляционный суд г. Кольмара, вынес судебное решение, в котором признал, что для признания ситуации форс-мажорной она должна иметь следующие обязательные характеристики: быть «внешней», «непредсказуемой» и «непреодолимой».

В отношении непреодолимости события суд указал, что участие задержанного в слушании не могло быть обеспечено ни посредством организации видеоконференц-связи, ни путем сопровождения его на слушание. Следовательно, не

<sup>11</sup> COVID-19 и международное право : обзор публикаций. Вып. 4.

<sup>12</sup> *Grynbaum P. L.* Force majeure et épidémie de COVID -19: une première décision vient d'être rendue // URL: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/force-majeure-et-epidemie-de-covid-19-les-premieres-decisions-viennent-detre-rendues/> (дата обращения: 07.11.2020).

<sup>13</sup> *Grynbaum P. L.* Op. cit.

<sup>14</sup> 5 августа 2019 г. префект департамента Нижнего Рейна подписал приказ о передаче гражданина Сенегала, нелегально находившегося на территории Франции, испанским властям, приняв во внимание, что заявление о предоставлении статуса беженца было подано именно в Испании, а также посадил беженца под домашний арест. Однако гражданин Сенегала не соблюдал предписания префекта и упорно отказывался подняться на борт самолета, летящего в Испанию. В результате 12 февраля 2020 г. он был помещен французскими властями под временный арест в центр содержания под стражей (административное задержание) сроком на 28 дней. 10 марта префектура запросила продление задержания на 30 дней. В заседании 11 марта судья по вопросам свободы и заключения суда г. Страсбурга удовлетворил этот запрос. В тот же день задержанный подал на апелляцию. Апелляционный суд г. Кольмара, на заседание которого задержанный не смог явиться, но на котором интересы задержанного представлял его адвокат, подтвердил решение суда первой инстанции (*Жукова Г.* Пандемия COVID-19 и форс-мажорные обстоятельства: первое решение французских судов // Arbitration.ru. April, 2020. № 3 (18). С. 77—78.

существовало никакой возможности предотвратить неявку гражданина Сенегала на слушание.

Таким образом, это первое дело, в котором суд, пусть и не по экономическим спорам, признал COVID-19 обстоятельством непреодолимой силы.

По трансграничным коммерческим отношениям пандемия COVID-19 может быть оценена как форс-мажорное обстоятельство, исключающее ответственность должника, только в тех ситуациях, когда исполнение обязательств совсем не представляется возможным.

Первый важный международный акт, в котором поднимается вопрос освобождения контрагентов от исполнения обязательств, — *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.* (далее — Венская конвенция).

Так, статья 79 Венской конвенции гласит, что «сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий»<sup>15</sup>. При этом факт невозможности исполнения обязательства должником не принимается во внимание, если исполнение объективно было возможно.

Обращает на себя внимание то, что, желая придать Венской конвенции достаточную гибкость, ее разработчики использовали абстрактные категории, в частности, вместо понятия «форс-мажор», «непреодолимая сила» вводится категория «препятствие», вместо слова «вина» — выражение «вне контроля».

Также за разъяснением о том, при каких обстоятельствах сторона освобождается от ответственности за неисполнение контракта, можно обратиться к документу рекомендательного характера под названием *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА в ред. 2016 г.* (далее — Принципы УНИДРУА).

Согласно ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА сторона освобождается от ответственности за неисполнение, если докажет, что неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий. Таким образом, под форс-мажорными понимаются обстоятельства, соответствующие следующим критериям:

- обстоятельство препятствует исполнению обязательства;
- обстоятельство находится вне контроля не исполнившей обязательство стороны;
- на момент заключения договора стороны не могли предполагать наступления таких обстоятельств.

В целом положения ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА о форс-мажоре совпадают с п. 3 ст. 4.1 ГК РФ. Особое значение следует придать п. 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, согласно которому «положения настоящей статьи не препятствуют стороне воспользоваться правом прекратить договор или приостановить исполнение либо требовать уплаты процентов годовых»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г.) (КМКПТ) // URL: [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg) (дата обращения: 25.12.2020).

<sup>16</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА // URL: <https://www.unidroit.org>.



Причем на обязанность платить проценты даже в том случае, когда нарушитель освобождается от ответственности, специально указывает еще и п. 1 ст. 7.4.9 Принципов. Все это расходится с тем подходом, который заложен в законодательстве РФ. Как справедливо отмечает В. А. Белов, «поскольку проценты по ст. 395 нашего ГК, хотя и объясняются с экономической точки зрения как плата за пользование фактически оказанным кредитом, но с юридической точки зрения продолжают считаться мерой гражданско-правовой ответственности, а коль скоро форс-мажор освобождает от таковой, то и проценты по ст. 395 ГК РФ за нарушение, вызванное форс-мажором, нарушитель платить не обязан. Как видим, получается вывод, прямо противоположный предписанию Принципов УНИДРУА»<sup>17</sup>.

Особый интерес представляет также ст. 6.2.2 «Определение затруднений», а также ст. 6.2.3 «Последствия затруднений» Принципов УНИДРУА 2016 г.

Отдельно хотелось бы отметить, что в 2019 г. Секретариат УНИДРУА выпустил *Пояснение к Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА и кризису в области здравоохранения, вызванному COVID-19*<sup>18</sup>.

В этом документе отмечается, что он не носит завершающего характера и может быть дополнен новыми положениями. Документ разделен на четыре части. Первая касается общих вопросов: сферы и содержания документа, описания временных этапов распространения коронавирусной инфекции в разных странах, механизма работы с данным документом. Вторая часть полностью посвящена толкованию ст. 7.1.7, третья часть — ст. 6.2.2 и 6.2.3, а четвертая — соотношению положений о форс-мажоре и Hardship.

По вопросу применения ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА к отношениям, возникающим в связи с COVID-19, комментаторы указывают о важности обязательного установления причинно-следственной связи между событием (пандемией) и неисполнением контракта. В данном документе определяется, что пандемия могла оказать разное влияние на контракты:

- *прямое влияние*, когда затронуто здоровье ключевого исполнителя. Это касается таких контрактов, в которых личность исполнителя важна и имеет решающее значение при исполнении контракта;
- *косвенное влияние*, через временную приостановку или ограничение определенных видов деятельности путем введения государственными органами специальных мер, например, приостановление работы заводов, ограничение перемещений сотрудников, которые вели деятельности за границей, создание препятствий, влияющих на деятельность деловых партнеров в других странах (невозможность импорта товаров от поставщиков из-за запрета экспорта).

Однако есть ряд контактов, на которые COVID-19 не оказал ни прямого, ни косвенного влияния. Например, контракты, заключаемые в сфере электронной коммерции, стали пользоваться большой популярностью во время пандемии.

[org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016](https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016) (дата обращения: 25.12.2020).

<sup>17</sup> Белов В. А. Международное торговое право и право ВТО : учебник для бакалавриата и магистратуры : в 2 т. М. : Юрайт, 2014. Т. 2 : Акты международной частноправовой унификации. Право ЕС. Право ВТО. С. 58.

<sup>18</sup> Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis // URL: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf> (дата обращения: 25.12.2020).

Относительно толкований ст. 1.7 комментаторы приходят к выводу, что большое значение играют место и время заключения контракта. На международном уровне для определения предвидимости наступления коронавирусной инфекции и ее последствий важность имеют следующие периоды заключения контракта: *конец декабря 2019 г.* (объявление китайскими властями о заболевании); *после 30 января 2020 г.* (ВОЗ объявила COVID-19 чрезвычайной ситуацией); *после 11 марта 2020 г.* (ВОЗ объявила COVID-19 пандемией).

Также значение придается моменту заключения контракта в конкретной юрисдикции. Считается, что, пока пандемия не достигла стран, в которых стороны имеют свои коммерческие предприятия, новость об опасности данной инфекции, имеющей место за границей, в некоторых случаях может означать лишь *будущую вероятность распространения инфекции* в этих странах. Считается, что чем ближе находятся коммерческие предприятия сторон к стране, в которой COVID-19 получил широкое распространение, тем разумнее ожидать, что коммерсанты предвидели пандемию и ее последствия для исполнения контракта. Однако наличия одного только критерия — «географическая удаленность» стран контрагентов, заключающих контракт, может быть недостаточно для исключения предсказуемости<sup>19</sup>.

Эти и иные вопросы были подробно изложены в рассматриваемом документе, и все они демонстрируют те практические сложности, которые могут возникнуть при квалификации COVID-19 в качестве форс-мажорного обстоятельства.

Еще одним нововведением является то, что Международная торговая палата (далее — МТП) в 2020 г. обновила *Оговорки о форс-мажоре и существенном изменении обстоятельств*, в которых также даются важные рекомендательные разъяснения по поводу применения форс-мажора.

Новая оговорка о форс-мажоре МТП теперь содержит 28 новых изменений по сравнению с 2003 г.

Перечислим некоторые из них: 1) из категории военных действий исключаются блокада и военное эмбарго, беспорядки, а также угроза вооруженного конфликта. Военная мобилизация теперь должна быть обширной, чтобы попасть под оговорку; 2) в категории социальных потрясений мятеж и акты неповиновения заменены на бунт, восстание и революцию. В эту же категорию отнесены теракты, саботаж и пиратство; 3) из категории государственных предписаний вынесены и выделены в отдельную валютные и торговые ограничения, эмбарго, санкции, однако был исключен комендантский час; 4) выражение *Acts of God* исключено из текста оговорки, в том числе из английской версии; 5) введено понятие «пандемия»; 6) техногенные катастрофы дополнены длительным выходом из строя информационной системы или энергоресурсов.

Основные нововведения оговорок — это, во-первых, разработка новой краткой формы *оговорки о форс-мажоре*, которая состоит из нескольких ключевых положений, охватывающих наиболее важные аспекты форс-мажора, и особенно подходит для использования компаниями среднего и малого бизнеса, а во-вторых, представление различных вариаций *оговорки о существенном изменении обстоятельств*, которые позволяют расторгнуть договор или изменить его условия<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis.

<sup>20</sup> URL: [http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC\\_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/](http://www.iccwbo.ru/news/2020/ICC_mezhdunarodnaya-torgovaya-palata-icc-obnovila-ogov/) (дата обращения: 25.12.2020).



В заключение хотелось бы отметить, что ситуация с COVID-19 до сих пор полностью не нормализовалась. Границы ряда стран остаются закрытыми. Многие проекты, которые должны были выполняться иностранными работниками, заморожены по причине того, что люди не могут приехать в страны, в которых в настоящее время действуют режимы локдауна, например во Францию, в Великобританию и др.

Правильное формулирование форс-мажорной оговорки, проработка механизма последующих действий сторон, знание новых актов обязательного и рекомендательного характера, а также новейшей судебной практики могут иметь огромное значение и помочь контрагентам трансграничных коммерческих контрактов разрешить их спорные вопросы.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Белов В. А.* Международное торговое право и право ВТО : учебник для бакалавриата и магистратуры : в 2 т. — М. : Юрайт, 2014. — Т. 2 : Акты международной частноправовой унификации. Право ЕС. Право ВТО. — 615 с.
2. *Жукова Г.* Пандемия COVID-19 и форс-мажорные обстоятельства: первое решение французских судов // Arbitration.ru. — April, 2020. — № 3 (18).
3. *Лукашук И. И.* Международное право. Особенная часть : учебник. — 2-е изд., перераб и доп. — М. : Бек, 2001. — 320 с.
4. *Anton A., Ware Jeffrey, Yang Yingxi Fu-Tomlinson, Timothy C. Smyth.* What to Do When You Receive a Coronavirus-Related Force Majeure Notice // URL: <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2020/03/what-to-do-when-you-receive-a-coronavirus> (дата обращения: 26.10.2020).
5. COVID-19 и международное право : обзор публикаций / Центр международных и сравнительно правовых исследований. — М., 2020. — Вып. 4. — URL: <https://iclr.ru> (дата обращения: 25.12.2020).
6. *Grynbaum P. L.* Force majeure et épidémie de COVID-19: une première décision vient d'être rendue // URL: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/force-majeure-et-epidemie-de-covid-19-les-premieres-decisions-viennent-detre-rendues/> (дата обращения: 25.12.2020).
7. *Hailes O.* Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures // URL: <https://www.ejiltalk.org/epidemic-sovereignty-contesting-investment-treaty-claims-arising-from-coronavirus-measures/> (дата обращения: 25.12.2020).
8. Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis // URL: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf> (дата обращения: 25.12.2020).



## ЮРИСДИКЦИЯ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ ВОЗДУШНОЙ ПЕРЕВОЗКИ В УСЛОВИЯХ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ COVID-19

**Аннотация.** В статье рассматривается проблематика частноправовых отношений вследствие противодействия мировой вирусной пандемии COVID-19 в сфере юрисдикции и расторжения договора международной воздушной перевозки. Установлено, что юрисдикционный механизм рассмотрения исков из договоров трансграничной воздушной перевозки пассажира и багажа требует согласования процедуры претензионного порядка и искового производства, осуществляемого в рамках положений о защите прав потребителей. В международном праве и национальном регулировании выделена тенденция дифференциации подходов к различным видам исковых требований пассажиров при нарушении обязательств перевозчиков. Обращается внимание на различие в правовом регулировании международной и внутренней воздушной перевозки, применение коллизионно-правовых механизмов и международного права, имеющего приоритет перед национальным законодательством. Сопоставляются положения процессуального и международного частного права, рассматриваются судебная практика и международно-правовые нормы. Делается вывод, что применительно к чрезвычайным условиям пандемии вируса COVID-19 требуется доработка действующего права, необходимо усиление роли права в условиях возрастания технического и информационного развития общества и глобализации информационных связей и коммуникаций.

**Ключевые слова:** международное частное право, международная воздушная перевозка, пассажир, защита прав потребителей, юрисдикция, претензионный порядок, Монреальская конвенция, Варшавская конвенция.



**Игорь Дмитриевич  
СОБОЛЕВ,**

доцент кафедры  
международного частного  
права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[igor.sobolev.80@bk.ru](mailto:igor.sobolev.80@bk.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.129-138

**I. D. SOBOLEV,**

Associate Professor, Department of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)  
[igor.sobolev.80@bk.ru](mailto:igor.sobolev.80@bk.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### JURISDICTION AND TERMINATION OF THE INTERNATIONAL AIR CARRIAGE IN THE CONTEXT OF COUNTERING COVID-19

**Abstract.** The article examines the issues of private law consequences of countering the global viral pandemic COVID-19 in the sphere of jurisdiction and termination of the international air transportation agreement. It is

© И. Д. Соболев, 2021

*established that the jurisdictional mechanism of consideration of claims from contracts of international air transportation of passengers and baggage requires coordination of the procedure of the claim procedure and court proceedings carried out carried out under the provisions on the protection of consumer rights. In international law and national regulation, the tendency of differentiation of approaches to various types of claims of passengers in case of violation of the obligations of carriers under contracts for international air carriage is highlighted. Attention is drawn to the difference in the legal regulation of international and domestic air transportation, the use of conflict-of-law mechanisms and norms of international law having priority over national legislation. The study compares the provisions of procedural and private international law, examines the provisions of judicial practice and analyzes international legal norms. It is concluded that in relation to emergency conditions like the COVID-19 virus pandemic, the current law needs to be improved. Attention is drawn to the need to strengthen the leading role of law in the context of the increasing technical and informational development of society and the globalization of information links and communications.*

**Keywords:** private international law, international air transportation, passenger, consumer protection, jurisdiction, claims procedure, Montreal Convention, Warsaw Convention.

**В**семирная организация здравоохранения (ВОЗ) в информации, размещенной на ее сайте 11 марта 2020 г., официально объявила COVID-19 пандемией, признав международную опасность его распространения. Перед мировым сообществом встала масштабная проблема противодействия распространению вирусной инфекции COVID-19, непосредственно отразившаяся на сфере трансграничных воздушных перевозок пассажиров. Ведь именно международная воздушная перевозка как самый мобильный и ведущий вид перевозки пассажиров в трансграничном сообщении могла оказаться и ведущим каналом распространения опасного для жизни и здоровья миллионов людей вируса.

В сложившейся ситуации в числе первоочередных мер по противодействию распространению эпидемии COVID-19 правительствами большинства стран, включая и Российскую Федерацию, были приняты ограничения на осуществление международных воздушных пассажирских перевозок. Первые ограничения на осуществление пассажирских перевозок с территории Российской Федерации были введены уже 13 марта 2020 г. — на полеты в Германию, Испанию и Францию. 16 марта 2020 г. авиасообщение было ограничено уже со всеми странами Европейского Союза, а также Норвегией и Швейцарией. 20 марта 2020 г. Правительство России ввело ограничения на воздушные перевозки в Великобританию, Соединенные Штаты Америки и Объединенные Арабские Эмираты<sup>1</sup>. И 23 марта 2020 г. Федеральное агентство воздушного транспорта в соответствии

<sup>1</sup> Поручение Правительства РФ от 18 марта 2020 г. // URL: <http://government.ru/orders-selection/401/39203/>.

с поручением Правительства РФ ограничило авиасообщение со всеми странами, за исключением строго определенного перечня регулярных рейсов из Москвы, а также чартерных рейсов, при условии перевозки в Российскую Федерацию граждан Российской Федерации, а также граждан иностранных государств и граждан иных государств в соответствующие государства<sup>2</sup>.

В сфере частноправовых отношений, охватывающих имущественные и личные неимущественные отношения между частными лицами, на основе автономии воли и равенства сторон, использующих договорные средства регулирования отношений<sup>3</sup>, решения, разработанные Оперативным штабом по предупреждению завоза и распространения коронавирусной инфекции на территории Российской Федерации и принятые Правительством РФ, Федеральным агентством воздушного транспорта, повлекли за собой массовую отмену зарубежных рейсов с расторжением договоров воздушной перевозки и необходимостью возвращения уплаченных денежных средств.

В этих условиях Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей обращала внимание на опасность массовых обращений в суды множества потребителей с исками о расторжении договоров и возврате уплаченных денежных средств, исполнение которых в краткосрочной перспективе может с высокой вероятностью спровоцировать банкротство и прекращение деятельности значительного числа международных перевозчиков<sup>4</sup>.

Также в этой ситуации представляется актуальной и правовая проблематика регулирования вопросов юрисдикции и расторжения договора трансграничной воздушной перевозки на международном и национальном уровне. На национально-правовом уровне регулирование отношений между авиакомпанией и пассажиром по российскому праву определяется правилами ст. 1211 ГК РФ и подчиняется праву страны перевозчика, если стороны не воспользовались принципом *lex voluntatis* в части выбора применимого к договору права.

Как обращает внимание Н. Н. Остроумов, регулирование многих вопросов международной воздушной перевозки лежит в сфере регулирования внутреннего права, в частности, порядка предъявления грузов к перевозке и выдачи их в пункте назначения, условий выполнения погрузочно-разгрузочных работ, чартерных перевозок, а во многих случаях и вопросов, связанных с ответственностью перевозчика (ее объемом, кругом лиц, имеющих право на возмещение, и т.п.)<sup>5</sup>. Также нормы внутреннего права содержат значительное число юридико-технических

<sup>2</sup> Информационное сообщение Росавиации от 23 марта 2020 г. «О введении временного ограничения на осуществление пассажирских авиаперевозок с территории Российской Федерации на территорию иностранных государств» // URL: <http://favt.gov.ru/novosti-novosti/?id=6260>.

<sup>3</sup> *Беляева Г. С.* Правовой режим в общетеоретическом измерении : монография. М., 2013. С. 162—187.

<sup>4</sup> Коронавирус COVID-19: какие права есть у потребителя и как их защитить? (ответы на типовые вопросы) // ГИС ЗПП: официальный сайт. 2020 // URL: <http://zpp.rospotrebnadzor.ru> (дата обращения: 10 января 2021 г.).

<sup>5</sup> *Остроумов Н. Н.* Правовой режим международных воздушных перевозок : монография. М. : Статут, 2015. С. 17.



предписаний, способных регулировать весьма специфичные и сложные отношения в сфере международной воздушной перевозки<sup>6</sup>.

Важным моментом в решении вопроса коллизионного регулирования применительно к воздушной перевозке пассажира является участие в качестве стороны договора физического лица, приобретающего услуги для личных нужд и выступающего в качестве потребителя. Это требует применения правил ст. 1212 ГК РФ, согласно которой пассажиру (потребителю) предоставляется защита императивных норм права страны его места жительства, если воздушный перевозчик в соответствии с заключенным между ними договором воздушной перевозки осуществляет перевозку из страны или в страну места жительства пассажира либо направляет свою деятельность на территорию страны места жительства пассажира или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства пассажира.

Таким образом, на отношения между международным воздушным перевозчиком и пассажиром распространяются императивные нормы законодательства о защите прав потребителей страны места жительства пассажира, даже если стороны выбрали применимое право, воспользовавшись принципом *lex voluntatis*. На этом основании, в частности, для пассажиров, имеющих личным законом российское право, действует возможность воспользоваться положением п. 3 ст. 17 Закона РФ «О защите прав потребителей» и получить освобождение от уплаты госпошлины в соответствии с российским законодательством.

Российский законодатель применительно к договорам перевозки внес ограничения на возможность предъявления потребителями исков к перевозчикам по месту своего жительства (ч. 7 ст. 29 ГПК РФ), вынеся в исключительную подсудность правило о возможности предъявления исков только по адресу перевозчика, к которому в установленном порядке была предъявлена претензия (ч. 3 ст. 30 ГПК РФ).

Данное положение было предметом жалобы как нарушающее конституционное право граждан на эффективную судебную защиту. По жалобе было вынесено определение Конституционного Суда РФ<sup>7</sup>. Суд указал, что ст. 30 ГПК РФ определяет исключительную подсудность по отдельным категориям дел, что имеет целью обеспечить наилучшие условия правильного и своевременного рассмотрения дел, поскольку их специфические особенности не позволяют полноценно рассмотреть их в ином месте.

На этом основании Конституционный Суд РФ не нашел нарушений конституционных прав. Тем не менее в п. 2.2 определения было указано, что ч. 3 ст. 30 ГПК РФ в рамках действующего правового регулирования, т.е. при отсутствии положения о необходимости обязательного соблюдения претензионного порядка, не препятствует возможности гражданину предъявить иск по договору перевозки пассажира в соответствии с порядком подсудности, предусмотренном по делам о защите прав потребителей.

<sup>6</sup> Садиков О. Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. С. 58.

<sup>7</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 20 июня 2006 г. № 170-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Беляева Сергея Ивановича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 30 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» указал, что под исключение из п. 2 ст. 17 Закона РФ «О защите прав потребителей» попадают иски из грузоперевозок (ст. 797 ГК РФ), а также из пассажирской или грузовой перевозки внутренним водным транспортом (ст. 161 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ), которые в соответствии с ч. 3 ст. 30 ГПК РФ подаются в суд по месту нахождения перевозчика, получившего в установленном порядке претензию<sup>8</sup>.

Также в данном постановлении разъясняется, что суд не вправе возвращать исковое заявление, имеющее требования к ответчику по договору перевозки пассажира, которое было подано в порядке подсудности, установленном для защиты прав потребителей, подчеркнув, что этот порядок распространяется и на чартерные воздушные перевозки пассажиров по туристическим продуктам (п. 22). Исключения будут составлять лишь иски из судоходства на внутренних водных путях, законодательно предусматривающие претензионный порядок.

Принятая практика в целом поддерживается многими российскими специалистами и оценивается как прогрессивная тенденция в развитии российского права<sup>9</sup>. Таким образом, из положений российского законодательства и судебных разъяснений вытекает, что требование на предъявление исковых договоров воздушной перевозки по адресу нахождения перевозчика связано с наличием обязательного претензионного порядка урегулирования спора, в ином же случае допустимо применения общих положений п. 2 ст. 17 Закона «О защите прав потребителей» и ч. 7 ст. 29 ГПК РФ.

Гражданский кодекс РФ устанавливает необходимость соблюдения обязательного претензионного порядка к перевозчику до предъявления иска по договорам грузоперевозки (п. 1 ст. 797 ГК РФ). По договорам пассажирской перевозки обязательное досудебное предъявление претензии не предусматривается<sup>10</sup>. В специальных нормах, прежде всего в Воздушном кодексе РФ, закреплено право, но не обязанность пассажира предъявить перевозчику заявление, если имеются обстоятельства нарушения договора перевозки (п. 1 ст. 125 Воздушный кодекс РФ).

В пункте 1 ст. 125 Воздушный кодекс РФ употребляет понятие «заявление», устанавливая тем самым терминологическую разницу, поскольку в п. 2 ст. 125 Кодекса употребляется понятие «претензия», но применительно к договору перевозки груза. Для требований из договоров международной воздушной перевозки Воздушный кодекс РФ расширяет сферу претензионного порядка, включая в нее утрату и повреждение багажа (п. 1 ст. 127 ВК РФ). Пассажир не позднее семи дней с момента обнаружения утраты или повреждения багажа должен в письменном виде предъявить перевозчику претензию или воспользоваться электронной формой документа с электронной подписью. Для случаев просрочки при доставке багажа на предъявление претензии дается 21 день со дня его получения пассажиром или уполномоченным лицом.

<sup>8</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

<sup>9</sup> Морозов С. Ю. Транспортное право : учебник для академического бакалавриата. 5-е изд., пер. и доп. М. : Юрайт, 2019. С. 123.

<sup>10</sup> Гречуха В. Н. Транспортное право России : учебник для магистров. М. : Юрайт, 2015. С. 376.



Подводя итог приведенным выше положениям российского права, можно сделать вывод, что по требованиям из договора международной воздушной перевозки к случаям, для которых не является обязательным соблюдение претензионного порядка, относятся причинение вреда жизни и здоровью пассажира, а также прекращение договора по инициативе перевозчика (пп. 2 п. 1 ст. 125 ВК РФ). Предъявление иска здесь будет возможно по правилам общих положений п. 2 ст. 17 Закона «О защите прав потребителей» и ч. 7 ст. 29 ГПК РФ.

Однако для международной воздушной перевозки не следует забывать об определяющей роли положений международных соглашений, в которых участвует Российская Федерация.

В настоящее время Россия является участницей Конвенции для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г.<sup>11</sup> (далее — Варшавская конвенция) и Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок<sup>12</sup> (далее — Монреальская конвенция). В преодолении противоречий и выработке единых подходов к правовому регулированию международной воздушной перевозки одним из самых эффективных средств стала унификация посредством заключения международных договоров.

В. Д. Бордунов определяет, что ограничение суверенных прав государств в пользу унификации представляет собой подчинение регулирования части национальных международных воздушных перевозок не своему индивидуальному и суверенному законодательному усмотрению, а установленным международным договором унифицированным, единообразным правилам<sup>13</sup>.

Для Российской Федерации Монреальская конвенция вступила в силу с 21 августа 2017 г., и в случае коллизии положений Варшавской и Монреальской конвенций ее нормы имеют преимущественную силу. Практика применения Монреальской конвенции российскими судами уже имела место и до присоединения России, однако, как отмечает Н. Н. Остроумов, такое применение Конвенции российскими судами имело многочисленные ошибки в случаях причинения ущерба багажу и просрочки перевозки, допущенной зарубежными авиаперевозчиками<sup>14</sup>, и поэтому уже официальное присоединение России к этому важнейшему международному соглашению становится решением этой проблемы.

Варшавская конвенция в ст. 28 определяет четыре варианта юрисдикции по искам к перевозчику в пределах территории одного из договаривающихся государств в зависимости от выбора истца в суде по месту: 1) жительства перевозчика; 2) нахождения главного управления перевозчика; 3) нахождения конторы, обеспечивавшей заключение договора; 4) назначения перевозки. Процессуальные

<sup>11</sup> Вступила в силу 13 февраля 1933 г., для СССР — 18 ноября 1934 г.

Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. VIII. М., 1935. С. 326—339.

<sup>12</sup> Заключена в Монреале 28 мая 1999 г.

URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

<sup>13</sup> Бордунов В. Д. Международно-правовая унификация правил международных воздушных перевозок: теория и практика // Законодательство. 2009. № 1.

<sup>14</sup> Остроумов Н. Н. Современный правовой режим международных воздушных перевозок вступил в силу для России // Закон. 2017. № 11. С. 219.



вопросы предъявления иска подчинены Конвенцией коллизионному принципу *lex fori* (п. 2 ст. 28 Варшавской конвенции).

Монреальская конвенция в ст. 33 в целом аналогично определяет четыре варианта юрисдикции в пределах территории одного из государств-участников в зависимости от выбора истца в суде по месту: 1) жительства перевозчика; 2) основного коммерческого предприятия перевозчика; 3) коммерческого предприятия, обеспечившего заключение договора; 4) назначения перевозки.

Однако Монреальская конвенция вносит дополнение, которого нет в Варшавской конвенции и которое представляет расширяющую защиту прав потребителя новеллу. В пункте 2 ст. 33 Монреальской конвенции для исков из вреда в результате смерти или телесного повреждения пассажира иск может быть возбужден в суде по месту основного или постоянного места жительства пассажира на момент происшествия. Основываясь на приоритете норм международного права и соотнося их с положениями российского законодательства, можно констатировать, что для договоров международной воздушной перевозки, в отличие от внутренней, которая будет подчиняться национальному праву, предъявление иска по месту жительства пассажира возможно лишь для исков из вреда в результате смерти или телесного повреждения пассажира.

Изучение российской судебной практики показывает, что примеры принятия и рассмотрения исков пассажиров из договоров международной воздушной перевозки по месту жительства потребителей имеются. Пример тому — гражданское дело № 2-182/98, рассмотренное Великолукским городским судом Псковской области<sup>15</sup>. Предметом рассмотрения явилось исковое требование пассажира о взыскании стоимости утраченного багажа в размере 9 642 руб. и морального вреда в размере 10 000 руб. Истица прибыла в аэропорт «Шереметьево-2» Москвы рейсом СУ-508 из Ларнаки (Кипр) и при получении багажа обнаружила пропажу одного места багажа.

Перевозчику ОАО «Аэрофлот — российские международные авиалинии» в установленном порядке было подано заявление о пропаже багажа с приложением всех необходимых документов, однако по истечении 21 дня багаж так и не был обнаружен. Истица обратилась с исковым заявлением в Великолукский городской суд Псковской области, который и рассмотрел иск, несмотря на ходатайство ответчика о передаче дела в суд по месту нахождения главного управления перевозчика.

Действовавший на тот момент ГПК РСФСР 1964 г. уже содержал положения об исключительной подсудности дел по договорам перевозки (ч. 3 ст. 119). Иски можно было предъявлять по месту нахождения управления транспортной организации при соблюдении претензионного порядка<sup>16</sup>. Вряд ли можно согласиться с законностью принятого судом решения как по действовавшему на тот момент законодательству, так и с позиций современного правового регулирования этого вопроса.

<sup>15</sup> Решение Великолукского городского суда Псковской области по делу № 2-182/98 от 7 октября 1999 г. // Энциклопедия российского права. Федеральный выпуск. М. : АРБТ, 2005. Март.

<sup>16</sup> Гражданский процессуальный кодекс РСФСР (утв. Верховным Советом РСФСР 11 июня 1964 г., ред. от 25 июня 1998 г.) // СПС «КонсультантПлюс».



Действующий Воздушный кодекс РФ прямо исключает случаи утраты, недостачи или повреждения (порчи) багажа, груза при международных воздушных перевозках из общего режима и устанавливает механизм претензионного порядка урегулирования спора (ст. 127 ВК РФ). Если при внутренних воздушных перевозках пассажир имеет право подать заявление перевозчику (п. 1 ст. 125 ВК РФ), то при международной перевозке требуется соблюдение обязательного претензионного порядка (ст. 127 ВК РФ), что в юрисдикционном плане переводит отношения в сферу исключительной подсудности по правилам ч. 3 ст. 30 ГПК РФ.

Такого же принципа придерживается и международное регулирование, устанавливая юрисдикцию по месту нахождения перевозчика и делая исключение только для исков из вреда, происшедшего в результате смерти или телесного повреждения пассажира (п. 2 ст. 33 Монреальской конвенции). Очевидно, что решение законодателя установить исключительную подсудность дел из договоров перевозки по адресу нахождения перевозчика — не в пользу потребителя. Однако здесь приоритет отдан эффективному функционированию транспортной инфраструктуры, и рассмотрение исковых требований по месту досудебного урегулирования спора в претензионном порядке должно этому способствовать.

Не следует забывать, что ответственность за успешность транспортной операции распределяется между всеми ее участниками, включая и пассажиров, и отправителей, и получателей груза. Участвуя в транспортных отношениях, каждый их участник должен осознавать повышенный риск и опасность транспортной операции, а не возлагать все надежды только на действия перевозчика.

В связи с угрозой безопасности для жизни и здоровья граждан в результате пандемии COVID-19 и принятием Правительством РФ и Федеральным агентством воздушного транспорта решений по ограничению международных воздушных пассажирских перевозок возникли основания для отказа от воздушной перевозки в связи с отменой или изменением рейса за рубеж. Для международной воздушной перевозки в приоритетном порядке будут применяться международные соглашения и правила, регулирующие международную воздушную перевозку. Национальное право применяется субсидиарно и в части, не противоречащей международным соглашениям, что в России определено ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и п. 2 ст. 5 Федерального закона от 15 июня 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»<sup>17</sup>.

Поскольку международные соглашения не содержат положений о вынужденном отказе пассажира от перевозки в качестве международно-правовой основы, можно обратиться к правилам Международной ассоциации воздушного транспорта (ИАТА) «Общие условия перевозок пассажиров и багажа» (Резолюция ИАТА № 1724)<sup>18</sup>, в которых есть нормы, применимые к отношениям по расторжению договора воздушной перевозки в связи с отменой или изменением рейса. В соответствии с положениями п. 17 раздела XI «Компенсация стоимости билета» перевозчик во исполнение законов, правил или распоряжений государства по вопросам безопасности может отказать в перевозке. В случае если билет не был

<sup>17</sup> СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

<sup>18</sup> IATA Recommended Practice 1724. General Conditions of carriage (passenger and baggage). Passenger Services Conference Resolutions Manual. 21 st edition. 2001.

использован, перевозчик возвращает пассажиру денежные средства, соответствующие уплаченному тарифу, а если часть поездки была осуществлена, возвращена будет часть тарифа за вычетом стоимости фактически осуществленного проезда.

Применение национального права будет определяться уже в соответствии с коллизионными принципами международного частного права и зависеть от права, применимого к договору международной воздушной перевозки. Если стороны не выбрали применимое право, действовать будет право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (п. 1. ст. 1211 ГК РФ).

В. А. Канашевский отмечает, что обычная логика судебных решений состоит в следующем: поскольку положения договора перевозки (фактически — правила перевозчика) не определяют применимое к договору право, на основании ст. 1211 ГК РФ к договору применяется право перевозчика. Соответственно, если перевозчиком выступает иностранная авиакомпания, то применяется иностранное право<sup>19</sup>. Здесь, обращаясь к национальному праву иностранных авиакомпаний, которое будет осуществляться в соответствии с правом страны их основного места нахождения или места деятельности, нельзя забывать, что его нормы будут действовать только в субсидиарном порядке по отношению к нормам международных соглашений.

Для российских авиакомпаний регулирование будет осуществляться по российскому праву в соответствии с правилами о вынужденном отказе пассажира от воздушной перевозки и регулироваться положениями п. 2 ст. 108 Воздушного кодекса РФ и п. 227 Федеральных авиационных правил «Общие правила воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и требования к обслуживанию пассажиров, грузоотправителей, грузополучателей»<sup>20</sup> (далее — Федеральные авиационные правила воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов).

Перечень п. 227 указанных Правил не является исчерпывающим, поэтому перевозчик может признать отказ пассажира от перевозки вынужденным и в других случаях, в число которых стало принято вносить и отказ по причине отмены рейсов в результате пандемии COVID-19. При вынужденном отказе пассажира ему в полном объеме возвращается денежная сумма, уплаченная за перевозку, включая сборы, если перевозка ни на одном участке не была выполнена<sup>21</sup>.

Подводя итог возможному в масштабах статьи исследованию вопроса юрисдикции и расторжения договора международной воздушной перевозки, следует

<sup>19</sup> Канашевский В. А. Определение применимого права к договору международной воздушной перевозки пассажиров в российской судебной практике // Журнал российского права. 2015. № 10. С. 99—110.

<sup>20</sup> Утверждены приказом Минтранса России от 28 июня 2007 г. № 82 (ред. от 14 января 2019 г.).

<sup>21</sup> См.: Воздушный кодекс РФ, п. 2 ст. 108 ; Правила формирования и применения тарифов на регулярные воздушные перевозки пассажиров и багажа, взимания сборов в области гражданской авиации, п. 116 гл. XVI ; приказ Минтранса России от 25 сентября 2008 г. № 155 «Об утверждении Правил формирования и применения тарифов на регулярные воздушные перевозки пассажиров и багажа, взимания сборов в области гражданской авиации».



отметить, что обычный механизм частноправового урегулирования спорных ситуаций применительно к чрезвычайным условиям, подобным пандемии COVID-19, требует совершенствования и доработки. Достаточно отметить, что ни Воздушный кодекс РФ, ни Федеральные авиационные правила воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов не содержали норм, регулирующих вопросы вынужденного отказа от договора в условиях вирусной пандемии и фактически приходилось применять метод аналогии закона, использовать возможность открытого перечня обстоятельств и иных вспомогательных правовых инструментов.

Несомненно, с учетом первого опыта противостояния мировой пандемии регулирование этих вопросов следует учесть в действующем праве. Также видится необходимым обратить внимание на ведущую роль и значение права в условиях возрастания технического и информационного развития общества, глобализации информационных связей и коммуникации, при этом усиление регулирования и контроля должно сопровождаться адекватным усилением защиты прав пассажира и потребителя, а также прав человека в условиях современного информационно-технического развития.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Беляева Г. С.* Правовой режим в общетеоретическом измерении : монография. — М., 2013.
2. *Бордунов В. Д.* Международно-правовая унификация правил международных воздушных перевозок: теория и практика // Законодательство. — 2009. — № 1.
3. *Гречуха В. Н.* Транспортное право России : учебник для магистров. — М. : Юрайт, 2015. — 583 с.
4. *Канашевский В. А.* Определение применимого права к договору международной воздушной перевозки пассажиров в российской судебной практике // Журнал российского права. — 2015. — № 10. — С. 99—110.
5. Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М. : Проспект, 2000. — 656 с.
6. *Морозов С. Ю.* Транспортное право : учебник для академического бакалавриата. — 5-е изд., пер. и доп. — М. : Юрайт, 2019. — 305 с.
7. *Остроумов Н. Н.* Правовой режим международных воздушных перевозок : монография. — М. : Статут, 2015. — 211 с.
8. *Остроумов Н. Н.* Современный правовой режим международных воздушных перевозок вступил в силу для России // Закон. — 2017. — № 11. — С. 219—230.
9. *Садиков О. Н.* Правовое регулирование международных перевозок. — М., 1981.

## Отдельные вопросы международного частного права

### ГААГСКИЕ ПРАВИЛА АРБИТРАЖА ПО ДЕЛАМ БИЗНЕСА И ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

**Аннотация.** 12 декабря 2019 г. на симпозиуме, организованном Постоянной палатой третейского суда во Дворце мира в Гааге, Рабочая группа по делам бизнеса и прав человека под руководством профессора Бруно Симма объявила о завершении работы над Гаагскими правилами арбитража по делам бизнеса и прав человека.

Ожидается, что арбитраж, проводимый на основе данных Правил, станет эффективным механизмом разрешения споров, возникающих в связи с нарушением прав человека со стороны транснациональных корпораций, в том числе в регионах, где государственные суды недоступны или неэффективны ввиду их коррумпированности, подверженности политическому влиянию или недостаточной квалификации судей.

В связи с этим в статье предпринята попытка проанализировать положения данных Правил и оценить целесообразность их применения при разрешении споров, связанных с нарушением прав человека со стороны транснациональных корпораций (ТНК). По итогам проведенного анализа автор приходит к выводу о том, что принятие данного документа будет способствовать, во-первых, обеспечению эффективных средств правовой защиты для тех, чьи права были нарушены лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, и, во-вторых, выполнению ТНК обязательств, возложенных на них Руководящими принципами.

**Ключевые слова:** международный коммерческий арбитраж, разрешение споров, государственные суды, права человека, нарушение прав человека, транснациональные корпорации (ТНК), Руководящие принципы ООН, Гаагские правила.



**Олеся Федоровна  
ЗАСЕМКОВА,**

старший преподаватель  
кафедры правового  
моделирования  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
[zasemkova.olesya@mail.ru](mailto:zasemkova.olesya@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.139-148

**O. F. ZASEMKOVA,**

*Senior Lecturer, Department of Moot Court Competitions  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law)*

**zasemkova.olesya@mail.ru**

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **THE HAGUE RULES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS ARBITRATION**

**Abstract.** *On the 12th of December, 2019, at the symposium hosted by the Permanent Court of Arbitration in the Peace Palace in the Hague, professor Bruno Simma and the Business and Human Rights Arbitration Working Group officially launched the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration.*

*It is expected that arbitration based on this Rules will hold great promise as a method for resolving human rights disputes involving multinational business enterprises (MNEs), in particular, in regions where national courts are noneffective, corrupt, politically influenced or simply unqualified.*

*In this regard, the article attempts to analyze the main provisions of the Hague Rules and assess the appropriateness of its application for resolving human rights disputes involving business. Based on the results of the analysis, the author concludes that the adoption of this document, first, will provide a remedy for those affected by the human rights impacts of business activities, and second, can assist businesses to meet its responsibilities under the UN Guiding Principles.*

**Keywords:** *international commercial arbitration, dispute resolution, state courts, human rights, multinational business enterprises (MNEs), breach of human rights, UN Guiding Principles, Hague Rules.*

### **Введение**

В XXI в., условиях глобализации и интеграции, все бóльшую роль в мировой экономике начинают играть транснациональные корпорации (далее — ТНК), сосредоточившие в своих руках значительную экономическую мощь<sup>1</sup>. Зачастую их деятельность ведет к нарушению прав человека, что особенно характерно для компаний, работающих в развивающихся странах и систематически нарушающих трудовые и иные права работников. Одним из наиболее ярких примеров является произошедшее в 2013 г. в Бангладеш обрушение фабрики по пошиву

<sup>1</sup> См.: *Натапов С. Л.* Привлечение к ответственности транснациональных корпораций за нарушение норм международного права в области прав человека : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 3 ; *Арсеньев И. А.* Обеспечение прав человека в деятельности корпораций в европейском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 7—8.



одежды Rana Plaza<sup>2</sup>, в результате которого погибло более 1 200 человек<sup>3</sup>, еще 2 500 человек получили травмы<sup>4</sup>.

Общественный резонанс, возникший после этого и ряда других случаев, продемонстрировал необходимость возложения на ТНК обязанности по соблюдению прав человека и установлению ответственности за их нарушение, одновременно показав, что допущенные нарушения могут нанести существенный ущерб деловой репутации ТНК<sup>5</sup>.

В связи с этим в последние годы международным сообществом был разработан целый ряд документов, направленных на защиту прав человека от негативного воздействия со стороны ТНК. Одним из таких документов являются принятые Организацией Объединенных Наций Руководящие принципы по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека (далее — Руководящие принципы)<sup>6</sup>, которые, несмотря на свой рекомендательный характер, пользуются широким признанием и служат основой для определения политики в соответствующей области.

Так, согласно разделу I данного документа, государства должны обеспечить защиту прав человека от нарушений со стороны третьих лиц, включая предприятия. Более того, в разделе III «Доступ к средствам правовой защиты» (Access to Remedy) Руководящих принципов особо подчеркивается обязанность государств принимать надлежащие меры для защиты прав человека от связанных с осуществлением предпринимательской деятельности нарушений посредством судебных и иных мер и обеспечивать доступ потерпевших к эффективным средствам правовой защиты. Соответствующие положения содержатся и в иных документах (например, в Трехсторонней декларации принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики, Руководящих принципах ОЭСР для многонациональных предприятий и др.).

<sup>2</sup> Несмотря на полученное накануне трагедии сообщение об обнаружении трещин на фасаде здания и приказ эвакуировать всех находящихся в здании людей, руководство фабрики приказало сотрудникам продолжить работу.

<sup>3</sup> См.: Как трагедия сподвигла фэшн-марки защищать права рабочих // URL: <https://www.wonderzine.com/wonderzine/style/style/194871-bangladesh> (дата обращения: 04.01.2021); Бангладеш: обрушенная фабрика строилась с нарушениями // URL: [https://www.bbc.com/russian/international/2013/05/130523\\_bangladesh\\_probe](https://www.bbc.com/russian/international/2013/05/130523_bangladesh_probe) (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>4</sup> The Netherlands. Nudging Arbitration for Business and Human Rights Disputes // URL: <https://www.cilc.nl/nudging-arbitration-for-business-and-human-rights-disputes/> (дата обращения: 05.01.2021).

<sup>5</sup> Новые арбитражные правила для разрешения споров, связанных с нарушением прав человека со стороны бизнеса: призыв экспертов в области международного права // URL: <https://sccinstitute.com/ru/o-тпс/новости/2017/> (дата обращения: 06.01.2021); Improving Accountability and Access to Remedy for Victims of Business-Related Human Rights Abuse: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (A/HRC/32/19, 10 May 2016) // URL: [https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/A\\_HRC\\_32\\_19\\_AEV.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/A_HRC_32_19_AEV.pdf) (дата обращения: 06.01.2021).

<sup>6</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights // URL: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (дата обращения: 04.01.2021).



Несмотря на это, существующие механизмы разрешения споров зачастую оказываются неэффективными, в результате чего жертвы нарушения прав человека фактически лишаются доступа к правосудию<sup>7</sup>, и, соответственно, возможности защитить свои права<sup>8</sup>.

В таких условиях наиболее приемлемым способом разрешения споров, связанных с нарушением прав человека со стороны ТНК, был признан международный арбитраж<sup>9</sup>, способный выявить нарушения в тех регионах, где государственные суды недоступны или неэффективны ввиду их коррумпированности, подверженности политическому влиянию или недостаточной квалификации судей<sup>10</sup>. Наряду с этим, выбор арбитража в качестве способа урегулирования таких споров был обусловлен его преимуществами, ключевыми среди которых являются:

- 1) возможность выбора наиболее квалифицированных арбитров, имеющих опыт разрешения соответствующих споров;
- 2) скорость разрешения споров;
- 3) возможность принудительного исполнения вынесенного арбитражем решения фактически на территории всего мира, что обеспечивается за счет действия Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция)<sup>11</sup>.

Однако изучив правила и регламенты, применяемые в международном коммерческом арбитраже, специалисты пришли к выводу о том, что все они не учитывают особенностей споров, возникающих в сфере нарушения прав человека. Соответственно, необходимо разработать документ, который мог бы использоваться для рассмотрения таких споров арбитражем.

В связи с этим 12.12.2019 на симпозиуме, организованном Постоянной палатой третейского суда, Рабочая группа по арбитражу в сфере бизнеса и прав человека (Business and Human Rights Arbitration Working Group) представила документ,

<sup>7</sup> Новые арбитражные правила для разрешения споров, связанных с нарушением прав человека со стороны бизнеса: призыв экспертов в области международного права // URL: <https://sccinstitute.com> (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>8</sup> Так, в деле «*Kiobel v. Shell*», касающемся иска о привлечении ТНК к деликтной ответственности за пособничество и подстрекательство к совершению преступлений против общины Огони в Нигерии, истцы не могли ожидать справедливого и открытого суда в Нигерии, в связи с чем подали иск в суд США, который, однако, также отказался рассматривать данное дело. См.: Cronstedt C. Seminar March 23, 2017, on Business and Human Rights. The Swedish Branch of the International Law Association // URL: <https://sccinstitute.com/media/185188/claes-cronstedt.pdf> (дата обращения: 06.01.2021).

<sup>9</sup> The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration // URL: <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/> (дата обращения: 10.01.2021).

<sup>10</sup> Cronstedt C., Thompson R. An International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights // URL: <http://www.i4bb.org/news/TribunalV5B.pdf> (дата обращения: 06.01.2021).

<sup>11</sup> По состоянию на 09.01.2021 участниками Конвенции являются 166 государств. См.: Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) // URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf> (дата обращения: 09.01.2021).

получивший наименование Гаагских правил арбитража по делам бизнеса и прав человека (The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration)<sup>12</sup> (далее — Гаагские правила), призванный восполнить пробел, оставленный разделом III Руководящих принципов ООН<sup>13</sup>.

## Основные положения Гаагских правил

Как следует из преамбулы Гаагских правил, они могут применяться: во-первых, когда стороны договорились о проведении арбитража *ad hoc* в соответствии с данными Правилами; во-вторых, когда стороны согласились рассматривать спор в постоянно действующем арбитражном учреждении (ПДАУ), принявшем данные Правила; в-третьих, когда стороны согласились рассматривать возникающие между ними споры в ПДАУ на основе данных Правил.

Сфера действия Гаагских правил определена достаточно широко. Согласно ст. 1 они применяются, если стороны договорились о том, что все споры, возникающие между ними, разрешаются на основе данных Правил. При этом не имеет значения, кто является истцом и ответчиком, носят ли отношения, из которых возник спор, договорный или внедоговорный характер<sup>14</sup>. Иными словами, сторонами спора, рассматриваемого в соответствии с Гаагскими правилами, могут являться как субъекты предпринимательской деятельности, так и физические лица, профсоюзы, государства, государственные образования, международные организации, а также любые иные лица.

Для применения Гаагских правил также необязательно квалифицировать спор как относящийся к предпринимательской деятельности и правам человека, если стороны договорились разрешать спор в соответствии с данным документом. Более того, сами Правила не раскрывают содержание терминов «бизнес» и «права человека». Как отмечают разработчики Гаагских правил, это было сделано намеренно, в целях максимально широкого толкования данных терминов, которые должны пониматься, по крайней мере, в том объеме, в каком они понимаются в контексте Руководящих принципов ООН<sup>15</sup>.

В то же время, несмотря на то, что Гаагские правила направлены на устранение барьеров для доступа к правосудию, арбитраж возможен только в тех случаях, где разумно предположить, что все стороны имеют в своем распоряжении

<sup>12</sup> The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. December 2019 // URL: [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration\\_CILC-digital-version.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf) (дата обращения: 06.01.2021).

<sup>13</sup> The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration // URL: <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/> (дата обращения: 06.01.2021).

<sup>14</sup> Introductory Note — The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. December 2019 // URL: [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration\\_CILC-digital-version.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf) (дата обращения: 04.01.2021).

<sup>15</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights // URL: [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf) (дата обращения: 08.01.2021).



хотя бы минимальные ресурсы для покрытия основных расходов на арбитраж и представление своих интересов (либо у них есть возможность получить юридическую помощь, либо привлечь третьих лиц к финансированию разбирательства, либо ими было заключено соглашение об асимметричном распределении расходов между сторонами), что может стать препятствием на пути подачи иска потерпевшими<sup>16</sup>.

Процесс разрешения споров по Гаагским правилам во многом аналогичен рассмотрению споров международным коммерческим арбитражем, что обусловлено тем фактом, что в основу данного документа был положен Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2013 г.<sup>17</sup> с модификациями, необходимыми для адаптации Правил под нужды арбитража споров, связанных с нарушением прав человека. Каждая статья сопровождается комментариями, которые содержат краткую предысторию ее разработки и поясняют мотивы отступлений от положений Регламента ЮНСИТРАЛ.

Необходимым условием рассмотрения спора из нарушения прав человека арбитражем является наличие арбитражного соглашения, которое может быть заключено как до (например, путем включения соответствующей оговорки в контракт), так и после возникновения спора (в виде третейской записи или компромисса). Еще один возможный вариант — включение арбитражной оговорки в текст многостороннего соглашения о защите прав человека. Соответствующее положение предусмотрено, например, в ст. 5 Соглашения о пожарной безопасности и безопасности зданий в Бангладеш<sup>18</sup>, заключенного после обрушения фабрики Rana Plaza в целях создания программы пожарной безопасности для работников текстильной промышленности<sup>19</sup>. Тексты типовых оговорок, предназначенных для передачи споров в арбитраж, содержатся в Приложении к тексту Гаагских правил<sup>20</sup>.

Само разбирательство во многом аналогично арбитражу, проводимому по регламенту любого постоянно действующего арбитражного института с некоторыми отступлениями. Разбирательство инициируется путем подачи уведомления

<sup>16</sup> *Dautaj Y.* Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here! // URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/26/> (дата обращения: 09.01.2021).

<sup>17</sup> Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров // URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-R.pdf> (дата обращения: 09.01.2021).

<sup>18</sup> Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh // URL: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf> (дата обращения: 02.01.2021).

<sup>19</sup> Одним из первых решений, принятых в соответствии с данным Соглашением, стало решение по делу *Industri ALL Global Union and UNI Global Union*, вынесенное Постоянной палатой Третейского суда. См.: Bangladesh Accord Arbitrations. Case № 2016-36 // URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/152/> (дата обращения: 02.01.2021).

<sup>20</sup> Annex — Model clauses // URL: [https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration\\_CILC-digital-version.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf) (дата обращения: 04.01.2021).

об арбитраже. После обмена процессуальными документами начинается формирование состава арбитража. Спор рассматривается одним или тремя арбитрами, которых (при отсутствии соглашения сторон об обратном) назначает Генеральный секретарь Постоянной палаты третейского суда.

В качестве арбитров назначаются лица, обладающие высокими моральными качествами, соответствующие требованиям беспристрастности и независимости, содержание которых раскрывается в Кодексе поведения арбитров, являющемся приложением к Гаагским правилам. Наряду с этим, лицо, назначаемое председателем состава арбитража, должно иметь опыт разрешения международных споров и обладать знаниями в области прав человека, а также иметь иную национальную принадлежность, чем стороны спора (ст. 6, 11 Гаагских правил).

При этом по письменному запросу любой из сторон и при условии согласия арбитража и Генерального секретаря Постоянной палаты третейского суда Палата также выполняет функции секретариата.

При наличии обстоятельств, свидетельствующих о возможности уничтожения доказательств и отчуждения активов (за счет которых впоследствии, вероятно, будет исполняться решение), сторона вправе подать ходатайство о назначении чрезвычайного арбитра, который может принять решение о введении обеспечительных мер еще до формирования состава арбитража (ст. 31 Гаагских правил).

Сроки назначения такого арбитра сопоставимы со сроками, предусмотренными регламентами ведущих арбитражных институтов, — максимум два дня с момента подачи ходатайства<sup>21</sup>. При этом в целях предотвращения подачи необоснованных заявлений о принятии чрезвычайных мер Правила устанавливают, что принятые меры будут отменены, если заявление об арбитраже не будет подано в течение 10 дней с момента подачи ходатайства о назначении чрезвычайного арбитра.

После формирования состава арбитража стороны также наделяются правом заявить определенные ходатайства.

Во-первых, согласно ст. 26 Гаагских правил по заявлению одной из сторон арбитры вправе провести «упрощенное разбирательство», в ходе которого будет рассмотрено заявление о необоснованности вопроса права или факта, имеющего существенное значение для разрешения спора<sup>22</sup>. Введение данного правила обусловлено необходимостью предотвращения предъявления

<sup>21</sup> Для сравнения: в Гонконгском арбитражном институте (HKIAC) и Сингапурском международном арбитражном центре (SIAC) данный срок составляет 24 часа с момента подачи заявления о назначении чрезвычайного арбитра, а в Арбитраже Международной торговой палаты — два дня. См.: ICC 2021 Arbitration Rules // URL: [https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/rules-of-arbitration-2021/#article\\_d6](https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/rules-of-arbitration-2021/#article_d6) (дата обращения: 04.01.2021) ; Засемкова О. Ф. Гонконгский международный арбитражный центр: первый иностранный арбитраж в России // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА. 2019. № 3 (40). С. 28.

<sup>22</sup> Аналогичные положения содержатся в регламентах ведущих арбитражных институтов, таких как Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма (SCC), Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC) и Гонконгский международный арбитражный институт (HKIAC).



необоснованных исков, которые могут повлечь за собой дорогостоящее разбирательство и нанести ущерб деловой репутации стороны, а также предъявления необоснованных возражений, которые могут использоваться как средство затягивания процесса.

Во-вторых, в целях предотвращения существенного нарушения прав человека, а также отчуждения активов и уничтожения доказательств арбитры вправе принять обеспечительные меры (ст. 30 Гаагских правил), перечень которых не является исчерпывающим, а также установить штрафы за их нарушение (при условии, что применимое национальное законодательство предусматривает такую возможность).

Наряду с этим, Гаагские правила содержат положения, посвященные присоединению дополнительной стороны к разбирательству, ускоренному разбирательству, финансированию арбитража третьими лицами и др.

Согласно ст. 18 и ст. 33 Гаагских правил разбирательство, а также слушания проводятся так, как сочтут наиболее подходящим арбитры, при условии обеспечения равного отношения к сторонам и предоставления им разумных возможностей для представления своей позиции по делу. При этом арбитры должны руководствоваться наилучшими практиками, сложившимися в сфере разрешения споров<sup>23</sup> и защиты прав человека<sup>24</sup>, и действовать таким образом, чтобы избежать ненужных издержек, промедлений, а также обеспечить справедливое, эффективное, приемлемое и совместимое со стандартами прав человека разбирательство.

Важной особенностью Гаагских правил является также предоставленная арбитрам возможность принять особые меры по защите свидетелей (ст. 33), включая неразглашение сведений о личности и местонахождении данных лиц и лиц, связанных с ними, что обеспечивается путем удаления идентифицирующих их сведений из публично доступных записей либо установления запрета на публикацию документов, содержащих такие сведения, использование устройств, изменяющих внешность и голос свидетелей, и т.д.

Особое место в документе отводится вопросу прозрачности разбирательства, что обусловлено влиянием Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров<sup>25</sup>, являющихся частью Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в ред. 2013 г.), который был взят за основу при разработке Гаагских правил. Так, согласно ст. 40 Правил основные документы (уведомление об арбитраже, исковое заявление, отзыв на иск; список приложений к указанным документам, а также к

<sup>23</sup> См.: UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

<sup>24</sup> См.: The Rules of Procedure of the Complaints and Dispute Mechanism of the Agreement on Sustainable Garment and Textile, the International Human Rights Fact-Finding Guidelines (The Lund London Guidelines), the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court.

<sup>25</sup> Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров // URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-R.pdf> (дата обращения: 04.01.2021).



отчетам экспертов и показаниям свидетелей; равно как и приказы, постановления и решения состава арбитража) должны быть публично доступны.

Кроме того, в отличие от регламентов ведущих арбитражных институтов, предписывающих проведение закрытых слушаний (что необходимо в целях обеспечения конфиденциальности, являющейся краеугольным камнем международного коммерческого арбитража), Гаагские правила предусматривают проведение открытых слушаний, позволяя делать исключения лишь для тех случаев, когда необходимо озвучить конфиденциальную или иную, не подлежащую разглашению информацию (ст. 41).

Гаагские правила, как и регламенты ведущих арбитражных институтов, в качестве основного правила выбора применимого права закрепляют автономию воли (*lex voluntatis*), а при отсутствии соглашения сторон предписывают применение одного из наиболее популярных методов — *voie directe*, предусматривающего определение арбитрами применимого права без обращения к коллизионным нормам<sup>26</sup> (ст. 46).

При этом содержащееся в Правилах указание на применение как права (*law*), так и норм права (*rules of law*) и даже стандартов (*standards*) означает практически ничем не ограниченную свободу выбора применимых источников регулирования, предполагающую возможность применения не только законодательства какого-либо государства, но и *lex mercatoria*, а также различных стандартов, касающихся прав человека и содержащихся в различных отраслевых кодексах поведения и пр. При наличии прямого указания сторон арбитры также вправе решать спор в качестве дружеских посредников (*amiable compositeur*) и «по добру и справедливости» (*ex aequo et bono*) (ст. 46 Гаагских правил).

Решение принимается простым большинством голосов арбитров и выносится в письменной форме. При этом арбитраж может вынести решение как о присуждении денежной компенсации, принесении извинений, реституции, реабилитации, так и о недопущении нового ущерба (например, посредством введения судебного запрета или «гарантий неповторения»). Решение должно содержать мотивы, на которых оно основывается, а также быть совместимым с правами человека.

При этом в целях обеспечения возможности признания и приведения в исполнение вынесенных по делам о нарушении прав человека решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. ст. 1 Гаагских правил провозглашает любой спор, передаваемый на рассмотрение арбитража в соответствии с данными Правилами, возникшим в результате коммерческих отношений или сделки для целей статьи I Нью-Йоркской конвенции.

## Заключение

Подводя итог вышеизложенному, отметим, что принятие Гаагских правил должно способствовать, во-первых, обеспечению эффективных средств правовой защиты для тех, чьи права были нарушены лицами, осуществляющими предприниматель-

<sup>26</sup> См.: Засемкова О. Ф. О методах определения применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии соглашения сторон: косвенный подход // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4. С. 217—222.

скую деятельность, и, во-вторых, выполнению ТНК обязательств, возложенных на них разделами II и III Руководящих принципов ООН, Трехсторонней декларацией и Руководящими принципами ОЭСР.

Будут ли достигнуты поставленные разработчиками данного документа цели, покажет время. Однако уже сегодня можно сделать вывод о том, что разработка данного документа находится в русле современных тенденций расширения числа споров, передаваемых на рассмотрение арбитража.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Арсеньев И. А.* Обеспечение прав человека в деятельности корпораций в европейском праве : дис. ...канд. юрид. наук. — М., 2019. — 226 с.
2. *Засемкова О. Ф.* Гонконгский международный арбитражный центр: первый иностранный арбитраж в России // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА. — 2019. — № 3(40). — С. 25—32.
3. *Засемкова О. Ф.* О методах определения применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии соглашения сторон: косвенный подход // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 4. — С. 217—222.
4. *Наманов С. Л.* Привлечение к ответственности транснациональных корпораций за нарушение норм международного права в области прав человека : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2011. — 152 с.
5. *Cronstedt C.* Seminar March 23, 2017, on Business and Human Rights. The Swedish Branch of the International Law Association // URL: <https://sccinstitute.com/media/185188/claes-cronstedt.pdf>.
6. *Cronstedt C., Thompson R.* An International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights // URL: <http://www.l4bb.org/news/TribunalV5B.pdf>.
7. *Dautaj Y.* Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here! // URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/26/roll-out-the-red-carpet-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-are-finally-here/>.
8. *Dunmore C.* International Arbitration of Business and Human Rights Disputes // URL: <https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-1-introducing-the-proposal>.
9. *Vidyarathi A.* Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: What Lies Ahead? // The American Review of International Arbitration. — 2020. — № 28. — URL: <http://aria.law.columbia.edu/hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-what-lies-ahead/>.
10. *Vodă C.* Resolving Business and Human Rights Disputes — Is Arbitration the Way to Go? // Zeitschrift für Europarechtliche Studien. — 2020. — Vol. 23. — Is. 3. — P. 465—488.

## ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ — ПРАВИЛО ИЛИ ИСКЛЮЧЕНИЕ?

**Аннотация.** В статье указывается на то, что главенствующую роль интересов публичного порядка в международном частном праве в XVII в. высветили голландские коллизионисты. Установлено, что общее правило, базирующееся на ущербе/последствиях для интересов, коллидирующих в правоотношении публичных порядков (аксиома Ульрика Губера), вытекает из логики правового регулирования. Делается вывод о том, что главной особенностью метода разрешения коллизий в международном частном праве является консеквенциальный подход — оценка последствий для интересов публичных порядков, затронутых трансграничным правоотношением. В связи с этим отмечается, что позитивная и негативная оговорки о публичном порядке являются не исключением, а составляют вместе с коллизионной нормой, отсылающей к иностранному праву, общее правило, определяющее суть всего механизма коллизионного регулирования. В исследовании выделены два основных подхода в закреплении концепции публичного порядка в коллизионном регулировании — европейский и североамериканский. Делается вывод о том, что создание законодателем на основе интересов публичного порядка новых и изменение действующих норм, учет судьей ущерба/последствий применения коллизионных норм для публичных интересов, коллидирующих в правоотношении правопорядков, — определяют ведущее место концепции публичного порядка в общем правиле определения применимого права.

**Ключевые слова:** международное частное право, публичный интерес, публичный порядок, общее правило, исключение, последствия, позитивная оговорка, негативная оговорка, метод разрешения коллизий, консеквенциальный подход.



**Андрей Анатольевич  
ШУЛАКОВ,**  
доцент кафедры  
международного частного  
права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических  
наук, доцент  
**docent-law@rambler.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.149-159

**A. A. SHULAKOV,**

Associate Professor, Department of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law), Associate Professor  
[docent-law@rambler.ru](mailto:docent-law@rambler.ru)  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### PUBLIC ORDER IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW — RULE OR EXCEPTION?

**Abstract.** *The article points out that the dominant role of the interests of public order in private international law in the 17th century was highlighted by Dutch collisionists. It has been established that the general rule based on the damage / consequences to interests conflicting in the legal relationship of public order (Ulrik Huber's axiom) follows from the logic of legal regulation. It is concluded that the main feature of the method of resolving conflicts in private international law is a consequential approach — assessing the consequences for the interests of public order affected by the cross-border legal relationship. In this regard, it is noted that positive and negative clauses on public order are not an exception, but together with a conflict of laws rule referring to foreign law, a general rule that determines the essence of the entire conflict regulation mechanism. The study highlights two main approaches to consolidating the concept of public order in conflict regulation — European and North American. It is concluded that the creation by the legislator based on the interests of public order of new ones, changing the existing norms, taking into account by the judge the damage / consequences of the application of conflict of laws for public interests that are conflicting in the legal relationship of law and order, determine the leading place of the concept of public order in the general rule for determining the applicable law.*

**Keywords:** *private international law, public interest, public order, general rule, exception, consequences, positive clause, negative clause, collision resolution method, consequential approach.*

Главенствующую роль интересов публичного порядка в международном частном праве (МЧП) впервые высветили великие голландцы. В работе «О коллизии законов в различных государствах» (*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*) Ульрик Губер (1636—1694) сформулировал умозаключение, подытоженное в третьей его части аксиомой (axiomata): «Суверены государств в своих действиях руководствуются уважением (*comiter agunt*) к тому положению, что законы каждого народа, после того как они были применены в пределах границ его собственной страны, сохраняют свою силу повсюду, при условии, что власть или права другого суверена или его граждан этим не нарушаются»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Цит. по: Вольф М. Международное частное право. М. : Иностранная литература, 1948. С. 42—43. См. также: Lorenzen Ernest G. Huber 's De Conflictu Legum. Yale Law School.

Указанная аксиома, ставшая заключительной частью силлогизма У. Губера, вытекала из двух посылок знаменитой глоссы Аккурсия (1185—1263): (1) по мысли императоров, закон обязателен для тех народов, которыми они правят, (2) следовательно, для тех, кто им не подвластен, закон не обязателен<sup>2</sup>.

На базе этих двух основанных на логике и опыте посылок У. Губер создал свой парафраз, легший на прочный фундамент появившейся к тому времени доктрины суверенитета Ж. Бодена (1530—1596). В результате предположение глоссатора, связанное с территориальными пределами власти императоров, превратилось у Губера в общепризнанное «суверены государств в своих действиях руководствуются».

Значение голландской доктрины заключается в том, что, опираясь на концепцию суверенитета, она не только ответила на главные вопросы МЧП, сформулированные в глоссе Аккурсия, но и установила, до каких пределов вообще действует иностранное право на территории другого государства.

В дальнейшем принцип, базирующийся на *ущербе/последствиях для интересов публичного порядка от применимого права (принцип У. Губера)*, был закреплен в европейском законодательстве в качестве оговорки о публичном порядке (например, в ст. 30 Германского Гражданского уложения 1896 г.)<sup>3</sup>. В законодательстве США правило об учете ущерба интересам публичного порядка было положено в основу всего механизма коллизионного регулирования, определив тем самым содержание принципа наиболее тесной связи (Второй свод законов о конфликтах законов (1971 г.)<sup>4</sup>; ст. 3515 «Определение применимого права; общее и остаточное правило» Гражданского кодекса Луизианы 1825 г. (в редакции Закона 1991 г.))<sup>5</sup>.

Важно подчеркнуть, что все три принципа были сформулированы У. Губером как *аксиомы*, касающиеся законов *каждого* государства, *каждого* народа, т.е. как абстрактные, общие и универсальные для *всех* государств правила. В соответствии с теорией права формулировки правил со словом «все», «всё» (определятельное местоимение) относятся к *общим правилам*<sup>6</sup>.

1-1-1919. Р. 200 ; *Мандельштам А. Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. С.Пб. : Типография А. Бенке, 1900. Т. I : Кодификация международного частного права. § 3. Губеръ. С. 89—90.

<sup>2</sup> *Луиц Л. А.* Курс международного частного права : в 3 т. М. : Спарк, 2002. С. 124.

<sup>3</sup> Г. К. Дмитриева отмечает, что представление об институте оговорки о публичном порядке, начало которому положила голландская школа международного частного права, совершенствовалось, но суть его осталась неизменной. См.: *Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой.* М. : Проспект, 2000. С. 160.

<sup>4</sup> *Kermit Roosevelt and Bethan Jones.* What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do. Part of: *Third Restatement of Conflict of Laws.* Published online by Cambridge University Press: 20 January 2017. Р. 141.

<sup>5</sup> См.: *Шулаков А. А.* Принципы голландской коллизионной доктрины и законодательство США и европейских стран по международному частному праву // *Lex russica.* 2018. № 11. С. 117—125.

<sup>6</sup> *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М. : Юрид. лит., 1989. С. 131, 202.



Общее правило, базирующееся на *ущербе/последствиях* для интересов публичного порядка от применимого права, сформулированное в голландской доктрине, вытекает из логики правового регулирования. Как известно, определение подлежащего применению права из нескольких участвующих в правоотношении правопорядков в каждом «конкретном случае» — составляет суть МЧП<sup>7</sup>. И если по *внутренним правоотношениям* (правоотношениям без иностранного элемента) судья «подводит конкретный случай под абстрактную норму и решает его, т.е. силою государственного авторитета устанавливает этот случай и связанные с ним правовые *последствия*, которые должны быть признаны и реализованы»<sup>8</sup>, то в *трансграничных правоотношениях* законодатель, а зачастую и сам судья, когда такое право ему предоставлено законом, сравнивает, взвешивает *ущерб последствия* от применимого права для интересов/ценностей не только *отечественного, но и других коллидирующих в правоотношении правопорядков*.

Таким образом, международное частное право, поэтически определенное Э. Бартемом как «проекция идеи родины в частнопроводные отношения», под видом коллизий законов разрешает коллизии цивилизаций и культур, коллизии о справедливости у разных народов. Причиной коллизии законов является коллизия суверенитетов<sup>9</sup>. Указанные коллизии выражаются в нормах, сталкивающихся в трансграничном правоотношении правопорядков (публичных порядков). Выбор права того или иного из коллидирующих в трансграничном правоотношении публичных порядков составляет суть международного частного права.

Давая характеристику публичному порядку в международном частном праве, выдающийся российский коллизионист М. И. Брун указывал на то, что «*публичным порядком диктуются и существование правила, и исключения*»<sup>10</sup>. Происходит это, отмечал М. И. Брун, потому, что «публичный порядок есть нечто иное, как воля самого законодателя», указывающая судье на правила применения или неприменения иностранного закона. В связи с этим публичный порядок представляет, по сути, синоним требования законодателя и господствует не только в конфликтном праве, но во всех отраслях права.

Публичный порядок называют высшим принципом права, целью в праве, идеей права. Фигурирующее издавна в доктрине МЧП указание о том, что введение в законодательство новых или изменение, преобразование существующих коллизионных норм «делается во имя публичного порядка», представляющего собой

<sup>7</sup> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М. : Международные отношения, 2001. С. 323.

<sup>8</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве / вступ. ст. И. Ю. Козлихина. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2004. С. 583.

<sup>9</sup> Барте Э. Основы международного частного права согласно французскому законодательству и судебной практике / пер. с франц. Д. В. Тариканова. М. : Статут, 2019. Т. 1. С. 7, 9, 50.

<sup>10</sup> Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве. Пг. : Сенатская типография, 1916. С. 76.



«складочное место, где прилежный искатель найдет большой запас новых коллизионных норм»<sup>11</sup>, получило подтверждение в законодательстве<sup>12</sup>.

В европейской и американской доктринах (Фр. Кан, М. И. Брун, Ф. Вишер, Я. Нойак, У. Риз, Р. Крамер, М. Цепенфельд, С. Симеонидес и др.) отмечается, что интересы публичного порядка не только диктуют законодателю создание на их основе сначала односторонних, а затем и двусторонних коллизионных норм<sup>13</sup>, но и позволяют правоприменителю корректировать с помощью защитных оговорок о публичном порядке это коллизионное регулирование<sup>14</sup>.

В отечественной доктрине отмечается, что в основе законодательной политики лежат общие, фундаментальные интересы государства. Цель нормы — выражение законодательной политики в свете конкретных фактических обстоятельств дела<sup>15</sup>. Очевидно, что создание новых норм МЧП, коррекция действующего коллизионного регулирования осуществляются на основе сверки с интересами публичного порядка<sup>16</sup>, чему в значительной степени способствует и доктрина, основанная на ценностях отечественного правопорядка<sup>17</sup>.

*Запрет* применения иностранного права, выраженный в оговорке о публичном порядке, *предписания* сверхимперативных материальных норм, односторонних и двусторонних императивных коллизионных норм, *дозволения* двусторонних

<sup>11</sup> Брун М. И. Указ. соч. С. 76.

<sup>12</sup> Так, например, Кодекс Бустаманте (ст. 3) подразделяет нормы МЧП по сферам публичного порядка, а ст. 28 Кодекса международного частного права Туниса 1998 г. закрепляет правило, в соответствии с которым императивные коллизионные нормы являются нормами публичного порядка.

<sup>13</sup> В частности, *односторонняя коллизионная норма* ст. 3 ГК Франции, подчиняющая французскому закону правовой режим недвижимости, была основана на *публичном интересе, политике*, связанной с защитой суверенитета. Посредством толкования этой нормы судебная практика Франции вывела *двустороннее коллизионное правило lex rei sitae*.

<sup>14</sup> Шулаков А. А. Публичный порядок в международном частном праве и проблемы толкования и применения сверхимперативных и императивных норм // *Lex russica*. 2018. № 4. С. 88.

<sup>15</sup> Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник для бакалавров. М. : Юрайт, 2012. С. 185.

<sup>16</sup> Шулаков А. А. Еще одна современная тенденция развития коллизионных норм // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2015. № 2. С. 57—60.

<sup>17</sup> *Публичный интерес защиты нравственности*, закрепленный в п. 3 ст. 55 Конституции России, *диктует законодателю политику*, в том числе и в сфере международного усыновления. Так, например, законодателем в Семейный кодекс РФ в 2015 г. была внесена сверхимперативная норма, исключающая из числа усыновителей лиц, состоящих в однополых союзах (ч. 13, п. 1 ст. 127 СК РФ). Указанная формулировка справедливо была признана в доктрине В. А. Канашевским неполной и в связи с этим некорректной и неудачной. Допуск к усыновлению, отметил ученый, должен быть запрещен не только лицам, состоящим в однополых союзах, но и лицам, состоящим в однополых партнерствах, даже если согласно иностранным законам они вправе усыновлять детей (*Канашевский В. А. Вопросы публичного порядка и квалификация при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом* // *Журнал российского права*. 2018. № 5. С. 61—62).



диспозитивных коллизионных норм<sup>18</sup> — все составные части метода правового регулирования<sup>19</sup>, они основаны на учете последствий применения того или иного права для интересов публичного порядка страны суда и других коллидирующих в правоотношении правопорядков. Выбор применимого права (интенсивность привязки в МЧП) определяется правом того государства, публичным интересам/ценностям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу (*принцип наиболее тесной связи*).

Таким образом, главной особенностью метода разрешения коллизий в МЧП, коллизионного метода<sup>20</sup>, определяющего выбор применимого права и для законодателя, и для правоприменителя, является оценка *последствий* (лат. *consequentia*) для интересов публичных порядков, затронутых трансграничным правоотношением (консеквенциальный подход)<sup>21</sup>.

Важно отметить, что в доктрине МЧП всегда различали *публичный порядок как целое* («устои правовой системы и коренные интересы общества и государства, основы морали»<sup>22</sup>) и *защитную оговорку об этом порядке как особое условие*, ограничивающее действие иностранного права. Указывалось на неверность сведения некоторыми коллизионистами законов публичного порядка только к оговорке о публичном порядке (*только к тем, которые вносят исключение в правило, по которому компетентен иностранный закон*). «В этом значении, — отмечает М. И. Брун, — публичный порядок есть не более как подушка, на которой засыпают ленивые умы»<sup>23</sup>. В противном случае, указывает М. И. Брун, появилась бы возможность выделить некоторые материально правовые нормы в особую группу, как специфические законы публичного порядка.

Однако выделить законы публичного порядка, собираемые под ярлыком «*исключения из коллизионных правил*», невозможно, поскольку они не имеют общего признака, как по своему содержанию, так и по их конфликтному эффекту. В последнем случае нужно знать, существует ли для их применения соответствующая привязка<sup>24</sup>.

С учетом существующего на планете многообразия публичных порядков (правопорядков) предсказать последствия действия всех иностранных норм, закрепив заранее для этих нужд в законодательстве страны суда соответствующие нормы публичного порядка, невозможно. В связи с этим попытки ряда ученых

<sup>18</sup> Правила выбора сторонами применимого права в диспозитивных коллизионных нормах также продиктованы публичным порядком: «Прежде чем спрашивать, что желают стороны, необходимо установить, что они могут желать» (*Раале Л.* Международное частное право. М.: Иностранная литература, 1960. С. 426).

<sup>19</sup> *Сорокин В. Д.* Избранные труды. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2005. С. 390.

<sup>20</sup> Международное частное право: учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. С. 15.

<sup>21</sup> *Шулаков А. А.* Консеквенциальный метод в международном частном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 1. С. 100—108.

<sup>22</sup> Международное частное право: учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. С. 162.

<sup>23</sup> *Брун М. И.* Указ. соч. С. 75.

<sup>24</sup> *Брун М. И.* Указ. соч. С. 75—76

дать полный перечень правовых норм, входящих в понятие «законы публичного порядка», в современной доктрине признаются наивными<sup>25</sup>.

Вместе с тем законодатель старается обеспечить, насколько это возможно, справедливое, объективное регулирование правоотношений с иностранным элементом, используя для этого весь механизм, все средства коллизионного регулирования. Указанной цели в современном МЧП в том числе служат как позитивная, так и негативная защитные оговорки о публичном порядке, основанные на публичном интересе<sup>26</sup>.

Имеющаяся в доктрине МЧП точка зрения на оговорку о публичном порядке как на исключение изначально была связана с надеждами на сглаживание различий между правопорядками стран мира. Так, Ф. К. Савиньи, выделивший в XIX в. два обстоятельства, вытесняющих иностранное право и сформировавших впоследствии позитивную и негативную оговорки о публичном порядке<sup>27</sup>, считал их исключениями из коллизионных правил. Ученый высказывал надежду на то, что «количество таких исключительных случаев в результате естественного правового развития народов будет постоянно уменьшаться»<sup>28</sup>.

Работа в этом направлении велась в рамках Гаагских конференций 1898, 1894, 1900 и 1904 гг. Многие правоведы того времени считали, что коллизионные нормы будут в дальнейшем настолько отточены законодателем, что коррекция с помощью оговорки о публичном порядке коллизионной нормы не понадобится. В связи с этим, в частности, М. И. Брун предсказывал предстоящую гибель (*morituru*) оговорки о публичном порядке<sup>29</sup>. Последнее оказалось невозможным и не только в силу сложившихся в течение веков разнообразных правовых систем, основанных на несовпадающих ценностях/интересах публичного порядка, но и потому, что сами страны активно и достаточно часто меняют свои ценности.

В середине XX в. Мартин Вольф констатировал, что, вопреки ожиданиям Савиньи, число «исключительных случаев» вытеснения иностранного права в мире значительно расширилось<sup>30</sup>. И, наконец, немецкий коллизионист Лео Раапе указав на то, что оговорка о публичном порядке «прикреплена к каждой коллизионной норме, отсылающей к иностранному праву», является ее составной частью, как «засов к воротам»<sup>31</sup>, по сути, признал, что такое «исключение» является неотъемлемой частью правила.

<sup>25</sup> Луц Л. А. Указ. соч. С. 271.

<sup>26</sup> См.: Регламент ЕС «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» Рим I (2008). П. 37 преамбулы и ст. 9 ; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». П. 10 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 10. С. 5 (далее — постановление Пленума Верховного Суда РФ (2019)).

<sup>27</sup> Шулаков А. А. Становление концепции публичного порядка в современном международном частном праве // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 10. С. 88—99.

<sup>28</sup> Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Berlin, 1849. Bd. 8. S. 38.

<sup>29</sup> Брун М. И. Указ. соч. С. 82.

<sup>30</sup> Вольф М. Указ. соч. С. 190.

<sup>31</sup> Раапе Л. Указ. соч. С. 98



В современной немецкой доктрине и практике оговорке о публичном порядке отведена та же первостепенная роль. В соответствии со ст. 6 Вводного закона к ГГУ перед применением иностранного права, чтобы избежать нарушения публичного порядка, «постоянно требуется» проводить предварительное сравнение с немецким правом<sup>32</sup>.

Применение иностранного права с постоянной оглядкой на отечественный публичный порядок возводит последний к главному, а не к второстепенному правилу. Включение в законодательство всех стран мира правил, базирующихся на *ущербе/последствиях* для интересов публичного порядка от применимого права, свидетельствует о том, что оговорка о публичном порядке, вопреки предсказаниям ряда ученых конца XIX — начала XX в. на сегодняшний день «живеет всех живых».

Важно подчеркнуть, что формулировка в законодательстве в п. 1 ст. 1193 ГК РФ защитной оговорки *как предположения* (в исключительных случаях норма иностранного права не применяется, когда последствия ее применения явно *противоречили бы* основам правопорядка — публичному порядку) с точки зрения теории права является не исключением, а частью общего правила. Как отмечает С. С. Алексеев, перечень конкретных исключений из общего правила («все», «все») законодатель закрепляет чаще всего исчерпывающе. «Исключения не могут предполагаться, они всегда должны быть точно указаны»<sup>33</sup>.

Таким образом, защитная оговорка о публичном порядке представляет собой не исключение, а составляет вместе с коллизионной нормой, указывающей на иностранное право, — общее правило, определяющее суть всего механизма коллизионного регулирования. Такое общее правило, как уже отмечалось, определяет, в частности, в рамках одной статьи все коллизионное регулирование в ГК Луизианы (ст. 3515).

Если исходить из указанного выше постулата теории права, то исчерпывающе публичный порядок диктует исключения из правила, в частности в некоторых нормах об обратной отсылке<sup>34</sup>. Например, ст. 4 Закона Черногории о международном частном праве (2013 г.) определяет *шесть случаев недопустимости обратной отсылки* (правовое положение юридических лиц и организационных форм без статуса юридического лица; форма сделок; выбор применимого права; алиментные обязательства; договорные и внедоговорные отношения), а п. 2 ст. 1190 ГК РФ *допускает обратную отсылку* к российскому праву только в сфере, определяющей правовой статус физического лица. Еще одним примером исключений из общего правила являются нормы Книги 10 «Международное частное право» Гражданского кодекса Нидерландов 2011 г. (ст. 29 «Заключение брака, противоречащего голландскому публичному порядку»; ст. 32 «Признание иностранного брака несовместимого с голландским публичным порядком» и др.)<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ. соч. С. 325.

<sup>33</sup> Алексеев С. С. Указ. соч. С. 131, 202.

<sup>34</sup> Л. А. Лунц отмечает, что обратная отсылка действует так же, как оговорка о публичном порядке: она ограничивает действие отечественной коллизионной нормы по соображениям целесообразности (см.: Лунц Л. А. Указ. соч. С. 307).

<sup>35</sup> Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права». URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/EErr> (дата обращения: 10.12.2020).

Следует выделить два основных подхода в закреплении ведущей роли концепции публичного порядка в коллизионном регулировании — европейский и североамериканский.

В законодательстве по МЧП стран Европы правило о защите публичного порядка, основанное на императивных нормах закона и добрых нравах, издавна (ст. 6 ГК Франции 1804 г., ст. 30 ГГУ 1896 г.) играет роль корректора коллизионного регулирования страны суда. Вместе с тем, с учетом современного законодательства, судья посредством сверхимперативных норм не только обязан защищать публичные интересы своей страны, но и может принять во внимание сверхимперативные нормы, защищающие публичные интересы других стран, тесно связанных с отношением (ст. 1192 ГК РФ; ст. 13 Закона о МЧП Венгрии; ст. 8 Закона о МЧП Польши; ст. 18, 19 Закона о МЧП Швейцарии и др.)<sup>36</sup>.

Как уже указывалось выше, в законодательстве США (Книга IV «Коллизии законов» ГК Луизианы) правило об учете интересов/политик всех коллидирующих в правоотношении публичных порядков поставлено во главу угла всего коллизионного регулирования. Это правило составляет универсальную основу механизма определения применимого права, является главным началом МЧП — принципом наиболее тесной связи. В соответствии с этим началом (принципом) трансграничное правоотношение регулируется правом государства, политикам (публичным интересам) которого был бы нанесен *наиболее серьезный ущерб*, если бы его право не было применено к этому вопросу (ст. 3515 Гражданского кодекса Луизианы).

Механизм выбора применимого права, на основе *ущерба/последствий* для интересов коллидирующих публичных порядков является общим правилом для разнообразных жестких коллизионных презумпций, составляющих остаточное правило<sup>37</sup>. Общее правило, ориентируемое на последствия (ущерб) от применимого права для затронутых трансграничным отношением публичных интересов/ценностей, в законодательстве США (ГК Луизианы) лежит в основе механизма определения применимого права, является сердцевиной правила о наиболее тесной связи.

С недавних пор и в судебной практике России при определении наиболее тесной связи правоотношения с правом конкретной страны суд обязан определять преобладающую территориальную связь различных элементов трансграничного правоотношения с правом того государства, нормы которого позволяют наилучшим образом реализовать фундаментальные правовые начала (принципы). Этот, указанный в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 24 2019 г., способ определения судом наиболее тесной связи перекликается со способом, установленном в Книге IV (Коллизии законов) ГК Луизианы.

Несмотря на различие в терминах (в США — это публичные интересы/политики<sup>38</sup>, а в России — принципы права), речь идет об одних и тех же правовых

<sup>36</sup> См.: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права».

<sup>37</sup> Civil Code. Louisiana Laws Table of Contents // URL: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/cc/cc3515/> (дата обращения: 10.12.2020).

<sup>38</sup> Профессор С. Симеонидес, являющийся разработчиком Книги IV «Коллизии законов» ГК Луизианы, отмечает, что термин Б. Карри «государственные интересы» (state interests)



началах, формирующих публичный порядок. Так, например, при определении применимого права российский суд, в соответствии с указанным выше п. 6 постановления, принимает во внимание принцип «защиты добросовестной стороны», а американский суд руководствуется публичным интересом/политикой «защиты одной из сторон от недолжного влияния другой стороны» (ст. 3537 ГК Луизианы).

Совпадают и предложенные в американском и российском праве списки коллизионных презумпций (место жительства, место исполнения обязательств и др.), из которых судья выбирает ту привязку, которая максимально обеспечивает указанные законодателем, публичные интересы (принципы, политики)<sup>39</sup>.

Таким образом, учет последствий от применения того или иного права для интересов публичных порядков, коллидирующих в трансграничных правоотношениях, является не только правилом — «лекалом», по которому законодатель создает нормы МЧП, но и своего рода «лакмусовой бумагой», по которой правоприменитель посредством защитных оговорок определяет эффективность указанных законодателем норм для конкретного правоотношения. Это же правило определяет наиболее тесную связь как для законодателя, так и для правоприменителя.

В российской доктрине защита отечественного правопорядка является одним из трех принципов международного частного права (наряду с суверенным равенством национального права и наиболее тесной связью). На реализацию принципа защиты отечественного правопорядка направлены два института МЧП, закрепленные в ст. 1192 и ст. 1193 ГК РФ<sup>40</sup>. Указанные принципы связывает общее правило об учете интересов/политик всех коллидирующих в правоотношении публичных порядков.

Подводя итог, следует отметить, что интегральное правило, связанное с учетом ущерба/последствий для интересов публичного порядка от применимого права, определенное аксиомой Ульрика Губера, лежит в основе всей конструкции регулирования трансграничных правоотношений. Не только запрет применения иностранного права, выраженный в оговорке о публичном порядке, но и предписания сверхимперативных материальных норм, односторонних и двусторонних императивных коллизионных норм, а также дозволения двусторонних диспозитивных коллизионных норм (все составные части метода правового регулирования) — основаны на учете последствий применения того или иного права для интересов публичного порядка страны суда и интересов других коллидирующих в правоотношении правопорядков.

Следовательно, главная особенность метода разрешения коллизий в международном частном праве, всей «совокупности конкретных приемов, способов

---

и использованный вместо него в Книге IV термин «государственная политика» (policies) являются «двумя сторонами одной медали» (Symeonides S. C. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? // 83 Tulane Law Abstract. 2009. P. 10—11).

<sup>39</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ (2019). П. 6.

<sup>40</sup> Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. М. : Проспект, 2016. С. 32—35.



и средств юридического воздействия»<sup>41</sup> выражается в применении права того государства, интересам публичного порядка которого будет нанесен наиболее серьезный ущерб от неприменения его права к трансграничному правоотношению (консеквенциальный подход).

Все вышеуказанное определяет ведущее место публичного порядка в общем правиле определения применимого права в трансграничных правоотношениях.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М. : Юрид. лит., 1989. — 288 с.
2. *Бартен Э.* Основы международного частного права согласно французскому законодательству и судебной практике / пер. с франц. Д. В. Тариканова. — М. : Статут, 2019. — Т. 1. — 559 с.
3. *Брун М. И.* Публичный порядок в международном частном праве. — Пг. : Сенатская типография, 1916. — 97 с.
4. *Вольф М.* Международное частное право. — М., 1948. — 702 с.
5. *Ерпылева Н. Ю.* Международное частное право : учебник для бакалавров. — М. : Юрайт; 2012. — 1308 с.
6. *Канашевский В. А.* Вопросы публичного порядка и квалификация при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом // Журнал российского права. — 2018. — № 5. — С. 56—62.
7. *Лунц Л. А.* Курс международного частного права : в 3 т. — М., 2002. — 1007 с.
8. Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М. : Проспект, 2000. — 656 с.
9. *Раале Л.* Международное частное право. — М. : Иностранная литература, 1960. — 607 с.
10. *Kermit Roosevelt and Bethan Jones.* What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do. Part of: Third Restatement of Conflict of Laws. — Published online by Cambridge University Press: 20 January 2017. — P. 139—143.
11. *Savigny F. C. von.* System des heutigen Römischen Rechts. — Berlin, 1849. — Bd. 8. — 540 s.

<sup>41</sup> Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. М. : Проспект, 2016. С. 15.



**Мария Николаевна  
ПАНКОВА,**

старший преподаватель  
кафедры международного  
частного права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук  
**pankovmariy1986@  
yandex.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**ОХРАНА ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ:  
ВИДЫ И РЕГУЛИРОВАНИЕ**

**Аннотация.** Статья посвящена рассмотрению видов товарных знаков. Законодательство РФ и международные соглашения предусматривают различные подходы к определению охраноспособности товарных знаков. В статье представлены классификация товарных знаков по форме выражения, по числу субъектов, деление знаков на обычные и общеизвестные. Проанализированы нормы международных соглашений и национального законодательства в области охраны товарных знаков. В последние годы отмечается рост новых нетрадиционных товарных знаков. В качестве примеров можно привести объемные, звуковые, световые и другие не менее интересные знаки. Тем не менее недобросовестные конкуренты регистрируют похожие до степени смешения товарные знаки, вызывают путаницу у потребителей товаров, создают иллюзию о высоком качестве производимого товара, имитируют образы желаемого товарного знака. И примеров немало. Судебная практика о нарушении прав на товарные знаки служит тому подтверждением. Важно подчеркнуть, что появление новых видов товарных знаков способствует развитию бизнеса и конкуренции. Добросовестные правообладатели будут регистрировать новые, не похожие на другие товарные знаки, которые, возможно, со временем зарекомендуют себя на рынке.

**Ключевые слова:** международное частное право, международные соглашения, товарные знаки, виды товарных знаков, нетрадиционные товарные знаки.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.160-169

**M. N. PANKOVA,**

Senior Lecturer, Department of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
Cand. Sci. (Law)  
**pankovmariy1986@yandex.ru**  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**PROTECTION OF TRADE MARKS: TYPES  
AND REGULATION**

**Abstract.** This article is devoted to the consideration of contemporary types of trademarks. The legislation of the Russian Federation and international agreements provide for different approaches to determining the protectability of trademarks. The article includes the classification of trademarks by the form of expression, by the number of subjects and the division of marks

*into ordinary and well-known. The article analyzes the norms of international agreements and national legislation on the protection of trademarks. It should be noted that in recent years there has been an increase in new non-traditional trademarks. Three-dimensional, sound, light and other equally interesting signs can be noted as examples of non-traditional marks. Nevertheless, unscrupulous competitors register similar, confusingly similar trademarks, cause confusion among consumers about products, create an illusion about the high quality of the product being produced, imitate and imitate images of the desired trademark. And there are many examples. Judicial practice on the violation of trademark rights confirms this. It is important to emphasize that the emergence of new types of trademarks promotes business development and competition. Bona fide copyright holders will register new, different from other trademarks, which, possibly, over time will establish themselves in the market.*

**Keywords:** private international law, international agreements, trademarks, types of trademarks, non-traditional trademarks.

**Т**оварный знак — обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. Он может представлять собой словосочетание на цветовом фоне, изображение конкретного объекта, определенную форму или сочетание изображения и слова. В настоящее время в мире зарегистрировано большое количество разнообразных товарных знаков, многие из которых стали нарицательными и общеизвестными. И, несмотря на требование о различительной способности знака, количество товарных знаков, сходных до степени смешения, продолжает увеличиваться.

Зачастую покупатели недостаточно внимательно вглядываются в упаковку, визуальную напоминающую желаемый товар, и неосознанно делают свой выбор в пользу неизвестного производителя, который не всегда отвечает необходимым требованиям.

Нормы международных соглашений и национальных законодательств государств определяют критерии для регистрации товарных знаков. Например, Гражданский кодекс РФ (далее — ГК РФ) предусматривает, что «в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации»<sup>1</sup>. В пункте 2 ст. 1482 ГК РФ закреплено, что «товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании».

Пункт 1 ст. 15 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (далее — Соглашение ТРИПС) гласит, что «такие обозначения, в частности слова, включая имена лиц, буквы, цифры, изобразительные элементы и сочетание цветов, а также любое сочетание таких обозначений могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков»<sup>2</sup>. А в качестве условия

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. М. : Проспект, 2018. Ст. 1482.

<sup>2</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (TRIPS) // URL: [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/wto01/trt\\_wto01\\_001ru.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/wto01/trt_wto01_001ru.pdf) (дата обращения: 23.12.2020).



регистрации предъявляется требование, чтобы обозначения были визуально воспринимаемыми.

Таким образом, правообладателям товарных знаков предоставляется широкий диапазон в выборе цвета и образа знака. И товарный знак может представлять собой: слово или словосочетание; определенные цифры; изображение конкретного предмета, а также сочетание слов, изображений и цвета.

Но, несмотря на свободу выбора в цвете и образе знака, нормы статьи 1483 ГК РФ закрепляют, что не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, не обладающих различительной способностью или состоящих только из элементов нарицательных знаков; общепринятых символов и терминов; элементов, характеризующих товары, которые указывают на вид, качество, количество, ценность, время, место и способ их производства и сбыта; представляющих собой форму товаров, которая определяется исключительно или главным образом свойством либо назначением товаров.

Российская Федерация не является в этом плане исключением. Аналогичные нормы содержатся, в частности, и в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.<sup>3</sup> (далее — Парижская конвенция). Обратимся к статье 6 bis Конвенции. В соответствии с указанной статьей «страны Союза обязуются отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, который представляет собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способен вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения уже является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами настоящей Конвенции, и используется для идентичных или подобных продуктов». Представляется, что данные ограничения оправданны и целесообразны.

Статья 10 bis вышеупомянутой Конвенции также содержит правила о недобросовестной конкуренции и раскрывает, какие действия подлежат запрету. Прежде всего это действия, способные вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента; ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности; указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности могут ввести общественность в заблуждение относительно товаров (характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или их количества).

Так, в ставшем уже классическим деле о признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку «Vacheron Constantin» Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 24.04.2012 № 169112/11 квалифицировал действия по регистрации спорного товарного знака не соответствующими принципам надлежащей осмотрительности и недопущения использования экономических преимуществ, полученных в результате продолжительного использования известного товарного знака; актом недобросовестной конкуренции, противоречащим ст. 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности и ст. 10 ГК РФ<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. // URL: <https://www.wipo.int/treaties/ru/ip/paris/> (дата обращения: 23.12.2020).

<sup>4</sup> Новоселова Л. А. Товарные знаки. Проблемы применения ответственности за нарушения прав : монография. М. : Проспект, 2019. С. 77.

Подобные нормы о запрете недобросовестной конкуренции содержатся и в Соглашении ТРИПС. В пункте 1 ст. 16 закреплено: «Владелец зарегистрированного товарного знака имеет исключительное право не разрешать третьим лицам без его согласия использовать в ходе торговли идентичные или подобные обозначения для товаров или услуг, которые идентичны или подобны тем, в отношении которых зарегистрирован товарный знак, когда такое использование могло бы привести к появлению вероятности смешения».

Таким образом, как нормы национального законодательства, так и нормы международных соглашений закрепляют запрет использования товарных знаков, сходных до степени смешения в отношении идентичных товаров.

Прежде чем перейти к рассмотрению видов товарных знаков, стоит отметить, что нарушение прав на товарные знаки не зависит от вида конкретного знака. Нарушаются права на все виды товарных знаков: словесные, изобразительные, объемные и др. Можно предположить, что права на нетрадиционные товарные знаки нарушаются реже. Это обусловлено сложностью процедуры регистрации подобных знаков. Например, вкусовые и обонятельные товарные знаки не всегда представляется возможным зарегистрировать.

Как правило, недобросовестные правообладатели стараются максимально приблизить «свой» товарный знак к знаку, который ассоциируется у потребителей с определенным, ставшим уже известным, зарекомендовавшим себя на рынке товарным знаком. Тем самым создается похожий, почти идентичный знак: сочетание цвета, слова, изображения... Невнимательный покупатель может перепутать сходную продукцию с любимым товаром, а вернувшись домой, обнаружить, что нужный товар напоминает его лишь визуально.

Сделав обзор некоторых особенностей предоставления правовой охраны товарным знакам, перейдем к подробному рассмотрению видов товарных знаков. Анализ норм национального и международного законодательства позволяет выделить следующую классификацию.

**По форме выражения** товарные знаки могут быть словесными, изобразительными и объемными, а также представлять собой другие обозначения или их комбинации.

**Словесный товарный знак** получил наиболее широкое распространение. Это обусловлено тем, что знак легко запоминается и вызывает у потребителей ассоциацию с определенным товаром при прочтении слова или словосочетания. Тем самым словесные товарные знаки становятся нарицательными. В качестве примеров можно привести товарные знаки Coca-Cola, Google, Chupa-chups, Ikea, Kodak. Слова, словосочетания и лозунги также относятся к словесным знакам. Например, у компании Nokia зарегистрирован в качестве товарного знака лозунг Connecting People, а у компании «Билайн» — «С нами удобно»<sup>5</sup>.

**Изобразительные товарные знаки** представляют собой изображения предметов, фигур, животных или людей. Примеров немало: знак Chanel, изображение крокодила у Lacoste, знак Mercedes, яблоко Apple, галочка Nike<sup>6</sup>. Изобразитель-

<sup>5</sup> Виды товарных знаков // URL: <http://tmregister.ru/content/70-types-tm> (дата обращения: 15.12.2020).

<sup>6</sup> Панкова М. Н. Нетрадиционные товарные знаки: виды и особенности регулирования // Интерактивная наука. 2018. № 10 (32). С. 49—52.



ные товарные знаки вызывают четкие ассоциации с конкретными изображениями и фигурами. Как было указано выше, два соединенных полукруга представляет собой изобразительный товарный знак Chanel. Данный знак распространяет свою охрану на косметические средства, парфюмерию, мыло, лосьоны для волос, солнечные очки, оправы, футляры, украшения, кожаные изделия, одежду и обувь.

*Объемными товарными знаками* являются трехмерные объекты, фигуры и комбинации линий и фигур в пространственном расположении, которые могут представлять собой форму товара или его части, форму упаковки товара или форму, не связанную с товаром<sup>7</sup>. В качестве объемного знака регистрируются форма товара или его упаковка, трехмерные объекты и фигуры, имеющие оригинальную форму. Различительная способность является основным критерием, на котором основывается решение о регистрации (или же отказе в регистрации) объемного обозначения. В качестве примеров можно привести стеклянную бутылку напитка Coca-Cola; форму конфеты «Рафаэлло» (шарик); флакон духов Chanel № 5 (стеклянная бутылочка); бутылочку сока J7 компании «Вимм-Билль-Данн Брендс».

*Цветовой товарный знак.* Пункт 2 ст. 1482 ГК РФ закрепляет, что товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании. Тем самым можно выделить цветовой товарный знак в качестве еще одного вида товарного знака. Можно привести интересный пример. Как известно, цвет вызывает психологическое воздействие на покупателей. Именно поэтому во многих ресторанах столы накрыты красными скатертями, а на стенах сделаны всевозможные красные акценты<sup>8</sup>. Комментируя регистрацию товарных знаков в одном цвете, следует особо подчеркнуть тот факт, что регистрация может быть не просто в отношении того или иного цвета, а для определенных оттенков с указанием их номеров по системе Pantone<sup>9</sup>. Так, товарный знак бирюзового цвета принадлежит компании «Тиффани энд Компани». Данный товарный знак имеет оттенок Pantone<sup>10</sup>.

В деле об оспаривании в Великобритании зелено-желтого товарного знака заправки BP, закончившегося победой BP, компания заявила, что использование таких цветов индивидуализирует компанию, потому что опора на цветовую гамму необходима для облегчения узнавания заправки водителями, едущими на большой скорости<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Виды товарных знаков // URL: <https://legal-support.ru/information/blog/trademarks/vidy-tovarnyh-znakov/> (дата обращения: 12.12.2020).

<sup>8</sup> 10 цветов, способных влиять на ваш аппетит // URL: <https://pohudejkina.ru/10-cvetov-sposobnyh-vliyat-na-vash-appetit.html> (дата обращения: 15.12.2020).

<sup>9</sup> Регистрация корпоративного цвета в качестве товарного знака // URL: [https://zakon.ru/blog/2016/3/18/registraciya\\_korporativnogo\\_cveta\\_v\\_kachestve\\_tovarnogo\\_znaka](https://zakon.ru/blog/2016/3/18/registraciya_korporativnogo_cveta_v_kachestve_tovarnogo_znaka) (дата обращения: 15.12.2020).

<sup>10</sup> Таблица цветов Pantone была разработана американской компанией с одноименным названием в 1963 г. в качестве универсального международного языка цвета. Цвет, ставший товарным знаком, имеет свое название в системе Pantone Matching System.

<sup>11</sup> Щербакова Е. В. Охраноспособность цвета в качестве товарного знака // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 21. С. 88—95.



Немецкая компания Deutsche Telekom обвинила американскую страховую компанию Lemonade в нарушении прав на цветовой товарный знак. Компания Lemonade использовала розовый цвет на собственном сайте, а компания Deutsche Telekom сделала вывод, что цвет, который использует при оформлении компания Lemonade, похож на цвет товарного знака оператора T-Mobile (компания Deutsche Telekom владеет данным оператором)<sup>12</sup>.

В Российской Федерации яркими примерами цветовых знаков являются: зеленый — «Сбер»; синий — «Газпром»; красно-синий (сочетание цветов) — ЦСКА; красная баночка с белой надписью — Coca-Cola; желто-черные полосы — «Билайн». Важно отметить, что правовая охрана цветовому товарному знаку предоставляется лишь в том случае, если в результате использования знак приобрел различительную способность.

*Комбинированный товарный знак* представляет собой сочетание разных видов обозначений (элементов). Как правило, комбинированные товарные знаки — это объединение словесных, изобразительных, цветовых и других знаков. Комбинированные знаки дополняют друг друга и имеют целью донести до потребителя определенную смысловую нагрузку, т.е. вызвать ассоциации с товаром, с комбинацией образа (изображения) и слова. Комбинации могут быть разными. Обратимся к примерам: McDonalds — это сочетание словесного знака и изображения буквы «М» желтого цвета на красном фоне. Lacoste — изображение крокодила в сочетании со словесным обозначением. Chanel — буквенное сочетание и изображение знака. Mercedes Benz — сочетание нескольких элементов знака — изобразительного, объемного и словесного.

Ярким примером комбинированного товарного знака является знак Barbie компании Mattel, выпускающей знаменитую куклу Barbie. Знак представляет собой сочетание словесного, изобразительного и цветового товарного знака. Слово Barbie — словесный товарный знак, форма слова — изобразительный товарный знак, цвет слова — цветовой товарный знак. То есть данный товарный знак является комбинированным (сочетание словесного, изобразительного и цветового товарных знаков). Имя куклы Barbie давно стало нарицательным. Часто покупатели невольно принимают за куклу Barbie куклу размером 1/6 в розовой коробке. На полках магазинов часто можно встретить коробку с похожей надписью, внутри которой находится миниатюрная кукла, которую визуалью легко спутать с известной куклой Barbie.

**По числу субъектов** товарные знаки могут быть *индивидуальными и коллективными*.

Индивидуальный товарный знак — товарный знак, предназначенный для индивидуализации товаров одного физического или одного юридического лица. Так, в Российской Федерации в соответствии со ст. 1510 ГК РФ *коллективным товарным знаком* является товарный знак, предназначенный для обозначения товаров, производимых или реализуемых входящими в данное объединение лицами и обладающих единичными характеристиками их качества или иными общими характеристиками.

<sup>12</sup> Неигрушечные страсти: как кукла Барби судится с куклой Асей // URL: <https://iod.media/ru/article/neigrashkovi-pristrasti-yak-lyalka-barbi-suditsya-z-lyalkoyu-aseyu-3664> (дата обращения: 15.12.2020).



Проанализируем нормы международных соглашений. Статья 7 bis Парижской конвенции закрепляет, что страны Союза обязуются принимать заявки на регистрацию и охранять коллективные знаки, принадлежащие коллективам, существование которых не противоречит закону страны происхождения, даже если эти коллективы не являются владельцами промышленного или торгового предприятия. Тем самым охрана коллективных товарных знаков предусматривается как нормами национального законодательства, так и нормами международных соглашений. Тем не менее Сингапурский договор о законах по товарным знакам 2006 г., напротив, не предусматривает охрану коллективных товарных знаков<sup>13</sup>. В статье 2 (b) указано, что Договор не применяется к коллективным, сертификационным и гарантийным знакам.

К коллективным товарным знакам относится товарный знак «ПРИМА», зарегистрированный в отношении табака и табачных изделий за Ассоциацией производителей табачной продукции «Табакпром»<sup>14</sup>.

Также следует отметить, что товарные знаки разделяются на **обычные и общеизвестные**.

Общеизвестные товарные знаки могут быть словесными, изобразительными, объемными и комбинированными, а также представлять собой сочетание нескольких видов знаков. Данные товарные знаки ассоциируются у потребителей с высоким качеством производимых товаров, которые пользуются уважением на рынке и являются бесспорным примером успешного ведения бизнеса. Примерами общеизвестных товарных знаков являются знаки Coca-Cola, Apple, Nike, Chanel.

Нормы об общеизвестном товарном знаке закреплены в ст. 6 bis базового международного соглашения Парижской конвенции по охране промышленной собственности. В соответствии с данной статьей государства должны отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение с общеизвестным товарным знаком.

В Соглашении ТРИПС устанавливается, что для определения, является ли товарный знак общеизвестным, необходимо прежде всего уяснить устоявшуюся известность товарного знака в обществе, которая была достигнута в результате рекламы товарного знака (ст. 16).

В Российской Федерации в ст. 1508 ГК РФ также содержится норма о предоставлении охраны общеизвестному товарному знаку. В пункте 3 указанной статьи закреплено, что правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется также на товары, неоднородные с теми, в отношении которых он признан общеизвестным, если использование другим лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя. То есть запрещена регистрация товарных знаков, сходных до степени смешения.

<sup>13</sup> Сингапурский договор о законах по товарным знакам 2006 г. // URL: <https://www.wipo.int/treaties/ru/ip/singapore/> (дата обращения: 23.12.2020).

<sup>14</sup> Новоселова Л. А. Право интеллектуальной собственности : учебник. М. : Статут, 2018. Т. 3 : Средства индивидуализации. С. 84.

Представленная классификация видов товарных знаков не является исчерпывающей. Как было указано ранее, ст. 1482 ГК РФ не устанавливает закрытый перечень видов товарных знаков. Вероятно, другие обозначения можно отнести к **нетрадиционным товарным знакам**. В данном случае процедура регистрации представляет собой более трудоемкий процесс, нежели регистрация традиционных товарных знаков. Тем не менее российское законодательство предусматривает возможность регистрации данных товарных знаков. Подходы к критериям охраноспособности нетрадиционных товарных знаков в иностранных государствах существенно различаются.

Перейдем к рассмотрению видов нетрадиционных товарных знаков.

Наиболее распространенными нетрадиционными товарными знаками являются **звуковые знаки**. Звуковые товарные знаки могут быть заявлены к регистрации в виде аудиофайла или в виде графического изображения. В качестве примера можно назвать позывные радиостанции «Маяк», «Европа-плюс», мелодии звонков телефонов Sony Ericsson, Philips, Samsung, Nokia, комбинация звукового и словесного знака Danon, а также пять нот «Я люблю это» от McDonald's Corporation.

В 1994 г. фирма Harley Davidson подала в Управление по патентам и товарным знакам США заявку на регистрацию звука своего V-образного двойного двигателя (V-Twin), представляющего собой звук работающего мотора мотоцикла<sup>15</sup>.

К нетрадиционным знакам относится и **световой товарный знак**. Знаки представляют собой световые символы различной последовательности и длительности свечения сигналов и символов. Часто световые товарные знаки используются в рекламе. Для регистрации знаков необходимо предоставить характеристики световых сигналов, их последовательность, длительность свечения.

**Обонятельный товарный знак** также относится к нетрадиционным знакам. Обонятельный знак представляет собой химическую формулу вещества. Возможность регистрации подобным знакам предоставляется посредством их описания. Обонятельные товарные знаки могут быть описаны словесно со ссылкой на известные запахи. Кроме того, может быть представлена химическая формула вещества, единственно способного таким запахом благоухать<sup>16</sup>. Сложность в регистрации обонятельного знака заключается в том, что у каждого человека существует собственное восприятие аромата. А, как было указано ранее, товарный знак должен обладать различительной способностью. В связи с этим законодательства разных государств относятся к регистрации подобного знака неоднозначно.

Нормы Соглашения ТРИПС допускают возможность регистрации обонятельного товарного знака (ст. 15). Договор о законах по товарным знакам 1994 г., напротив, не допускает в качестве охраняемого обозначения знаки, не состоящие из визуальных обозначений<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Potato-potato: портрет американской иконы XX века // URL: <http://sgolub.ru/wp-content/uploads/nocategory/Potato-Potato.pdf> (дата обращения: 16.12.2020).

<sup>16</sup> Сладкий аромат товарного знака // URL: <http://ru-alter.info/content/view/55/43> (дата обращения: 15.12.2020).

<sup>17</sup> См.: Договор о законах по товарным знакам 1994 // URL: <https://www.wipo.int/treaties/ru/ip/tt/> (дата обращения: 23.12.2020).



Приведем примеры. Так, в Великобритании был зарегистрирован товарный знак «сильный запах горького пива» компании Unicorn Products в отношении дро-тиков для игры Дартс. В США был зарегистрирован аромат жевательной резинки Bubble Gum. Попытка зарегистрировать обонятельный товарный знак, представляющий запах знаменитых духов «Шанель» № 5, на имя французской фирмы «Шанель» не увенчалась успехом, и знак не был зарегистрирован<sup>18</sup>.

Ярким примером нетрадиционного товарного знака выступает *движущийся товарный знак*. Подобные обозначения встречаются редко. В качестве примера движущегося товарного знака можно упомянуть знак компании Nokia для мобильных телефонов. Знак представляет собой прикосновение двух рук, которые тянутся друг к другу.

Помимо вышеперечисленных нетрадиционных товарных знаков, существует и такой нетрадиционный товарный знак, как *вкусовой*. Как и в случае с обонятельным товарным знаком, регистрация вкусового знака представляется труднодостижимой, так как по общим правилам товарный знак должен обладать различительной способностью. Например, французская правоприменительная практика склоняется к отказу в регистрации в качестве товарного знака запахов (например, духов), мотивируя это отсутствием формы выражения запаха<sup>19</sup>. Товарный знак как вкус пиццы или макаронных изделий не может быть предоставлен, поскольку он, по своей сути, выполняет функцию создания того же самого, т.е. добавляет аромат блюдам<sup>20</sup>.

Подводя итог рассмотрения видов товарных знаков, можно сделать следующие основные выводы.

Во-первых, количество видов товарных знаков продолжит расти. Думается, что эта тенденция сохранится и впредь.

Во-вторых, представленная классификация не является исчерпывающей. Подтверждением тому служит появление новых нетрадиционных товарных знаков в Российской Федерации и в иностранных государствах. Правообладатели товарных знаков стремятся зарегистрировать знак, который не просто обладал бы различительной способностью и отличал один товар от другого. Напротив, правообладатели желают зарекомендовать себя на рынке и создать свое собственное имя (товарный знак), которое будет ассоциироваться с высоким качеством и оригинальностью производимого товара на долгие годы, тем самым обеспечив себя определенным уровнем правовой охраны.

Вместе с тем следует отметить, что нередко недобросовестные конкуренты намеренно ведут нечестную игру с правообладателями известных товарных знаков. Регистрируют похожие, сходные до степени смешения товарные знаки, вызывают путаницу у потребителей в отношении товаров, создают иллюзию о высоком качестве производимого товара, подражают и имитируют образы желаемого

<sup>18</sup> Галифанов Г. Г., Карпиев Р. А., Галифанова Р. Г. Охраноспособность товарных знаков. М. : МДМпринт, 2015. С. 422.

<sup>19</sup> Вкус и запах товарных знаков // URL: [https://zakon.ru/discussion/2015/4/14/vkus\\_i\\_zapax\\_tovarnykh\\_znakov](https://zakon.ru/discussion/2015/4/14/vkus_i_zapax_tovarnykh_znakov) (дата обращения: 15.12.2020).

<sup>20</sup> Регистрация нетрадиционных торговых марок // URL: <https://iqdecision.com/netradicionnye-torgovyie-marki/> (дата обращения: 16.12.2020).

товарного знака. И примеров немало. Судебная практика о нарушении прав на товарные знаки служит тому подтверждением.

В-третьих, важно подчеркнуть, что появление новых видов товарных знаков способствует развитию бизнеса и конкуренции. Добросовестные правообладатели будут регистрировать новые, не похожие на другие товарные знаки, которые, возможно, со временем зарекомендуют себя на рынке. А у потребителей известных товаров появится не менее заманчивая альтернатива в выборе необходимого продукта.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Близнец И. А.* Интеллектуальная собственность в современном мире. — М. : Проспект, 2017. — 672 с.
2. *Галифанов Г. Г., Карлиев Р. А., Галифанова Р. Г.* Охраноспособность товарных знаков. — М. : МДМпринт, 2015. — 588 с.
3. *Китайский В. Е.* Товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров. — М. : Книжный мир, 2007. — 165 с.
4. *Новоселова Л. А.* Право интеллектуальной собственности : учебник. — М. : Статут, 2018. — Т. 3 : Средства индивидуализации. — 432 с.
5. *Новоселова Л. А.* Товарные знаки. Проблемы применения ответственности за нарушения прав. — М. : Проспект, 2019. — 112 с.





**Хатиа Давидовна  
ПИРЦХАЛАВА,**

доцент кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук

**hdpirchalava@msal.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ТРАНСФОРМАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ В СФЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В УСЛОВИЯХ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИИ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

**Аннотация.** В соответствии с законодательством РФ применимое право определяется в том числе в соответствии с международным договором. В 2020 г. были внесены изменения в законодательство РФ, которые снова поставили на повестку дня вопрос о значении международных договоров в современном российском праве. В свете новейших изменений, если норма международных договоров будет признана неконституционной, то применяться данная норма не будет.

Кроме того, вопрос квалификации очень важен в контексте того, что международный договор становится частью правовой системы. С принятием изменений в Конституцию РФ и определения Конституционного Суда РФ многие вопросы, которые вызывали живую дискуссию, прояснены.

Если анализировать более глобально, то конкуренция между государствами за развитие новейших технологий и инноваций привела к стиранию граней между правовыми системами, между публичным и частным правом, к эволюции понятия источников права в сфере внутреннего права государств. Данные тренды не могут не повлиять на развитие современного международного частного права.

Следует отметить, что тренд по увеличению числа заключаемых международных договоров, трансграничных сделок в рамках интеграционных объединений не переводит на второй план необходимость соблюдения норм морали в XXI в.

Добросовестное, партнерское, взаимовыгодное сотрудничество государств в непростое постковидное время может привести к улучшению развития экономик государств и стабильности в обществе, к возрастанию в нем правовой культуры.

**Ключевые слова:** конституционализация, правовая система, публичный порядок, правила международных договоров, основы конституционного строя, интеграционные объединения, толкование.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.170-177



**Kh. D. PIRTSKHALAVA,**

*Associate Professor, Department of Private International Law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)*

*hdpirchalava@msal.ru*

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

## **TRANSFORMATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE FIELD OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF BRANCHES OF LAW**

**Abstract.** *In accordance with the legislation of the Russian Federation, the applicable law is determined, including in accordance with an international agreement. In 2020, amendments were made to the legislation of the Russian Federation, which again put on the agenda the question of the importance of international treaties in modern Russian law. In the light of the latest changes, if the norm of international treaties is recognized as unconstitutional, then this norm will not apply.*

*In addition, the issue of qualifications is very important in the context of when an international treaty becomes part of the legal system. With the adoption of amendments to the Constitution of the Russian Federation and the Determination of the Constitutional Court, many issues that caused a lively discussion have been clarified.*

*If we analyze more globally, the competition between states for the development of the latest technologies and innovations has led to the blurring of boundaries between legal systems, between public and private law, to the evolution of the concept of sources of law in the sphere of internal law of states. These trends cannot but affect the development of modern private international law. Should be noted, the trend towards an increase in the number of concluded international treaties, cross-border transactions within the framework of integration associations does not take into the background the need to comply with moral norms in the 21st century.*

*Conscientious, partnership, mutually beneficial cooperation between states in a difficult post-like time can lead to an improvement in the development of the economies of states and stability in society, to an increase in legal culture in it.*

**Keywords:** *constitutionalization, legal system, public order, rules of international treaties, foundations of the constitutional order, integration associations, foundations of the constitutional order, integration associations, interpretation.*

**В** статье 79 Конституции РФ закреплено, что Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами Российской Федерации, если это не влечет за собой ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации. В новой редакции Конституции добавлено, что решения

межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению в Российской Федерации<sup>1</sup>.

Соответственно, закреплён приоритет норм Конституции РФ над нормами международных договоров.

Статьей 7 ГК РФ закреплено, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации.

Международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в п. 1 и 2 ст. 2 ГК РФ, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора.

Федеральным законом от 08.12.2020 № 427-ФЗ внесено изменение в данную статью, в соответствии с которым не допускается применение правил международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ. Такое противоречие может быть установлено в порядке, определенном федеральным конституционным законом<sup>2</sup>.

В соответствии со ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (п. 2 ст. 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации<sup>3</sup>.

В пункте 3 ст. 1186 ГК РФ указано: «Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается».

В Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 г. (далее — Закон о международных договорах) были внесены изменения Федеральным законом от 08.12.2020 № 429-ФЗ, а именно: пунктом 4. ст. 5 Закона о международных договорах регулируется, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению в Российской Федерации. Такое противоречие может

<sup>1</sup> Конституция РФ от 12.12.1993 (ред. от 01.07.2020) // Российская газета. 1993. № 237 ; 2020. № 144.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020). // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 ; 2020. № 50 (ч. III). Ст. 8072.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // Парламентская газета. 2001. № 224.

быть установлено в порядке, определенном федеральным конституционным законом<sup>4</sup>.

В пункте 2 ст. 34 Закона о международных договорах закреплено, что не вступившие в силу для Российской Федерации международные договоры, признанные Конституционным Судом РФ не соответствующими Конституции РФ, не подлежат введению в действие и применению.

В пункте 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. закреплено, что договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора<sup>5</sup>. В данном случае видно взаимовлияние норм морали и норм права.

Анализ практики четвертьвековой реализации императивных положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ о применимости международных договоров России в российской правовой системе и конкретизирующих их соответствующих норм Арбитражно-процессуального кодекса РФ свидетельствует о том, что российская арбитражная судебная система в целом восприняла международные договоры как реально востребованный правоприменительный источник арбитражного судопроизводства, использование которого в необходимых случаях, как правило, реально содействует повышению эффективности деятельности арбитражных судов и судебного разрешения экономических споров<sup>6</sup>.

Применительно к интеллектуальной собственности значимость международных договоров существенно возрастает в силу территориального характера исключительных (имущественных) прав на объекты интеллектуальной собственности<sup>7</sup>.

Заключение международных конвенций, широкий охват регулируемых ими вопросов привели к тому, что в ряде областей основным источником международного частного права становится международный договор. Эта тенденция характерна для экономического и научно-технического сотрудничества, регулирования железнодорожных, воздушных, автомобильных перевозок, интеллектуальной собственности<sup>8</sup>.

В основе гармонизации законодательства о внешнеэкономической деятельности государств — членов ВТО лежат принципы:

- 1) защиты внутреннего рынка с помощью таможенных тарифов (сформулирован в ст. 11 ГАТТ 1994 г.);

<sup>4</sup> Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» от 15.07. 1995 № 101-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757 ; 2020. № 50 (ч. III). Ст. 8074.

<sup>5</sup> Венская конвенция о праве международных договоров от 23.05.1969 // Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

<sup>6</sup> Киселева О. А. Применение норм международных договоров в практике арбитражных судов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2019. С. 185.

<sup>7</sup> Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Международные договоры в сфере интеллектуальной собственности (актуальный обзор многосторонних соглашений) : учебное пособие — сборник международных договоров. М. : Статут, 2017. С. 8.

<sup>8</sup> Богуславский М. М. Международное частное право. 7-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2016. С. 68.



- 2) связывания тарифов — обязательство «не повышать пошлины» (сформулирован в преамбуле и в ст. 28-бис ГАТТ 1994 г.);
- 3) наибольшего благоприятствования в торговле (сформулирован в ст. 1 п. 1 ГАТТ 1994 г.);
- 4) национального режима (сформулирован в ст. 3 ГАТТ 1994 г.<sup>9</sup>).

Е. Г. Лукьянова указывает на тенденции:

- возрастания роли права в регулировании общественных отношений;
- углубления взаимодействия международного и внутригосударственного права, или интернационализации внутреннего права, включая стандартизацию — приведение его в соответствие с международными стандартами;
- децентрализации правового регулирования и расширения сферы частноправового регулирования;
- формирования, развития и приведения в соответствие с мировыми стандартами процедурно-процессуального блока в системе права и законодательства;
- конституционализации отраслей права, поскольку имеет место нарастание количества решений Конституционного Суда РФ и их активное влияние на отраслевое законодательство в качестве источника права в отраслевом регулировании<sup>10</sup>.

В современном международном частном праве с целью модернизации правового регулирования трансграничных частноправовых отношений увеличивается число заключаемых международных договоров.

Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах от 23.11.2005 была подписана РФ в 2007 г. Следует отметить, что в соответствии с п. 2 ее статьи 19 Российская Федерация не будет применять данную Конвенцию к сделкам, в отношении которых законодательством РФ установлена нотариальная форма или требование о государственной регистрации, а также к сделкам купли-продажи товаров, в отношении которых установлены запреты либо ограничения к перемещению через таможенную границу Таможенного союза<sup>11</sup>.

В 2018 г. была принята Конвенция ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации. В ней указано, что создание основы для международных мировых соглашений, достигнутых в результате медиации, будет содействовать развитию гармоничных международных экономических отношений<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> *Доронина Н. Г.* Правовая модель экономической интеграции в странах Латинской Америки. М.: Инфра-М, 2017. С. 85.

<sup>10</sup> См.: *Лукьянова Е. Г.* Правовые системы России: современные тенденции развития // Труды института государства и права РАН. 2016. № 6. С. 6—24.

<sup>11</sup> Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах от 23.11.2005 // URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/elect\\_com.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml) (дата обращения: 28.12.2020).

<sup>12</sup> Конвенция ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации от 20.12.2018 // URL: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mediation\\_convention\\_r\\_0.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mediation_convention_r_0.pdf) (дата обращения: 28.12.2020).

В пункте 1 ст. 6 Договора о ЕАЭС<sup>13</sup> закреплено, что право Союза составляют также международные договоры в рамках Союза и международные договоры Союза с третьей стороной.

В пунктах 2 и 3 ст. 6 Договора о ЕАЭС установлено, что международные договоры Союза с третьей стороной не должны противоречить основным целям, принципам и правилам функционирования Союза.

В случае возникновения противоречий между международными договорами в рамках Союза и настоящим Договором приоритет имеет настоящий Договор.

Решение о выражении согласия Союза на обязательность для него международного договора Союза с третьей стороной, о прекращении, приостановлении или о выходе из международного договора принимается Высшим Евразийским экономическим советом после выполнения всеми государствами-членами необходимых внутригосударственных процедур.

В рамках ЕАЭС планируется заключение торговых договоров с третьими странами, например с Монголией. В свою очередь, инвестиционные соглашения стран ЕАЭС опираются на договорные нормы межгосударственных соглашений и на международные обычаи инвестиционного оборота капитала<sup>14</sup>.

В ноябре 2020 г. была принята Московская декларация Совета глав государств — членов Шанхайской организации сотрудничества. В Декларации отмечается необходимость развития многосторонней торговой системы, основанной на принципах и правилах Всемирной торговой организации (ВТО), оптимизации трансграничных процедур в соответствии с лучшими международными практиками и реализации других совместных инфраструктурных проектов, обеспечивающих эффективное использование транзитного потенциала государств — членов ШОС<sup>15</sup>.

В пункте 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» указано, что, если иное не предусмотрено правилами об исключительной компетенции, при наличии пророгационного соглашения и международного договора, устанавливающего правила определения компетенции, применяются положения пророгационного соглашения<sup>16</sup>.

В пункте 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» отмечено, что суд обязан отказать в применении иностранной нормы

<sup>13</sup> Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 (ред. от 01.10.2019) // URL: <https://docs.eaeunion.org/ru-ru> (дата обращения: 28.12.2020).

<sup>14</sup> Задорина А. М. Международные инвестиционные соглашения ЕАЭС и международные обычаи инвестиционного оборота капитала: тенденции и перспективы // Международное сотрудничество евразийских государств: политика, экономика, право. 2018. № 2. С. 59.

<sup>15</sup> Московская декларация Совета глав государств — членов Шанхайской организации сотрудничества от 10.11.2020 // URL: <http://rus.sectesco.org/documents/> (дата обращения: 28.12.2020).

<sup>16</sup> URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/16147/> (дата обращения: 28.12.2020).



непосредственного применения, если ее назначение и характер несовместимы с основами правопорядка (публичным порядком) Российской Федерации, затрагивают суверенитет или безопасность Российской Федерации, нарушают конституционные права и свободы российских граждан и юридических лиц<sup>17</sup>.

В Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» 1994 г. (далее — Закон о Конституционном Суде РФ) были внесены изменения 09.11.2020. В пункте 3.2 ст. 3 данного Закона указано, что Конституционный Суд РФ по запросам Президента РФ, Правительства РФ, Верховного Суда РФ, федерального органа исполнительной власти, наделенного компетенцией в сфере обеспечения деятельности по защите интересов Российской Федерации в межгосударственном органе, разрешает вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации<sup>18</sup>.

Соответственно, в свете новейших изменений преобладает приоритет норм национального права над международными договорами.

В пункте 3.3 ст. 3 Закона о Конституционном Суде РФ закреплено, что по запросам Президента РФ, Правительства РФ, Верховного Суда РФ Конституционный Суд разрешает вопрос о возможности исполнения решения иностранного или международного (межгосударственного) суда, иностранного или международного третейского суда (арбитража), налагающего обязанности на Российскую Федерацию, в случае если это решение противоречит основам публичного правопорядка Российской Федерации.

25.12.2020 Конституционный Суд РФ принял определение о разъяснении постановления Конституционного Суда РФ от 27.03.2012 № 8-П по делу о проверке конституционности п. 1 ст. 23 Закона о международных договорах в связи с ходатайством Правительства РФ.

Конституционно-правовой смысл п. 1 ст. 23 Закона о международных договорах, выявленный Конституционным Судом РФ в постановлении от 27.03.2012 № 8-П, в действующей системе правового регулирования Российской Федерации:

- не допускает временного применения положений международного договора Российской Федерации, которые предусматривают разрешение международным арбитражем споров между Российской Федерацией и иностранными инвесторами, возникших в связи с осуществлением ими инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, даже если данный международный договор был официально опубликован, без принятия федерального закона о его ратификации;
- не предполагает, что согласие Правительства РФ на временное применение международного договора Российской Федерации, оговоренное при его подписании, распространяется на положения данного международного договора,

<sup>17</sup> Российская газета. 2019. № 154.

<sup>18</sup> Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 09.11.2020) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447 ; 2020. № 46. Ст. 7196.



предусматривающие передачу споров между Российской Федерацией и иностранными инвесторами на рассмотрение международного арбитража<sup>19</sup>.

Соответственно, по сути, в определении Конституционного Суда РФ разъясняется вопрос о том, когда международный договор становится частью правовой системы.

Таким образом, новейшие изменения в законодательстве РФ приведут к трансформации понимания источников современного российского права, к дальнейшей эволюции терминологии современного международного частного права и трансграничных частноправовых отношений.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Богуславский М. М.* Международное частное право. — 7-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2016. — 68 с.
2. *Доронина Н. Г.* Правовая модель экономической интеграции в странах Латинской Америки. — М. : Инфра-М, 2017. — 85 с.
3. *Задорина А. М.* Международные инвестиционные соглашения ЕАЭС и международные обычаи инвестиционного оборота капитала: тенденции и перспективы // Международное сотрудничество евразийских государств: политика, экономика, право. — 2018. — № 2.
4. *Киселева О. А.* Применение норм международных договоров в практике арбитражных судов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2019. — 185 с.
5. *Лукьянова Е. Г.* Правовые системы России: современные тенденции развития // Труды института государства и права РАН. — 2016. — № 6. — С. 6—24.
6. *Рожкова М. А., Афанасьев Д. В.* Международные договоры в сфере интеллектуальной собственности (актуальный обзор многосторонних соглашений) : учебное пособие — сборник международных договоров. — М. : Статут, 2017. — 768 с.

<sup>19</sup> Определение Конституционного Суда РФ о разъяснении постановления Конституционного Суда РФ от 27.03.2012 № 8-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3569> (дата обращения: 28.12.2020).





**Мария Игоревна  
ПОЛШКОВА,**

заместитель руководителя  
Высшей школы права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[mipolshkova@msal.ru](mailto:mipolshkova@msal.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## СТАТУТ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ И LEX FORI CONCURSUS КАК ОСНОВНАЯ КОЛЛИЗИОННАЯ ПРИВЯЗКА

**Аннотация.** Автором предпринята попытка определения сферы действия статута несостоятельности и возможных исключений из него. Автор исследует применение коллизионной привязки *lex fori concursus* в российской судебной практике и приходит к выводу о том, что суды вынуждены использовать общие нормы международного частного права, позволяющие применить *lex fori concursus*.

Анализируя зарубежную практику регулирования вопросов применимого права при трансграничной несостоятельности, автор рассматривает возможные исключения из *lex fori concursus*.

**Ключевые слова:** трансграничная несостоятельность; банкротство, осложненное иностранным элементом; статут несостоятельности; *lex fori concursus*; применимое право; коллизионное регулирование.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.178-189

**M. I. POLSHKOVA,**

Deputy Head of the High school of law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
[mipolshkova@msal.ru](mailto:mipolshkova@msal.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### INSOLVENCY STATUTE AND LEX FORI CONCURSUS AS A MAIN CONNECTING FACTOR

**Abstract.** Author attempts to determine the insolvency statute. Analyzing the Russian judicial practice in the insolvency, the author makes a conclusion that the courts use general rules of international private law to defining of applicable law and use *lex fori concursus*, but are not intended to regulate cross-border insolvency.

Based on the analysis of foreign practice of regulating issues of applicable law in cross-border insolvency, the author considers possible exceptions to the *lex fori concursus* to protect certain categories of third parties from unexpected interference in the legal relations of the parties to foreign law, to ensure the stability of trade and maintain legal certainty.

**Keywords:** cross-border insolvency; insolvency laws; *lex fori concursus*; applicable law; conflict of law.

## Введение

Законодательство о банкротстве регулирует общественные отношения, возникающие между кредиторами и должником, когда последний не способен вернуть долги особыми, присущими только этому институту частного права правовыми способами. Сегодня процедуры банкротства приобретают международный характер, а решение проблем задолженности участников международных экономических отношений становятся важным средством обеспечения стабильности мировой экономической системы.

Каким бы развитым ни было законодательство о банкротстве отдельных стран мира, оно не способно решить все правовые проблемы, стоящие перед участниками международных экономических отношений в случае их неспособности удовлетворить все требования кредиторов за счет имеющегося имущества. В таких условиях возрастает роль международного частного права.

Иностранный элемент, осложняющий отношения несостоятельности (банкротства), порождает спектр проблем, среди которых особое значение имеет вопрос определения компетентного правопорядка — статута несостоятельности.

Как отмечает В. П. Звеков, статут является той категорией, которая призвана «обособить, выделить круг правовых норм, применимых в силу коллизионных предписаний к определенному виду отношений в их совокупности, сферу действия этих норм, перечень решаемых ими вопросов и таким образом систематизировать коллизионные начала, придав им определенность и предсказуемость»<sup>1</sup>.

В российской доктрине проблеме определения статута несостоятельности не уделяется достаточного внимания<sup>2</sup>, а в российском международном частном праве нет специальных коллизионных норм, решающих вопрос применения иностранного права к отношениям несостоятельности.

Как справедливо отмечает А. В. Асосков, «развитие российского правового регулирования трансграничной несостоятельности находится на самой зачаточной стадии: в России до сих пор отсутствуют полноценные нормы, регулирующие вопросы трансграничной несостоятельности... в этих условиях большинство проблем, связанных с определением права, применимого в рамках таких процедур, пока просто не может найти адекватного решения»<sup>3</sup>.

В настоящей статье автором предпринята попытка определения сферы действия статута трансграничной несостоятельности и возможных исключений из нее.

<sup>1</sup> Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 156.

<sup>2</sup> Проблема определения статута несостоятельности исследовалась А. А. Рягузовым (см.: Рягузов А. А. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008) и Е. В. Моховой (см.: Мохова Е. В. Статут несостоятельности: сфера действия и исключения // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 49—58). Однако научные исследования данного вопроса требуют постоянного расширения с учетом изменений российской и зарубежной судебной практики.

<sup>3</sup> Асосков А. В. Коллизионное регулирование снятия корпоративных покровов // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 138.



### Понятие трансграничной несостоятельности

Несостоятельность (банкротство) представляет собой «состояние имущества должника, судебным порядком установленное, которое дает основание предполагать недостаточность его для равномерного удовлетворения всех кредиторов»<sup>4</sup>. Наиболее общим образом несостоятельность можно определить как признанную судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов<sup>5</sup>.

В случае, когда должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности, речь идет о трансграничной несостоятельности<sup>6</sup>.

ЮНСИТРАЛ определяет трансграничную несостоятельность как случаи, когда несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности<sup>7</sup>.

Исходя из того, что, как и во всех других ситуациях, подпадающих в сферу действия МЧП, отношение должника должно характеризоваться проявлением юридической связи с правопорядками двух и более государств, трансграничную несостоятельность можно определить как совокупность правоотношений по признанию лица несостоятельным (банкротом), осложненных иностранным элементом, когда хотя бы один участник правоотношений является иностранным лицом, или имущество должника находится на территории двух и более государств, или возбуждено несколько судебных разбирательств по делу о банкротстве в разных государствах.

### Lex fori concursus как основная коллизионная привязка

Основной коллизионной привязкой для определения статута несостоятельности является *lex fori concursus*, означающая применение права государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. Ее применение характерно для большинства правопорядков.

Существующая практика разрешения конфликтов норм законодательства по делам о банкротстве, в которых присутствует иностранный элемент, свидетельствует о том, что суд, как правило, применяет законодательство своей страны, несмотря на иностранный элемент в составе соответствующих правоотношений<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 3. (Классика российской цивилистики).

<sup>5</sup> См.: Попондопуло В. Ф. Трансграничная несостоятельность // Международное коммерческое право : учебное пособие. М., 2004. С. 6.

<sup>6</sup> См.: Международное частное право : учебник / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Дорохина [и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗИСП при Правительстве РФ ; Контракт, 2018. С. 814.

<sup>7</sup> См.: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (принят в г. Вене 30.05.1997 на 30-й сессии ЮНСИТРАЛ) // URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-r.pdf> (дата обращения: 20.01.2021).

<sup>8</sup> См.: Луниц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. М. : Спарк, 2002. Т. 3. С. 232.

Это соответствует современной доктрине международного частного права, которая стоит на том, что деятельность органов юстиции регулируется исключительно законодательством государства, в котором принимается соответствующее решение: речь не идет о гражданско-правовых отношениях, и поэтому не может подниматься вопрос о применении коллизионной нормы в случае выбора права, в соответствии с которым должно рассматриваться дело о банкротстве. Согласно этой формуле суд или другой орган, компетентный рассматривать такие дела, должен руководствоваться правом своей страны. Важно отметить, что этот принцип зафиксирован в международных документах: Гаагской конвенции о гражданском процесс 1954 (ст. 14), Кодексе Бустаманте (ст. 314) и, как правило, в договорах о правовой помощи<sup>9</sup>.

Однако в России данная коллизионная привязка не нашла своего нормативного закрепления, как нет и иных специальных коллизионных норм, позволяющих определить право, применимое к отношениям трансграничной несостоятельности.

Однако судебная практика все чаще сталкивается с коллизионными вопросами, возникающими при рассмотрении дел о несостоятельности (банкротстве), осложненной иностранным элементом.

Впервые обоснование применения коллизионной привязки *lex fori concursus* было изложено в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.11.2013 № 10508/2013<sup>10</sup> по делу банка «Снорас».

Не имея в арсенале соответствующих коллизионных норм, позволяющих определить компетентный правопорядок, суды вынуждены использовать инструменты, не предназначенные для регулирования трансграничной несостоятельности, однако позволяющие внедрить международный подход к определению коллизионного права и применить *lex fori concursus*.

В настоящее время это возможно путем использования принципа наиболее тесной связи, закрепленного в п. 2 ст. 1186 ГК РФ, или института сверхимперативных норм и норм непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ).

Согласно п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом»<sup>11</sup> в соответствии с п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ арбитражный суд устанавливает наличие тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации в каждом конкретном случае с учетом всей совокупности обстоятельств дела.

Как указывал Конституционный Суд РФ, процедуры банкротства носят публично-правовой характер (постановления от 22.07.2002 № 14-П<sup>12</sup>, от 19.12.2005

<sup>9</sup> См.: Лунц Л. А. Указ. соч. С. 770.

<sup>10</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.11.2013 № 10508/13 по делу № А40-108528/12-50-1134 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>11</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22.07.2002 № 14-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона «О несостоятельности



№ 12-П<sup>13</sup>) и предполагают совершение арбитражным управляющим действий в интересах должника, общества и кредиторов, участвующих в производстве по делу о несостоятельности.

Таким образом, даже рассмотрение споров вне рамок дела о несостоятельности, но направленных на пополнение конкурсной массы должника и защиту интересов кредиторов, свидетельствует о наличии тесной связи с производством по делу о несостоятельности и, соответственно, с территорией государства, в котором открыто производство<sup>14</sup>.

В другом деле о несостоятельности суд указал, что национальное законодательство Российской Федерации носит императивный характер относительно подведомственности споров в рамках дел о банкротстве российских компаний. В этом случае, несмотря на наличие иностранного элемента, единственным применимым правом является право Российской Федерации — *lex fori concursus* — право государства места открытия производства по делу<sup>15</sup>.

Стоит также отметить, что необходимость учета сверхимперативных норм (норм непосредственного применения) отмечалась и в проекте федерального закона «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)»<sup>16</sup> 2011 г. В соответствии с п. 1 ст. 14 проекта, «если определение арбитражного суда Российской Федерации о признании акта иностранного суда по делу о банкротстве содержит указание на признание иностранного производства (без последующего возбуждения производства по делу о банкротстве на территории России), то все отношения, связанные с процедурой банкротства, будут регулироваться правом страны, на территории которой было открыто такое производство, при условии, что это не затрагивает действия норм непосредственного применения российского права, предусмотренных статьей 1192 ГК РФ». К сожалению, данный проект так и не был принят<sup>17</sup>.

Как мы видим, в настоящее время при разрешении вопросов об определении применимого права в делах о трансграничной несостоятельности российские суды вынуждены использовать общие нормы международного частного права либо опыт зарубежной практики.

---

(банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав акционеров и вкладчиков» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>13</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>14</sup> Постановление 15 Арбитражного апелляционного суда от 25.02.2020 по делу № А53-47045/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>15</sup> Определение Арбитражного суда Брянской области (АС Брянской области) от 14.01.2016 по делу № А09-14352/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> URL: [http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagement/bankruptcy/doc20110225\\_04](http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagement/bankruptcy/doc20110225_04) (дата обращения: 20.01.2021).

<sup>17</sup> Засемкова О. Ф. Сверхимперативные нормы: теория и практика. М. : Инфотропик Медиа, 2018. С. 79.



Однако очевидно, что «подход, согласно которому определение применимого права в делах о банкротстве зависело бы от позиции суда в том или ином деле, не соответствует прогрессивным тенденциям в области правового регулирования трансграничного банкротства»<sup>18</sup>.

Таким образом, назрела острая необходимость создания специального правового регулирования трансграничной несостоятельности, в том числе разработки правил определения применимого права и нормативного закрепления lex fori concursus как основной коллизионной привязки при трансграничной несостоятельности.

### Объем lex fori concursus

Объем коллизионной нормы — это часть коллизионной нормы, указывающая на круг частноправовых отношений международного характера, подлежащих правовой регламентации<sup>19</sup>.

Как правило, объем коллизионной нормы соответствует определенному частноправовому институту, однако несостоятельность (банкротство) является комплексным институтом, и отношения, возникающие при несостоятельности, столь обширны и разнообразны, что объем lex fori concursus (сфера действия статута несостоятельности) должен быть детализирован.

Наиболее успешной моделью регулирования трансграничной несостоятельности является европейская модель.

Регламент Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О процедурах банкротства (новая редакция)»<sup>20</sup> (далее — Регламент ЕС), по сути, начал коллизионное регулирование отношений несостоятельности, в которых присутствует иностранный элемент, в рамках международного частного права. Этот документ содержит унифицированные коллизионные нормы в сфере трансграничных банкротств.

Статья 7 Регламента ЕС указывает, что lex fori concursus определяет условия открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности, в частности:

- круг лиц, в отношении которых может быть возбуждено производство по делу о несостоятельности;
- активы, составляющие конкурсную массу должника, и режим активов, приобретенных должником или переходящих к нему после открытия производства по делу о несостоятельности;

<sup>18</sup> Скобей А. Теоретические и практические аспекты применения в Республике Беларусь иностранного законодательства о банкротстве // Журнал международного права и международных отношений. 2016. № 1—2 (76—77). С. 21.

<sup>19</sup> Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 115.

<sup>20</sup> Regulation 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings [2000] // OJ L160/1 ; Regulation (EU) 2015/848 of The European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings [2015] // OJ L141/19 5.6.2015. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848> (дата обращения: 20.01.2021).



- соответствующие полномочия должника и управляющего по вопросам несостоятельности;
- условия, допускающие взаимозачет;
- последствия открытия производства по делу о несостоятельности для действующих договоров, стороной которых является должник;
- последствия открытия производства по делу о несостоятельности для производств, возбужденных за рамками дела о банкротстве;
- требования, которые могут быть предъявлены к имущественной массе должника, и режим требований, возникающих после открытия производства по делу о несостоятельности;
- правила, регулирующие предъявление, проверку и включение требований в реестр;
- правила, регулирующие распределение поступлений от реализации активов, очередность требований и права кредиторов, получивших частичное удовлетворение после открытия производства по делу о несостоятельности в силу права *in rem* или путем зачета;
- условия и последствия закрытия производства по делу о несостоятельности;
- права кредиторов после закрытия производства по делу о несостоятельности;
- распределение бремени расходов и издержек, понесенных в ходе производства по делу о несостоятельности;
- правила, касающиеся недействительности действий должника, наносящих ущерб кредиторам.

Указанные ситуации регулируются нормами законодательства о банкротстве, однако по делам о трансграничной несостоятельности обычно возникают другие коллизионные вопросы, которые находятся в прямой зависимости от характера правоотношений между должником и кредиторами<sup>21</sup>.

Как уже отмечалось, по делам о банкротстве предметом изучения являются различные правоотношения, являющиеся объектом регулирования различных сфер законодательства. Это трудовые отношения, корпоративные отношения, право собственности на движимое и недвижимое имущество и др. Иностраный элемент может присутствовать и в этих правоотношениях, направленных на решение имущественных проблем путем признания лица несостоятельным.

Согласно известному в банкротном праве принципу *vis attractive concursus* национальный суд, в котором открыто производство, должен рассматривать не только дело о банкротстве лица, но и решать все иные споры, которые могут возникнуть из этих правоотношений<sup>22</sup>.

Понятно, что *lex fori concursus* не может быть единственной коллизионной привязкой, решающей коллизию путем отсылки к компетентному правопорядку в случаях трансграничной несостоятельности.

<sup>21</sup> См.: *Рягузов А. А.* Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. М., 2008. С. 20.

<sup>22</sup> См.: *Soriano M., Garcimartín F., Alférez F.* The European Insolvency Regulation: Law and Practice . The Netherlands : Kluwer Law Intern., 2004. P. 58.

## Исключения из *lex fori concursus*

Исключениями из *lex fori concursus* является совокупность правоотношений, к которым требуется применение дополнительной коллизионной привязки либо применимое право определяется на основании иной коллизионной привязки. Такие исключения содержатся почти во всех моделях регулирования трансграничной несостоятельности и направлены на обеспечение стабильности гражданского оборота и сохранение предсказуемости в оценке правовых рисков на случай несостоятельности контрагента.

Как верно отмечает Е. В. Мохова, «необходимо обратить внимание на тот факт, что проблему исключений из *lex fori concursus* стоит отграничивать от вопроса о соотношении различных статутов»<sup>23</sup>. Так, требуют дополнительного исследования вопросы соотношения статута несостоятельности и договорного, обязательственного, вещного статутов, а также личного закона должника. Указанные вопросы будут являться предметом дальнейших исследований автора.

Говоря об известных зарубежному законодательству и правоприменительной практике исключениях из *lex fori concursus*, стоит отметить, что в настоящее время ведутся дискуссии относительно их перечня и нет единого подхода к установлению спектра ситуаций, к которым применяется иное право, нежели *lex fori concursus*.

Так, Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности<sup>24</sup> (далее — Руководство ЮНСИТРАЛ) предусматривает следующий перечень исключений из *lex fori concursus*:

- платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки;
- трудовые договоры;
- обеспечительные обязательства;
- положения об оспаривании действий должника.

Статьи с 8 по 18 Регламента ЕС предоставляют гораздо более длинный список активов и прав, которые не регулируются *lex fori concursus*. Этот список дополняется следующими вопросами:

- вещные права;
- взаимозачет;
- контракты, касающиеся недвижимого имущества, платежных систем и финансовых рынков;
- права, подлежащие регистрации;
- некоторые патенты и товарные знаки;
- защита третьих лиц — покупателей;
- находящиеся на рассмотрении судебные иски или арбитражные разбирательства.

Такие категории обычно регулируются законодательством государства, в котором находится актив (*lex rei sitae*), или правом места регистрации (корабли, самолеты).

<sup>23</sup> Мохова Е. В. Статут несостоятельности: сфера действия и исключения // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 59.

<sup>24</sup> Legislative Guide on Insolvency Law // URL: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf) (дата обращения: 20.01.2021).



Действительно, как поясняется в Руководстве ЮНСИТРАЛ, законодательство о несостоятельности не создает прав (личных или имущественных) или требований, но должно уважать права и требования, которые были приобретены в отношении должника в соответствии с другим применимым законодательством или находятся в другой юрисдикции.

Однако трудно составить исчерпывающий перечень ситуаций, которые обычно порождают вопросы коллизионного права.

В дополнение к перечисленным выше, в зарубежной литературе<sup>25</sup> выделяют следующий список: залог, трасты, контракты и аренда, субординированные требования, освобождение от ответственности, ответственность директора, неплатежеспособность группы, штрафы.

Можно привести некоторые примеры проблем, возникающих в ходе процедуры трансграничной несостоятельности.

Во-первых, это взаимозачет, который включает сложные производные финансовые инструменты и коммерческие контракты и который в широком смысле можно описать как соглашение, позволяющее погасить или ликвидировать весь долг или его часть. Такие механизмы имеют большое значение при открытии производства по делу о несостоятельности, поскольку они могут оказывать воздействие на права кредиторов.

Определение права, применимого к таким договорам, является непростой задачей и нуждается в детальном исследовании и нормативном закреплении.

Второй пример — право, применимое к оспариванию действий должника. Хотя принцип расторжения договора широко принят и может быть найден во многих правовых системах, ряд противоречивых вопросов, касающихся применимого права, по-прежнему остается предметом дискуссий, коренящихся в различиях по существу между правовыми системами.

Здесь возникают следующие проблемы: наносит ли конкретная сделка ущерб кредиторам; продолжительность подозрительного периода и необходимость доказывания несостоятельности; возражения, которые могут быть выдвинуты; применение правил к аффилированным лицам, которые с большей вероятностью получают предпочтение и, как правило, имеют самое раннее представление о том, когда должник находится в финансовом затруднении.

При формировании перечня исключений чрезвычайно важно, чтобы принципиальные соображения, лежащие в основе установления исключений из сферы применения *lex fori concursus*, были оценены с учетом других аргументов, являющихся ключевыми для производства по делу о несостоятельности, в частности цели максимального повышения стоимости имущественной массы в интересах всех, а не каких-либо конкретных отдельных кредиторов, и цели равного режима для всех кредиторов, находящихся в одинаковом положении<sup>26</sup>.

По своей природе процедуры банкротства являются общими (коллективными) действиями всех кредиторов в отношении имущества должника в рамках судебного производства<sup>27</sup>. Ключевым моментом производства по делу о банкротстве

<sup>25</sup> См.: *Wood Ph. R. Principles of International Insolvency* (2007). P. 1—30 (General Introduction).

<sup>26</sup> См.: *Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева*. С. 848.

<sup>27</sup> См.: *Джунь В. В. Теоретико-прикладні проблеми реформування законодавства України про банкрутство : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04*. Київ, 2009. С. 15.

является конкурс — производство по судебному делу «формируется на принципах конкурсной организации»<sup>28</sup>. Это имеет ключевое значение по делам о трансграничных банкротствах — все кредиторы, где бы они ни находились, имеют право участвовать в конкурсе относительно всего имущества должника, где бы оно ни находилось.

Следует признать, что унифицированные правила рассмотрения трансграничных дел о банкротстве пока достаточно медленно вводятся в национальные правовые системы стран мира, при том что это является достаточно новым средством решения проблем задолженности в судебной практике и недостаточно изученным явлением в теории права.

Следует согласиться с выражением Чарльза Д. Буфа (Charles D. Booth) о том, что «одним из наиболее вопиющих упущений международного частного права является отсутствие согласия наций по вопросам трансграничной несостоятельности»<sup>29</sup>.

Однако сегодня внедрение унифицированных материальных норм в этой сфере все больше находит поддержку.

Так, 11.12.2020 в рамках ЮНСТИТРАЛ состоялся Международный colloquium по применимому праву в производстве по делу о несостоятельности<sup>30</sup>, целью которого было определение основных возможных областей для гармонизации правил о выборе применимого права в производстве по делу о несостоятельности, что еще раз подтверждает актуальность и значимость исследуемой проблемы.

При разрешении вопросов о применимом праве при трансграничной несостоятельности необходимо учитывать, что при использовании *lex concursus* остается проблема выбора суда, компетентного рассматривать дело о несостоятельности, поскольку «борьба за лучшее для должника законодательство концентрируется вокруг смены юрисдикции»<sup>31</sup>. Вопросы определения компетентного суда при рассмотрении дел о трансграничной несостоятельности требуют самостоятельного правового исследования и будут рассмотрены автором в дальнейшем.

## Заключение

Проблема определения статута трансграничной несостоятельности является актуальной для науки международного частного права.

Назрела острая необходимость создания специального правового регулирования трансграничной несостоятельности, в том числе разработки правил

<sup>28</sup> См.: Джунь В. В. Проблемні питання вдосконалення організації провадження у справах про банкрутство // Вісн. госп. судочинства. 2004. № 2. С. 184.

<sup>29</sup> Booth C. D. Recognition of Foreign Bankruptcies: an Analysis and Critique of the Inconsistent Approaches of United States Courts // American Bankruptcy Law Journal. Spring 1992. P. 1.

<sup>30</sup> Colloquium on Applicable Law in Insolvency Proceedings // URL: <https://uncitral.un.org/applicablelawcolloquium> (дата обращения: 20.01.2021).

<sup>31</sup> Мохова Е. В. «Банкротный туризм»: миграция должников в поисках лучшей страны для персонального банкротства и освобождения от долгов // Закон. 2015. № 12. С. 80.



определения применимого права и нормативного закрепления *lex fori concursus* как основной коллизионной привязки при трансграничной несостоятельности.

Также нуждаются в детальной проработке ситуации, не подпадающие под сферу действия статута несостоятельности, но возникающие в процедуре банкротства, поскольку ввиду комплексности института несостоятельности *lex fori concursus* не может быть единственной коллизионной привязкой, решающей коллизию путем отсылки к компетентному правопорядку.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : в 3 т. — Т. 3. — М. : Бек, 2001. — 768 с.
2. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование снятия корпоративных покровов // Вестник гражданского права. — 2013. — № 5. — С. 120—144.
3. *Засемкова О. Ф.* Сверхимперативные нормы: теория и практика. — М. : Инфотропик Медиа, 2018. — 412 с.
4. *Звеков В. П.* Коллизии законов в международном частном праве. — М., 2007. — 416 с.
5. *Лунц Л. А., Марышева Н. И.* Курс международного частного права. — М. : Юрид. лит.-ра, 1976. — Т. 3 : Международный гражданский процесс. — 264 с.
6. Международное коммерческое право : учебник для магистров / В. Ф. Попондопуло [и др.] ; под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2017. — 476 с.
7. Международное частное право : учебник / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Доронина [и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : ИЗИСП при Правительстве РФ ; Контракт, 2018. — 848 с.
8. Международное частное право : учебник / Г. К. Дмитриева, Е. Н. Еремичев, И. М. Кутузов [и др.] — М. : Проспект, 2016. — 680 с.
9. *Мохова Е. В.* «Банкротный туризм»: миграция должников в поисках лучшей страны для персонального банкротства и освобождения от долгов // Закон. — 2015. — № 12. — С. 73—97.
10. *Мохова Е. В.* Статут несостоятельности: сфера действия и исключения // Российское правосудие. — 2015. — № 9. — С. 49—58.
11. *Рягузов А. А.* Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. — М., 2008. — 25 с.
12. *Скобей А.* Теоретические и практические аспекты применения в Республике Беларусь иностранного законодательства о банкротстве // Журнал международного права и международных отношений. — 2016. — № 1—2 (76—77).
13. *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. — М. : Статут, 2003. — Т. 4 : Торговый процесс. Конкурсный процесс. — 550 с. — (Классика российской цивилистики).
14. *Джунь В. В.* Проблеми питання вдосконалення організації провадження у справах про банкрутство // Вісн. госп. судочинства. — 2004. — № 2. — С. 184—195.



15. *Джунь В. В.* Теоретико-прикладні проблеми реформування законодавства України про банкрутство : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04. — Київ, 2009. — 30 с.
16. *Booth C. D.* Recognition of Foreign Bankruptcies: an Analysis and Critique of the Inconsistent Approaches of United States Courts // *American Bankruptcy Law Journal*. — Spring 1992. — P. 135.
17. *Soriano M., Garcimartín F., Alférez F.* The European Insolvency Regulation: Law and Practice. — The Netherlands : Kluwer Law Intern. 2004. — 58p.
18. *Wood Ph. R.* Principles of International Insolvency. — 2007. — P. 1—30. — General Introduction.



**Дмитрий Вадимович  
АНДРИЯНОВ,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени

О.Е. Кутафина (МГЮА)

[andriyanov-msk@yandex.ru](mailto:andriyanov-msk@yandex.ru)

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## LEX PETROLEA, ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И БУДУЩЕЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье анализируются взаимосвязи трех уровней регулирования трансграничных отношений в нефтегазовом секторе: негосударственных источников *lex petrolea*, национального и международного права. Среди современных тенденций автор отмечает стремительное развитие транснациональной нормативной плоскости вследствие «разгосударствления» права; процесс «материализации» и его влияние на стирание границ между публичным и частным правом; трансформацию методологии и функций классического международного частного права. Центральная гипотеза заключается в том, что глобализация всех отраслей экономики провоцирует спонтанный рост гибких, нейтральных, вненациональных «норм права», удобных для прямого применения, минуя обращение к национальному законодательству через систему коллизионного права, которое в известной степени является «прыжком в неизвестность». Прогнозируется, что в будущем международное частное право может утратить свое прежнее значение главного инструмента для решения коллизионной проблемы.

**Ключевые слова:** *lex petrolea*, *lex mercatoria*, применимое право, коллизия права, нормы права, нефтегазовый сектор, негосударственное регулирование, трансграничные нефтегазовые сделки, глобализация, международный арбитраж.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.190-195

**D. V. ANDRIYANOV,**

post-graduate student of Private International law Department  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

[andriyanov-msk@yandex.ru](mailto:andriyanov-msk@yandex.ru)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### LEX PETROLEA, GLOBALIZATION AND THE FUTURE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

**Abstract.** This article analyzes the interrelationships of three levels of regulation of cross-border activities in the oil and gas sector: non-state sources of *lex petrolea*, national and international law. Among the current trends, the author notes the rapid development of the transnational normative plane due to

<sup>1</sup> Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

*the «denationalization» of law; the process of «materialization» and its impact on the blurring of the boundaries between public and private law; the transformation of the methodology and functions of classical private international law. The central hypothesis is that the globalization of all sectors of the economy provokes the spontaneous growth of flexible, neutral, non-national «rules of law» that are convenient for direct application, bypassing the appeal to national legislation through the system of conflict of laws, which to a certain extent is a «leap into the unknown». It is predicted that in the future, private international law may lose its former importance as the main tool for solving the conflict of laws problem.*

**Keywords:** *lex petrolea, lex mercatoria, applicable law, conflict of law, rules of law, oil and gas sector, non-state regulation, cross-border oil and gas transactions, globalization, international arbitration.*

Одним из наиболее заметных изменений является растущая глобализация, влияющая на организацию общества и, как следствие, на развитие права<sup>2</sup>. В этом контексте актуализируются горизонтальные взаимосвязи негосударственных (транснациональных) источников с национальным и международным правом, которые все больше напоминают формирование нормативных слоев, взаимодействующих друг с другом в виде сети, т.е. вне системы, всегда основанной на иерархии.

Изучение взаимосвязи различных нормативных уровней представляет особый интерес для международного частного права (далее — МЧП), поскольку оно предназначено для регулирования преимущественно коммерческих трансграничных отношений через механизм решения коллизионных проблем с помощью уникального отраслевого инструментария (квалификация, коллизионный и материально-правовой методы, обратная отсылка, установление содержания иностранного права, реторсии и др.).

По мнению М. В. Мажориной, «серая зона» негосударственных регуляторов трансграничных частноправовых отношений и негосударственных институциональных систем столь стремительно разрастается, что ведет уже к парадигмальным сдвигам в международном частном праве и манифестации новых регуляторных моделей»<sup>3</sup>.

Появление транснациональной правовой плоскости чаще всего противопоставляется государственной монополии правотворчества и рассматривается как возрождение старого *lex mercatoria*. Сходство состоит в том, что, с одной стороны, эти транснациональные нормы возникают из-за невозможности государства эффективно регулировать современные трансграничные сделки, локализуя отношения исключительно в рамки национальной правовой системы.

С другой стороны, появились транснациональные корпорации, не желающие подчиняться национальному праву какого-либо государства. Как следствие,

<sup>2</sup> *Pollack M. Hard vs. soft Law: alternatives, complements, and antagonists in International governance // Minnesota Law Abstract. 2010. № 94. P. 706—797.*

<sup>3</sup> *Мажорина М. В. Сетевая парадигма международного частного права: контурирование концепции // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 4. С. 155.*



возник пробел, который был восполнен «нормами права» таким же образом, как древний *lex mercatoria* когда-то был концептуализирован в качестве свода правил, основанных на средневековых торговых обычаях.

По мнению Ф. Голгано, «возможно, государства больше не будут суверенными *uti singuli*, но они могут быть только *uti socii*, т.е. как члены международных организаций, способных управлять глобальными рынками»<sup>4</sup>. В равной степени сказанное можно отнести к МЧП, коллизионные нормы которого представляют собой государственную санкцию на применение того или иного правопорядка, не отличаясь по своему происхождению от других отраслей позитивного права.

Частично можно согласиться, что транснациональная нормативная плоскость консолидируется как коррелят глобализации, появления транснациональных субъектов, реорганизации производственных отношений, однако эти факторы не подтверждают полную автономию транснационального уровня регулирования, который структурирован на основе существующего международно- и национально-правового массива (общий категориальный аппарат, юридическая техника, результат воздействия сравнительно-правовой методологии или конвергенции права).

В этом смысле речь идет о диалектических отношениях, которые, хотя и развиваются не в соответствии с формально утвержденной иерархией правил, не подразумевают полной автономии транснационального уровня, а, скорее, о сложной взаимосвязи, результаты которой зависят как от стратегий, принятых сторонами в конфликте, так и от инстанций, разрешающих спор. Возможно, это область взаимодействия права и доктрины: как применяется *lex mercatoria*, какая статья какого закона «включается», а какая отбрасывается; как судья или арбитр оправдывает ссылку на *lex mercatoria* в ущерб национальному законодательству и почему.

В отдельных случаях можно говорить и о прямой юридической зависимости. Роль национального права по отношению к транснациональному уровню заключается в санкционировании возможности выбрать негосударственные источники посредством широкого толкования категории «применимое право» (*lex voluntatis* — это коллизионная норма)<sup>5</sup>, а также в механизме признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция 1958 г.<sup>6</sup> в ст. III отсылает к национальному праву). Но, даже допуская возможность выбора вненациональных источников как «права, подлежащего применению к договору», национальное законодательство часто оказывается применимым в качестве субсидиарного статута.

Аналогичным образом международные договоры санкционируют «обычаи, которые в международной торговле широко известны и постоянно соблюдаются»

<sup>4</sup> Цит. по: *Silva J. A. Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional* // URL: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332015000200013](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000200013) (дата обращения: 05.02.2021).

<sup>5</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации». П. 32 // Российская газета. 2019. № 154.

<sup>6</sup> Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений // Ведомости Верховного Совета СССР. 1960. № 46.

(ст. 9 Венской конвенции 1980 г.<sup>7</sup>), «нормы и принципы международного права» (ст. 27 Договора к Энергетической хартии 1994 г.<sup>8</sup>), «нормы международного права, которые могут быть применимы» (ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г.<sup>9</sup>).

Вышеизложенное может быть более наглядно продемонстрировано появлением в 1980-е гг. концепта *lex petrolea* (специализированной части *lex mercatoria*) как свода транснациональных норм, не имеющих прямого отношения к национальному или международному праву, разработанного спонтанно сообществом мировой нефтегазовой промышленности для регулирования своей собственной деятельности на глобальном уровне. В зарубежной литературе *lex petrolea* называют «третьим правовым порядком», не всегда верно определяемым как автономный по отношению к системам национального и международного права<sup>10</sup>.

К нормативным источникам *lex petrolea*, несмотря на отсутствие единого согласия по этому вопросу, следует отнести: «общие принципы права», регулирующие коммерческие контракты (ИНКОТЕРМС, принципы УНИДРУА, принципы Ландо и др.); модельные контракты, применяемые в сделках между международными нефтегазовыми компаниями и между ними и принимающими государствами; «передовую международную практику освоения месторождений» — отраслевые стандарты, обычаи и обыкновения и, наконец, арбитражные решения, вынесенные по нефтегазовым спорам.

Особый интерес в этой части вызывает, например, ст. 71 Нефтяного закона Демократической Республики Мадагаскар, которая позволяет арбитрам, рассматривающим спор в отношении углеводородов, применять общие принципы права, международную практику и прецеденты<sup>11</sup>, санкционируя таким образом источники *lex petrolea*.

Еще одной тенденцией, сопровождающей преобразования права в глобальной экономике в результате возникновения транснационального правового уровня, является «материализация».

«Материализация» права означает процесс, в котором правотворчество и последующее толкование осуществляются главным образом не с учетом формы, т.е. предварительно назначенных субъектов и процедур, установленных государственным правовым актом, а с учетом таких материальных вопросов, как конкретные характеристики каждого случая или ситуации, по которым необходимо

<sup>7</sup> Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1994. № 14.

<sup>8</sup> Договор к Энергетической хартии 1994 г. // URL: <http://docs.cntd.ru/document/499060547> (дата обращения: 05.02.2021).

<sup>9</sup> Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. // URL: <http://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата обращения: 05.02.2021).

<sup>10</sup> *Jesús A. O. de. Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros: Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society // TPLI Series on Transnational Petroleum Law. 2012. Vol. 1. No. 1. P. 1-52 ; Saidov T. D. The Standardisation of Oil and Gas Law: Transnational Layers of Governance // NUS Law Working Paper. 2017. No. 2017/017. 36 p.*

<sup>11</sup> LAW № 96-018 Establishing Petroleum Code 1996 // URL: <https://madagascarlicensinground2018.com/wp-content/uploads/2018/11/Petroleum-Code-Unofficial-English-Translation.pdf> (дата обращения: 05.02.2021).



принять решение с учетом потребностей международной нефтегазовой промышленности<sup>12</sup>. Появление этой характеристики является ответом на неспособность внутригосударственного и международного права эффективно регулировать (по крайней мере, с точки зрения самой международной нефтегазовой промышленности и ее адептов) интенсивный оборот углеводородов, товаров и капитала.

Удивительно то, что деловая активность (upstream, downstream, midstream) в энергетическом секторе (в отличие от трансграничной торговли) почти всегда затрагивает признанный международным правом суверенитет государства над природными ресурсами<sup>13</sup>. Получается, что эта сфера более не находится в исключительном ведении государства, которое само или через свою публичную компанию заключает с иностранным подрядчиком контракт на бурение скважины, регулируемый, как выясняется, источниками *lex petrolea*? Так, например, в мире широко известно «модельное правотворчество» Ассоциации международных нефтяных переговорщиков (AIPN), которое легитимируется посредством автономии воли или арбитража<sup>14</sup>.

Здесь важно напомнить, что участники международной нефтегазовой промышленности («*societas petrolea torum*» Альфредо де Хесуса) состоят из негосударственных субъектов, занимающихся разведкой и добычей углеводородов, транспортировкой, переработкой и сбытом, объединенных в разные международные ассоциации. Их главная цель — действовать с технической автономией по отношению к принимающим странам в соответствии с коммерческой практикой максимальной добычи и прибыли. Таким образом, создается новая форма легитимации транснациональной торговли и промышленности, которая оказывает существенное влияние на законы, издаваемые на внутригосударственном уровне.

Появление и развитие *lex petrolea* подразумевает не только существование некоего набора правил, но и их активное применение, обусловленное более высокой эффективностью нефтегазовой промышленности. Стирание границ между частным и публичным объясняется коммерческими представлениями об эффективности (действенности) права как инструмента снижения издержек бизнеса, стратегии привлечения иностранных инвестиций в контексте межгосударственной конкуренции за углеводородные ресурсы.

В этих условиях государству остается только выполнять задачу управления территорией и населением, чтобы создать условия, необходимые для воспроизводства глобальной динамики, в частности обеспечить правопорядок, безопасность, а также гарантировать право собственности как неотъемлемый элемент развития глобальной экономики.

В условиях глобализации неизбежно обостряется проблема неравенства. Развивающиеся государства и их компании не обладают современными технологиями

<sup>12</sup> Wavryk A. Petroleum regulation in an international context: the universality of petroleum regulation and the concept of *lex petrolea* // Regulation of the Upstream Petroleum Sector: A Comparative Study of Licensing and Concession Systems. 2015 / T. Hunter (ed./s). Ch. 1. P. 20—34.

<sup>13</sup> Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/901739101> (дата обращения: 05.02.2021).

<sup>14</sup> Джозефсон Дж., Котлячкова А. Модельные договоры AIPN: международная правоприменительная практика и возможность адаптации к применению в России // Нефть, газ и право. 2012. № 2. С. 49—53.



и методами разведки, бурения, добычи, транспортировки, проигрывают в гонке за привлекательность национальной юрисдикции и, как следствие, не имеют возможности участвовать в разработке транснациональных норм, а впоследствии еще и вынуждены подчиняться им. Отсюда актуализируются процессы глобального партнерства в области права (гармонизации, унификации), под которыми понимается справедливое социальное распределение возможностей участвовать в принятии соответствующих решений.

Подводя итог, следует отметить, что законодательство и само государство претерпели существенные изменения в результате возникновения и консолидации транснациональных правовых порядков, характеризующихся совокупностью правил, которые регулируют конкретную отрасль экономики или коммерческую деятельность, создаются соответствующей практикой участников этой отрасли, образуя гибкий свод правил, соответствующих потребностям отрасли. Эта трансформация представляет собой «взрыв» внутри теории права, в особенности теории международного публичного и частного права.

Однако самые большие риски глобализация несет для МЧП: квалификация по *lex fori* постепенно уступает место автономной квалификации, в условиях политических разногласий и «торговых войн» возрастают случаи применения реторсий и оговорок о публичном порядке, а по мере ослабления суверенитета, распространения транснациональных кодификаций и «стирания» государственных границ может исчезнуть само явление «коллизия права». Как результат, в будущем от МЧП может остаться лишь несколько коллизионных привязок, применимых к узкому кругу трансграничных семейных и наследственных правоотношений.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Джозефсон Дж., Котлячкова А. Модельные договоры AIPN: международная правоприменительная практика и возможность адаптации к применению в России // Нефть, газ и право. — 2012. — № 2. — С. 49—53.
2. Мажорина М. В. Сетевая парадигма международного частного права: контурирование концепции // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 4. — С. 140—159.
3. Jesús A. O. de. Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros: Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society // TPLI Series on Transnational Petroleum Law. — 2012. — Vol. 1. — No. 1. — P. 1—52.
4. Pollack M. Hard vs. soft Law: alternatives, complements, and antagonists in International governance // Minnesota Law Abstract. — 2010. — No. 94. — P. 706—797.
5. Saidov T. D. The Standardisation of Oil and Gas Law: Transnational Layers of Governance // NUS Law Working Paper. — 2017. — No. 2017/017. — 36 p.
6. Wavryk A. Petroleum regulation in an international context: the universality of petroleum regulation and the concept of *lex petrolea* // Regulation of the Upstream Petroleum Sector: A Comparative Study of Licensing and Concession Systems. — 2015 / T. Hunter (ed./s). — Ch. 1. — P. 20—34.



**Людмила Алексеевна  
МИХАЙЛОВА,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
юрисконсульт

**ludmila\_letters@mail.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ТИПОВЫЕ АГЕНТСКИЕ СОГЛАШЕНИЯ В ОБЛАСТИ ТРАНСГРАНИЧНОГО МОРСКОГО АГЕНТИРОВАНИЯ

**Аннотация.** В статье анализируются типовые агентские соглашения в области трансграничного морского агентирования, разработанные международными неправительственными организациями — Балтийским и международным советом и Федерацией национальных ассоциаций судовых брокеров и агентов. Автором рассматриваются условия, содержащиеся в формах соглашений, и сравнивается объем предоставляемых прав и обязанностей агенту и принципалу по каждому соглашению. Особое внимание в статье уделено изучению формулировки арбитражной оговорки и оговорки о применимом праве. В результате исследования автором делается вывод, что разработанные соглашения основаны на обычаях, существующих в портах, а также содержат в себе услуги, наиболее востребованные среди принципалов.

**Ключевые слова:** морское агентирование, агентское соглашение, Балтийский и международный совет, Федерация национальных ассоциаций судовых брокеров и агентов, агентирование, Генеральное агентское соглашение, Стандартное линейное агентское соглашение, Соглашение о назначении агентирования, коммерческое представительство.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.196-202

**L. A. MIHAILOVA,**

post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
legal assistant

**ludmila\_letters@mail.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### MODEL AGENCY AGREEMENTS IN THE FIELD OF CROSS-BORDER MARITIME AGENCY

**Abstract.** In the article it is analyzed the model agency agreements in the field of cross-border maritime agency, developed by international non-governmental organizations—the Baltic and International Council and the Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents. The author examines the conditions contained in the forms of agreements, and compares the scope of the rights and obligations granted to the agent and the principal under each agreement. A special analysis in the article is devoted to the

*study of the wording of the arbitration clause and the applicable law clause. As a result of the research, the author concludes that the developed agreements are based on the customs that exist in the ports, and also contain the services that are most in demand among the principals.*

**Keywords:** *maritime agency; agency agreement; the Baltic and International Council; the Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents; agency; General Agency Agreement; Standard Linear agency Agreement; Agency Appointment Agreement; commercial representation.*

**В** морской практике активно применяется конструкция агентирования морского судна. К особенностям морского агентирования относятся специальный субъектный состав, а также особая сфера деятельности. Так, субъектами морских агентских отношений являются морской агент и судовладелец. В связи с особой сферой деятельности на морского агента могут накладываться следующие обязанности: выполнение различных формальностей, связанных с приходом судна в порт, пребыванием судна в порту и выходом судна из порта; оказание помощи капитану судна в установлении контактов с портовыми и местными властями и в организации снабжения судна и его обслуживания в порту; оформление документов на груз, инкассация суммы фрахта и иных причитающихся судовладельцу сумм по требованиям, вытекающим из договора морской перевозки груза; оплата по распоряжению судовладельца и капитана судна суммы, подлежащей уплате в связи с пребыванием судна в порту; привлечение груза для линейных перевозок, осуществление сбора фрахта, экспедирование груза и совершение иных действий.

На международной арене действуют неправительственные организации, занимающиеся вопросами морского судоходства. В частности, такими организациями являются Балтийский и международный совет (далее — БИМКО) и Федерация национальных ассоциаций судовых брокеров и агентов (далее — ФОНАСБА).

ФОНАСБА своей целью ставит продвижение справедливой практики среди судоходных брокеров и агентов, а БИМКО — разработку унифицированных документов в области судоходства, предоставляя экспертные знания и практические советы для защиты и повышения ценности судоходного бизнеса.

Указанные организации разрабатывают документы для регулирования и оформления отношений морского агентирования. Так, БИМКО и ФОНАСБА совместно разработали Генеральное агентское соглашение<sup>1</sup> (general agency agreement). Генеральное агентское соглашение является рамочным соглашением, которое стороны могут адаптировать под свои нужды. Соглашение основано на современных коммерческих соглашениях, касающихся торговли трамповыми и линейными судами, в соответствии с которыми суда часто принадлежат, эксплуатируются и управляются отдельными юридическими лицами.

Само соглашение состоит из двух частей. В первой содержится таблица, где изложены основные условия соглашения, касающиеся сторон, территории,

<sup>1</sup> General agency agreement // URL: <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/general-agency-agreement#> (дата обращения: 03.11.2020).



периода оказания услуг, самих услуг (деятельности), вознаграждения, ответственности, реквизитов сторон; вторая часть состоит из самого генерального агентского соглашения, в котором подробно раскрываются изложенные в таблице условия.

По указанному соглашению агент действует от имени своего принципала. В соглашении оказываемые агентом услуги определены как деятельность (activities). В таблице в первой части соглашения стороны могут определить, какие услуги необходимо оказать агенту. Они включают в себя организацию маркетинга и продажи, портовое агентирование, агентирование в области сервисного обслуживания, генеральное агентирование, ведение документации.

Отдельно на агента налагается обязанность по финансированию и страхованию. Агент накапливает любые денежные средства, проверяет все счет-фактуры, консультирует принципала по портовым тарифам и иным расходам, которые ему становятся известны, по условиям кредитования и др. Агент на протяжении действия соглашения обеспечивает соответствующее страхование за небрежные действия или неисполнение обязательств по соглашению и страхование гражданской ответственности.

Условие об ответственности в соглашении разделено на две части: ответственность перед принципалом и гималайская оговорка. По общему правилу агент не несет никакой ответственности перед принципалом за любые убытки, ущерб, задержку, расходы, прямые или косвенные, каким бы то ни было образом возникшие в ходе исполнения настоящего соглашения, если только не будет доказано, что это произошло исключительно по небрежности или по воле агента или субагента при применении статьи 6(а).

Однако, если убытки, ущерб, расходы или задержка возникают по вине агента, то ответственность агента все равно ограничивается и не может превышать суммарно десятикратного размера вознаграждения или согласованной суммы. Данные ограничения являются альтернативными, при заключении соглашения выбирается одно из них.

В соглашении предусматривается гималайская оговорка. Гималайская оговорка используется в основном при перевозке и, как правило, указывается в коносаменте. Свое название такая оговорка получила по названию английского судебного дела «Adler v Dickson (Himalaya)»<sup>2</sup> 1955 г., в котором рассматривалась возможность деликтного иска против капитана морского судна<sup>3</sup>. По общему правилу гималайская оговорка используется в договорах морской перевозки, однако, так как морское агентирование тесно связано с перевозкой, то рассматриваемая оговорка была заимствована и перенесена в договор морского агентирования.

Договорные условия, исключаящие или ограничивающие ответственность лиц, которые не являются сторонами по договору, можно рассматривать как проявление автономии воли сторон, которую необходимо уважать.

<sup>2</sup> Adler v. Dickson (Himalaya) // URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1954/3.html> (дата обращения: 04.11.2020).

<sup>3</sup> Международное частное право : учебник : в 2 т. / Е. А. Абросимова, А. В. Асосков, А. В. Банковский [и др.] ; отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М. : Статут, 2015. Т. 2 : Особенная часть. С. 464.

В соответствие с пп. «в» п. 19 Генерального агентского соглашения БИМКО и ФОНАСБА настоящим прямо оговаривается, что ни один работник агента ни при каких обстоятельствах не несет никакой ответственности перед принципалом за любые расходы, убытки любого рода, возникшие прямо или косвенно в результате любого действия с его стороны во время его работы по найму или в связи с ним, и без ущерба для общего характера положений, всех содержащихся в настоящем документе исключений и всех прав на них. Освобождение от ответственности защита и иммунитет любого характера, применимые к агенту, также должны быть доступны и должны распространяться на защиту каждого такого работника, действующего в соответствии с вышеизложенным, для целей вышеуказанных положений агент является или считается действующим в качестве агента или доверительного управляющего от имени и в интересах всех лиц, которые являются или могут быть его работниками или агентами время от времени, все такие лица в этой степени являются или считаются сторонами.

При использовании Генерального агентского соглашения, подготовленного БИМКО и ФОНАСБА, гималайская оговорка включается в договор между сторонами и не предполагает альтернативного выбора. Однако данное соглашение является лишь рекомендацией БИМКО и ФОНАСБА для использования в торговом обороте. Стороны, опираясь на данную рекомендацию, ввиду автономии воли и свободы договора могут согласовать иные условия, отличные от рекомендованных.

Тем не менее БИМКО и ФОНАСБА в совместном Генеральном агентском соглашении закрепили существующие в данной области отношений сложившиеся традиции и обычаи. Как отмечает Н. В. Власова, обычаи торгового мореплавания уже утвердились в качестве источника права, в том числе и международного частного права<sup>4</sup>.

В Генеральном агентском соглашении предусмотрено положение о конфиденциальности. Любая полученная агентом информация о предпринимательской деятельности принципала является конфиденциальной. Агент не вправе раскрывать такую информацию без согласия принципала. Однако из соглашения не понятно, должно ли быть получено такое согласие в письменной форме или достаточно устного, может ли оно следовать явно или может быть подразумеваемым и следовать из обстановки.

На наш взгляд, чтобы обезопасить агента и исходя из системного толкования рассматриваемого соглашения в случае возникновения угрозы нарушения обязательства о соблюдении конфиденциальности информации согласие принципала на распространение информации, касающейся его предпринимательской деятельности, должно быть дано в письменной форме. В противном случае агенту придется доказывать, что такая информация была получена им из иных источников, она стала известной ввиду ситуации на рынке, а не в результате нарушения такого обязательства, или же агент обязан ее раскрыть по решению суда или иного подобного органа. Причем обязательство о соблюдении конфиденциальности

<sup>4</sup> Международное частное право : учебник / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Доронина [и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗиСП при Правительстве РФ ; Контракт, 2018. С. 462.



сохраняется и после прекращения договора между принципалом и агентом в течение двух лет.

Согласно Генеральному агентскому соглашению, оно «извлекает» данные отношения из-под юрисдикции государственного суда и передает их на рассмотрение арбитражу в соответствии с Положением БИМКО о разрешении споров 2016 г. (the BIMCO Dispute Resolution Clause 2016), которое является неотъемлемой частью Генерального агентского соглашения. Стороны могут выбрать применимое к их отношениям право. Однако, если такой выбор осуществлен не был и регулирование отношений осуществляется на основании данного соглашения, то к отношениям сторон будет применено английское право и лондонский арбитраж.

В 1993 г. ФОНАСБА разработала Стандартное линейное агентское соглашение<sup>5</sup> (Standard liner agency agreement), по которому агент назначается в качестве линейного агента. Услуги, оказываемые линейным агентом, отделяются от тех услуг, которые оказываются генеральным агентом по Генеральному агентскому соглашению. Действие Стандартного линейного агентского соглашения распространяется не только на портовые услуги, но и на услуги, оказываемые на территории государства. В случаях, если возникнет неясность, какое соглашение подлежит применению, превалирующую силу имеет Стандартное линейное агентское соглашение.

В Стандартном линейном агентском соглашении предусматривается оговорка о неконкуренции. Так, агент не может осуществлять представительство иной судоходной компании на территории, на которой существует прямая конкуренция транспортной деятельности принципала, без предварительного письменного согласия, в котором не может быть безосновательно отказано. Принципал, в свою очередь, не назначает иного агента на территорию, где уже оказываются агентские услуги.

В Стандартном линейном агентском соглашении подробно описываются обязанности и принципала, и агента. В частности, к обязанностям агента, помимо общих, таких как представление интересов принципала на определенной территории, консультирование принципала, соблюдение законов и правил государства в области судоходства, относятся обязанности в области:

- маркетинга и продаж (обеспечить маркетинговую и сбытовую деятельность на определенной территории, обеспечить работу по связям с общественностью, выдавать от имени принципала коносаменты, сертификаты и иные необходимые документы и др.);
- портового агентирования (организовать стоянку судов, погрузку и разгрузку грузов, контролировать и координировать деятельность операторов терминала, выполнять требования принципала по урегулированию претензий, представлять всю необходимую документацию и др.);
- контейнерной перевозки (организовать бронирование на судне, подготовить дополнительную документацию по контейнерным перевозкам, обеспечить доступность оборудования и организовать внутреннюю перевозку в случае необходимости, от имени и за счет принципала сдать оборудование в лизинг и др.);

<sup>5</sup> Standard liner agency agreement // URL: [https://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2012/02/standard\\_liner\\_agency\\_agreement.pdf](https://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2012/02/standard_liner_agency_agreement.pdf) (дата обращения: 04.11.2020).



— бухгалтерского учета и финансов (обеспечить соответствующие записи о финансовом положении принципала, сообщать принципалу обо всех изменениях портовых тарифов и других сборов, считать фрахт и другие расходы в соответствии с тарифами и др.).

Арбитражная оговорка и оговорка о применимом праве в Стандартном линейном агентском соглашении сформулированы в альтернативной форме. Сторонам предлагается избрать английское право и разрешение спора в арбитражном порядке в Лондоне. Второй вариант предлагает сторонам самим выбрать арбитраж. Однако стоит заметить, что эта оговорка сформулирована таким образом, что у сторон есть возможность избрать место арбитража, а применимое право «привязывается» к месту арбитражного разбирательства.

Представляется, что такой подход является не совсем верным. Арбитражная оговорка и оговорка о применимом праве являются двумя разными условиями договора и не зависят друг от друга. Определение места арбитражного разбирательства не влечет с необходимостью применение права того государства, в котором такое разбирательство должно состояться. Как отмечает И. С. Зыкин, несмотря на то, что условия о порядке разрешения споров и о применимом праве часто оговариваются вместе и одновременно, с юридической точки зрения речь идет о положениях, цели которых различны<sup>6</sup>. Поэтому при заключении линейного агентского соглашения по форме, разработанной ФОНАСБА, необходимо разделять арбитражную оговорку и оговорку о применимом праве и формулировать их двумя отдельными положениями соглашения.

Исходя из анализа двух предыдущих соглашений — Генерального агентского соглашения и Стандартного линейного агентского соглашения, можно увидеть, что предпочтение отдается английскому праву и лондонскому арбитражу. Однако, учитывая рекомендательный характер данных актов, стороны вправе изменить рассматриваемые положения соглашений и избрать отличное от типовой формы право и место арбитража.

Также БИМКО и ФОНАСБА было разработано Соглашение о назначении агентирования<sup>7</sup> (Agency appointment agreement). В целом Соглашение о назначении агентирования сходно с Генеральным агентским соглашением, однако набор услуг агента отличается. Так, агент может оказывать следующие услуги: внутреннее оформление судна, внешнее оформление судна, операции с грузом, ежедневная проверка судна. Как видно, услуги сформулированы очень широко, само объяснение, что включают эти услуги, содержится в контракте.

Соглашение состоит также из двух частей: таблиц, куда заносятся основные положения контракта: кто является сторонами, какие услуги оказываются, идентифицируется судно, порт, вознаграждение, реквизиты сторон, указывается контактная информация; вторая часть представляет собой непосредственно сами

<sup>6</sup> Зыкин И. С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота : сборник статей / под общ. ред. А. С. Комарова. М., 2016. С. 76.

<sup>7</sup> Agency appointment agreement // URL: <https://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2017/12/Agency-Appointment-Agreement-Final.pdf> (дата обращения: 04.11.2020).



условия контракта, в которых обозначается, что каждая услуга означает и включается в себя, как происходит оплата, условия ответственности, арбитражная оговорка, оговорка о применимом праве.

Таким образом, мы видим, что негосударственное регулирование в области морского агентирования имеет важное значение для развития отношений в этой области. Для создания проформ договора БИМКО и ФОНАСБА собрали воедино обычаи, сложившиеся в морской практике, объединили наиболее популярные среди судовладельцев услуги и заложили их в договор.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Зыкин И. С.* Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота : сборник статей / под общ. ред. А. С. Комарова. — М., 2016. — С. 73—92.
2. Международное частное право : учебник : в 2 т. / Е. А. Абросимова, А. В. Асосков, А. В. Банковский [и др.] ; отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М. : Статут, 2015. — Т. 2 : Особенная часть. — 764 с.
3. Международное частное право : учебник / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Доронина [и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : ИЗИСП при Правительстве РФ ; Контракт, 2018. — 848 с.

## О ВОЗМОЖНОСТИ НАДЕЛИТЬ ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ СТАТУСОМ СУБЪЕКТА ТРАНСГРАНИЧНЫХ АВТОРСКИХ ОТНОШЕНИЙ

**Аннотация.** В статье оценено место искусственного интеллекта в праве интеллектуальной собственности. Благодаря последним разработкам ИИ перестал быть всего лишь помощником и инструментом в процессе творчества в мире людей-авторов, но и сам стал способен «создавать» произведения. Рассматриваются нормы авторского права различных государств, закрепляющие понятие «автор» и возможность признания ИИ субъектом авторского права, создающим охраноспособное произведение, также рассматриваются нормы, определяющие процесс получения творческого результата. Поднимается коллизионный вопрос относительно возможности предоставления охраны созданным ИИ произведениям в рамках трансграничных отношений, когда по закону государства происхождения (*lex loci originis*) произведение не подлежит защите, но является охраноспособным по закону государства, где испрашивается защита (*lex loci protectionis*). Так, трансграничные авторские отношения, связанные с ИИ, реализуются преимущественно в сети Интернет, где самый действенный механизм защиты прав автора — лицензии Creative Commons. Однако отсутствие человека-автора и оригинальной творческой составляющей делают невозможным признание ИИ субъектом права и, как следствие, защиту авторским правом созданных им произведений. Таким образом, оптимальным видится признание произведений, созданных ИИ, общественным достоянием.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, авторское право, трансграничные авторские отношения, лицензии Creative Commons, авторские права в сети Интернет, коллизионно-правовые принципы, искусственный интеллект, защита авторских прав.



**Ирина Александровна  
МОСКАЛЕНКО,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**[i.a.moskalenko@mail.ru](mailto:i.a.moskalenko@mail.ru)**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.203-211

**I. A. MOSKALENKO,**

*post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*

*[i.a.moskalenko@mail.ru](mailto:i.a.moskalenko@mail.ru)*

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **REGARDING THE POSSIBILITY OF ENDOWING ARTIFICIAL INTELLIGENCE WITH THE STATUS OF A SUBJECT OF CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS**

**Abstract.** *The article is devoted to the evaluation of the place of artificial intelligence (hereinafter — AI) in intellectual property law. Due to the recent developments, AI has ceased to be just an assistant and a tool for creativity in the world of human authors. Rather it itself has become capable of creating works. The article considers the rules of copyright applied in various States and enshrining the concept of an “author” and the possibility of recognizing AI as a subject of copyright creating a copyrightable work. The article also considers the rules applied to determine and regulate the process of creating a creative work. A conflict-of-laws issue is raised regarding the possibility of granting protection to works created by AI within the framework of cross-border relations, when, under the law of the state of origin (lex loci originis), the work is not subject to protection, but is protected under the law of the state where protection is sought (lex loci protectionis). Thus, cross-border copyright relations related to AI are mainly implemented on the Internet, where the most effective mechanism for protecting author’s rights is implemented by means of Creative Commons licenses. However, the lack of the human author’s participation and the original creativity element makes it impossible for the AI to be recognized as a subject of law and, as a result, prevents copyright protection of the works created by the AI. Therefore, the author proposes to allocate the works created by AI to the public domain.*

**Keywords:** *intellectual property, copyright law, cross-border copyright relations, Creative Commons licenses, authors’ rights on the Internet, conflict of laws regulation, artificial intelligence, copyright protection.*

**Т**енденции развития авторского права в XXI в. свидетельствуют о становлении нового мира, в котором интеллекту человека брошен вызов искусственным интеллектом (ИИ)<sup>1</sup>. Человек перестал быть единственным субъектом, способным сотворить художественное произведение (изображение, музыка, текст). Теперь ИИ — не только инструмент в руках автора, использующего компьютерную программу и создающего произведение благодаря лишь нескольким

<sup>1</sup> Реймонд Курцвейл, известный американский изобретатель и футуролог, определяет ИИ как науку программирования машин на выполнение функций, требующих интеллекта человека при их выполнении. См.: *Kurzweil R. The Age of Intelligent. Cambridge (Massachusetts, USA) : MIT Press, 1990. P. 134.*

кликам компьютерной мышки, но и самостоятельная система, способная создать творческие объекты без участия человека.

Ярким примером такого «нечеловеческого» творения является проект The Next Rembrandt, результатом которого стала картина, состоящая из 148 миллионов пикселей и основанная на 168 263 фрагментах работ Рембрандта, сгенерированная компьютером с помощью алгоритма распознавания лиц, который просканировал 346 картин художника<sup>2</sup>.

Несмотря на колоссальное применение ИИ в жизни человека, комплексное правовое регулирование данной сферы отсутствует как на международном, так и на национальном уровне. Так, возникают вопросы правового характера о том, может ли ИИ признаваться автором произведения и признается ли авторское право на объекты, созданные ИИ, а также, как регулируется использование таких объектов в трансграничных отношениях (в сети Интернет).

Рассмотрение вопроса о признании ИИ субъектом права необходимо начать с исследования норм авторского права, определяющих понятие «автор».

В нормах Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. дано косвенное определение авторства. Автор — это тот, кто утверждает, что он таковым является, если «имя автора указано на произведении обычным образом»<sup>3</sup>. Данная норма оставляет перечень субъектов открытым на усмотрение государств-участников и позволяет предположить, что автором может быть не только человек<sup>4</sup>.

В прецедентном праве Европейского Союза закреплена позиция, что охране подлежат результаты творчества только человека. В деле «Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH» суд постановил, что результат интеллектуального творчества принадлежит автору, когда автор проявил свои творческие способности при создании произведения, сделал свободный и креативный выбор. Такая позиция предусматривает, что работа, созданная ИИ, не отвечает требованиям, необходимым для предоставления защиты авторским правом, и должна находиться в общественном достоянии<sup>5</sup>.

Под защиту авторского права в законодательстве большинства государств попадают творческие работы, если они являются оригинальными. Еще О. С. Иоффе отмечал, что творчество — сознательная и созидательная деятельность, на которую способен только человек<sup>6</sup>. Требование оригинальности, которое

<sup>2</sup> The Next Rembrandt // URL: <https://www.nextrembrandt.com> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>3</sup> Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886. Ст. 15 // URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/283698> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>4</sup> Подробнее об этом см.: *Луткова О. В.* Классификация субъектов трансграничных авторско-правовых отношений // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 11 (72). С. 112—120.

<sup>5</sup> Artificial Intelligence and Creativity: Why We're Against Copyright Protection for AI-Generated Output // URL: <https://creativecommons.org/2020/08/10/no-copyright-protection-for-ai-generated-output> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>6</sup> *Иоффе О. С.* Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие : учебное пособие. М. : Знание, 1969. С. 46.



подразумевает обязательное участие человека в процессе создания произведения, — необходимое условие для предоставления защиты авторских прав<sup>7</sup>.

В доктрине существует мнение, что ИИ лишен воображения, а только лишь воспроизводит категории и образы, предварительно заложенные в него человеком, следовательно, как такого творчества не происходит<sup>8</sup>. Так, в оценке объектов, созданных машиной, существуют следующие возможные подходы: в авторско-правовой охране может быть отказано либо авторство может быть приписано разработчику или пользователю соответствующей программы.

В законодательстве США закреплен подход, согласно которому защите авторским правом подлежат произведения, созданные человеком. Бюро регистрации авторских прав США регистрирует оригинальное авторское произведение при условии, что оно создано человеком<sup>9</sup>, регистрация сгенерированных компьютером объектов в случае отсутствия творческого вклада со стороны человека не допускается<sup>10</sup>.

Такой подход применяется не только к объектам, созданным ИИ, но и к результатам «творчества» иных возможных «авторов», помимо человека. В судебном разбирательстве по делу «Naruto v. David Slate» суд Калифорнии отказал в признании авторских прав за обезьяной на ее фотоизображение (селфи). Иск был подан некоммерческой организацией People for the Ethical Treatment of Animals в интересах макаки к фотографу, который опубликовал в своей книге селфи, сделанное обезьяной. Иск был отклонен на том основании, что Закон США об авторском праве 1976 г. не предусматривает возможность быть владельцем авторских прав в отношении животных. Согласно решению суда фотография должна находиться в общественном достоянии. Позднее апелляционным судом это решение было подтверждено<sup>11</sup>.

США — признанный лидер в области ИИ, более 9 млрд долларов вложено в исследования и получено около 5 000 патентов в сфере ИИ, разработки внедряются во все сферы жизни человека, включая военные цели и космос<sup>12</sup>. Однако даже активное использование объектов, созданных ИИ, не гарантирует возможности признания ИИ субъектом права.

Законодательство многих государств соответствует обозначенной позиции, и защита предоставляется только произведениям, созданным человеком.

<sup>7</sup> WIPO Intellectual law handbook. P. 42 // URL: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_489.pdf) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>8</sup> Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита / Г. А. Ахмедов, Е. А. Войниканис, К. Д. Глазунова [и др.]. 2017. С. 53 — 54. URL: [http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends\\_in\\_Intellectual\\_Property.pdf](http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>9</sup> Compendium of U. S. Copyright Office Practices. 3rd ed. 2017. Section 306 // URL: <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>10</sup> Compendium of U. S. Copyright Office Practices. 3rd ed. 2017. Section 313.2.

<sup>11</sup> Naruto v. Slater, № 16-15469 (9th Cir. 2018) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>12</sup> Подробнее об этом см.: Бирюков П. Н. Деятельность США в сфере использования искусственного интеллекта // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. 2019. № 3 (38). С. 324—334.



В праве Австралии закреплено, что авторское право действует в отношении оригинального литературного, драматического, музыкального или художественного произведения, если произведение не опубликовано, а автор является гражданином или резидентом Австралии<sup>13</sup>.

В нормах Закона об авторском праве 1996 г. Испании установлено, что автором может быть только физическое лицо, а для защиты авторским правом произведение должно быть оригинальным, отражать личность и намерение автора<sup>14</sup>.

В результате технического прогресса компьютер стал помощником человека в процессе создания творческих работ, как бумага и ручка<sup>15</sup>. Так, компания Sony CSL разработала плагин Flow Machines, позволяющий пользователям создавать новые песни с помощью ИИ по заранее заданным настройкам. По словам создателей, программа является лишь технологическим достижением, как когда-то синтезатор и драм-машина<sup>16</sup>.

Однако благодаря разработке последних видов ИИ компьютерная программа стала представлять собой более чем просто инструмент в руках человека: она фактически «сама» автономно принимает решения, связанные с созданием творческих объектов, без вмешательства человека.

Иной подход в праве некоторых государств заключается в признании того факта, что права на произведения ИИ принадлежат лицу, которое выставило необходимые настройки в программе (разработчику).

В законодательстве Великобритании закреплены положения, защищающие произведения, созданные компьютером без участия человека<sup>17</sup>, а автором признается лицо, которое предпринимает меры, необходимые для создания произведения<sup>18</sup>. Британский подход разделяет авторство и творчество. Так, создателем работы является ИИ, но «автор» по закону — человек, который опосредованно, через настройки компьютерной программы, внес творческий вклад в процессе создания<sup>19</sup>.

Представляет интерес современная судебная практика, формирующаяся в Китае. В деле «Beijing Feilin Law Firm v. Baidu Corporation» суд признал права истца на аналитический отчет о судебных делах в индустрии кино и развлечений,

<sup>13</sup> Copyrightact 1968. Section 32 // URL: [http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/ca1968133/s32.html](http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/s32.html) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>14</sup> Art. 5.1 de Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la material // URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>15</sup> Guadamuz A. Artificial intelligence and copyright // WIPO Magazine. 2017. № 5. P. 14—19. URL: [https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo\\_magazine/en/pdf/2017/wipo\\_pub\\_121\\_2017\\_05.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_05.pdf) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>16</sup> Flow Machines AI Assisted Music // URL: <https://www.flow-machines.com> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>17</sup> Copyright, Designs and Patents Act 1988. Art. 178 // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/178> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>18</sup> of Copyright, Designs and Patents Act 1988. Art. 9 // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>19</sup> Artificial intelligence call for views: copyright and related rights // URL: <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights> (дата обращения: 24.12.2020).



сгенерированный программой ИИ, поскольку сотрудники компании внесли творческий вклад в процессе редактирования и обработки отчета<sup>20</sup>.

В другом деле из судебной практики Китая — «Shenzhen Tencent Technology v. Yinxun Technology Company» ответчик на своем сайте разместил статью с обзором фондового рынка, написанную ИИ Dream writer от компании Shenzhen Tencent Technology, при этом указав, что статья написана автоматически и не имеет автора. Суд признал авторские права на данную статью за истцом, юридическим лицом, работники которого внесли творческий вклад в ее создание. Таким образом, китайская судебная практика не дает однозначного ответа на вопрос защиты авторским правом произведений, созданных ИИ автономно, без какого-либо участия человека<sup>21</sup>.

Нерешенным остается вопрос о предоставлении охраны произведениям, созданным ИИ, в трансграничных авторских отношениях в ситуации, когда на территории государства происхождения произведение не подлежит охране, но при этом является охраноспособным на территории принимающего государства.

Вследствие отсутствия гармонизации норм права руководящими началами регулирования трансграничных авторских отношений, на основании которых государства создают свои внутригосударственные стандарты защиты прав автора, стали коллизионные подходы: *lex loci originis* (закон государства происхождения произведения) и *lex loci protectionis* (закон государства, где испрашивается защита).

Применение *lex loci originis* к трансграничным отношениям затруднено, поскольку могут отсутствовать критерии установления места происхождения произведения: автор может пересекать государственные границы в процессе творчества или соавторы одновременно могут находиться на разных территориях.

Государства придерживаются различных подходов относительно возможности или невозможности предоставления охраны объектам авторского права, не охраняемым на территории государства происхождения. Доктрина американского права неоднозначна, существуют два мнения: первое — основываясь на принципе национального режима, предоставлять правовую охрану произведениям в США, независимо от того, являются ли они охраноспособными в стране происхождения; второе мнение — отрицание такой возможности.

Правоприменительная практика Японии более однозначна и для определения охраноспособности иностранного произведения опирается на коллизионную привязку *lex loci protectionis*.

В российской правовой доктрине отсутствует позиция относительно возможности предоставления охраны объектам авторского права, не охраняемым на территории государства происхождения<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Koroye T. Intellectual property and artificial intelligence: the conflicting issues of creative ownership. P. 12 // URL: [https://www.academia.edu/44000886/Intellectual\\_Property\\_and\\_Artificial\\_Intelligence](https://www.academia.edu/44000886/Intellectual_Property_and_Artificial_Intelligence) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>21</sup> Artificial Intelligence and Copyright Protection — Judicial Practice in Chinese Courts // URL: [https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/conversation\\_ip\\_ai/pdf/ms\\_china\\_1\\_en.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf) (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>22</sup> См. об этом: Луткова О. В. Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018. С. 71—76.

Однако еще не сформировалась практика признания или непризнания произведений, созданных ИИ, охраноспособными на территории принимающего государства, при условии, что в стране происхождения произведение охране не подлежит.

На сегодняшний день государства не выработали единого подхода относительно признания или непризнания ИИ автором и предоставления или непредоставления защиты результатам его «творчества». Очевидно, что правовые отношения, связанные с ИИ, реализуются в цифровом пространстве, где отсутствуют территориальные границы. Поскольку даже на национальном уровне государства придерживаются различных позиций, еще сложнее установить регулирование таких отношений в сети Интернет. Возникает ряд вопросов, в частности: охраняются ли произведения, созданные ИИ и распространяемые в сети Интернет, у кого испрашивать разрешение на их использование и т.д.

Самым распространенным и действенным механизмом реализации авторских прав через сеть Интернет являются лицензии Creative Commons.

Одноименная организация Creative Commons предлагает автору на выбор шесть типов лицензионных договоров на условиях публичной оферты, каждый из которых позволяет правообладателю открыто предложить пользователям определенный способ использования объекта авторского права, а также инструменты для использования объектов общественного достояния<sup>23</sup>.

Представители Creative Commons придерживаются такой позиции: в основе авторского права лежит творчество человека, а прямое участие человека в процессе создания — предварительное условие для определения, подлежит ли работа защите авторским правом. Созданные ИИ работы не должны по умолчанию считаться оригинальными, поскольку суды во всем мире подтвердили, что оригинальность является отражением интеллектуального и творческого выбора, сделанного автором<sup>24</sup>.

В 2020 г. на втором раунде дискуссии ВОИС по вопросам интеллектуальной собственности и ИИ делегат от Creative Commons выступил с заявлением, что авторское право и смежные права не должны гарантироваться в отношении объектов, созданных с помощью ИИ, по двум фундаментальным причинам: отсутствие человека как автора и отсутствие оригинальности. Поэтому такие произведения — результат творчества ИИ — должны находиться в общественном достоянии. Вместе с тем использование произведений, защищенных авторским правом, для обучения ИИ не должно считаться нарушением прав автора<sup>25</sup>.

Исследователи в области ИИ на первое место ставят физическое лицо, его сознание, личность и индивидуальность, а также указывают на необходимость

<sup>23</sup> Более подробно о лицензировании на условиях Creative Commons см.: URL: <https://creativecommons.org> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>24</sup> Why We're Advocating for a Cautious Approach to Copyright and Artificial Intelligence // URL: <https://creativecommons.org/2020/02/20/cautious-approach-to-copyright-and-artificial-intelligence> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>25</sup> Creative Commons' statement on artificial intelligence and copyright. Second Session of the WIPO Conversation on IP and AI.07.06 — 09.06.2020 // URL: [https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/conversation\\_ip\\_ai/pdf/ngo\\_creative\\_commons.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ngo_creative_commons.pdf) (дата обращения: 24.12.2020).



защиты человека от самого ИИ. С. Ю. Кашкин отдает первостепенное значение интересам человека, поскольку только государство «с человеческим лицом» способно соединить интересы человека и общества<sup>26</sup>.

Так, ИИ постепенно интегрируется в жизнь современного общества. С учетом возможного расширения действия авторского права некоторые государства предоставляют охрану работам, созданным человеком при помощи ИИ. Другие государства придерживаются позиции, что в силу ряда причин, таких, в частности, как отсутствие правового статуса у ИИ, творческой способности и оригинальности произведений, поместить результат деятельности ИИ под охрану авторского права невозможно.

В настоящее время законодательство государств отстает от стремительного развития технологий. Ощущается потребность в создании норм, регулирующих новую и сложную сферу отношений с ИИ. Вместе с тем ИИ еще не находится на том уровне, чтобы действовать автономно от человека с признаками творческой и оригинальной деятельности. Так, например, во время футбольного матча в Шотландии камера на базе ИИ перепутала лысую голову арбитра с мячом и следила лишь за головой арбитра, не позволяя зрителям смотреть реальную игру<sup>27</sup>. На наш взгляд, данная ситуация еще раз подтверждает, что ИИ еще не готов «отделиться от человека» и стать полноправным субъектом права.

Идентичное мнение было высказано представителем ВОИС на вебинаре «Политика ВОИС в области интеллектуальной собственности и искусственного интеллекта». Авторское право тесно связано с человеческой деятельностью, в отличие, например, от патентного права, когда изобретения могут не иметь такой тесной связи с творчеством, в связи с чем, как считает представитель ВОИС, в ближайшей перспективе государства будут придерживаться концепции человека-автора<sup>28</sup>.

Таким образом, маловероятно, что в ближайшее время ИИ можно будет признать автором в целях защиты его авторских прав, поэтому необходимо, как минимум, определить статус произведений, созданных непосредственно ИИ. Поскольку предоставление авторских прав разработчику программы ИИ может послужить сдерживающим фактором для создания программ в интересах общества, такой вариант видится нецелесообразным. Представляется, что присвоение произведениям, созданным ИИ, статуса общественного достояния является наилучшим решением данной проблемы на сегодняшний день.

<sup>26</sup> Кашкин С. Ю. Искусственный интеллект и робототехника: возможность вторжения в права человека и правовое регулирование этих процессов в ЕС и мире // Lex russica. 2019. № 7. С. 151—159.

<sup>27</sup> AI-powered camera used to replace humans during soccer games confuses referee's bald head with the ball during a game, denying viewers a look at field // URL: <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-8889809/AI-camera-used-replace-humans-soccer-games-confuses-referees-bald-head-ball.html> (дата обращения: 24.12.2020).

<sup>28</sup> См. запись вебинара «Политика ВОИС в области интеллектуальной собственности и искусственного интеллекта» (URL: <https://register.gotowebinar.com/recording/202143425396311311> (дата обращения: 24.12.2020)).

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бирюков П. Н.* Деятельность США в сфере использования искусственного интеллекта // Вестник Воронежского государственного университета. — Серия : Право. — 2019. — № 3 (38). — С. 324—334.
2. *Иоффе О. С.* Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие : учебное пособие. — М. : Знание, 1969.
3. *Кашкин С. Ю.* Искусственный интеллект и робототехника: возможность вторжения в права человека и правовое регулирование этих процессов в ЕС и мире // Lex russica. — 2019. — № 7. — 151—159.
4. *Луткова О. В.* Классификация субъектов трансграничных авторско-правовых отношений // Актуальные проблемы российского права. — 2016. — № 11 (72). — С. 112—120.
5. *Луткова О. В.* Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2018.
6. *Guadamuz A.* Artificial intelligence and copyright // WIPO Magazine. — 2017. — № 5. — P. 14—19.
7. *Kurzweil R.* The Age of Intelligent. — Cambridge (Massachusetts, USA) : MIT Press, 1990.





**Сергей Евгеньевич  
БИБИКОВ,**

аспирант Университета  
имени О.Е. Кутафина  
(МГЮА),  
стажер Московской  
городской коллегии  
адвокатов

«Бюро адвокатов «Де-юре»»  
**bibikov\_legist@mail.ru**  
119021, Россия, г. Москва,  
Зубовский б-р, д. 27/26,  
стр. 3

## КОЛЛИЗИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА ЛИЦ В ОТНОШЕНИЯХ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

**Аннотация.** В настоящем исследовании освещается проблема установления применимого права к отношениям трансграничной несостоятельности юридического лица. Автором рассматриваются различные подходы к выбору применимого права к ответственности контролирующих лиц, приводится зарубежный опыт и раскрываются основные тенденции по разрешению коллизионной проблемы. Отмечается, что отсутствие правового регулирования отношений трансграничной несостоятельности, в том числе коллизионных норм, не позволяет кредиторам в полной мере взыскивать убытки с контролирующих лиц, активы которых находятся в иностранной юрисдикции. В целях устранения противоречий на практике предлагается закрепление в гражданском законодательстве самостоятельной коллизионной нормы об ответственности контролирующих лиц в отношении трансграничной несостоятельности юридического лица. Делается вывод о том, что коллизионный выбор применимого права к спорным правоотношениям напрямую зависит от юрисдикции того государства, в котором возбуждено производство по делу о трансграничной несостоятельности юридического лица.

**Ключевые слова:** трансграничная несостоятельность, контроль, ответственность контролирующих должника лиц, личный статут, субсидиарная ответственность, коллизионное регулирование.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.212-218

**S. E. BIBIKOV,**

post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
legal assistant of Moscow City Bar Association "Law Office 'De-jure'"  
**bibikov\_legist@mail.ru**

119021, Russia, Moscow, Zubovsky boul., 27/26, str. 3

### COLLISIONAL LEGAL REGULATION OF THE RESPONSIBILITY OF THE CONTROLLING DEBTOR IN RESPECT OF CROSS-BORDER INSOLVENCY

**Abstract.** This study highlights the problem of establishing the applicable law for cross-border insolvency relations of a legal entity. The author examines various approaches to the choice of the applicable law to the liability of controlling persons, provides foreign experience and reveals the main



*trends in resolving conflict issues. It is noted that the lack of legal regulation of cross-border insolvency relations, including conflict of laws rules, does not allow creditors to fully recover losses from controlling persons whose assets are in foreign jurisdiction. In order to eliminate contradictions in practice, it is proposed to consolidate in civil legislation an independent conflict of laws rule on the liability of controlling persons in relations of cross-border insolvency of a legal entity. It is concluded that the conflict-of-law choice of the applicable law to disputed legal relations directly depends on the jurisdiction of the state in which the proceedings on the cross-border insolvency of a legal entity are initiated.*

**Keywords:** *Cross-border insolvency, control, responsibility of persons controlling the debtor, personal statute, subsidiary liability, conflict of laws regulation.*

**Т**рансграничная несостоятельность юридического лица — это сложный комплекс отношений, возникающих в связи с неплатежеспособностью компании, выходящей за пределы юрисдикции двух и более государств. Одним из принципиальных вопросов трансграничной несостоятельности является ответственность контролирующих лиц отвечать за действия или бездействие, приведшие компанию к банкротству.

Как показывает практика, контролируемыми лицами могут являться любые субъекты гражданского права (граждане, юридические лица, публично-правовые образования, члены органов управления юридического лица, ликвидатор), установившие фактический контроль за управлением юридическим лицом<sup>1</sup>.

Важно отметить, что привлечение контролирующих лиц к гражданско-правовой ответственности по долгам юридического лица является исключением из общего правила о раздельной имущественной ответственности юридического лица и его участников (ст. 56 ГК РФ), такие лица могут быть привлечены к имущественной ответственности, в том числе, если их недобросовестное поведение способствовало возникновению признаков несостоятельности у контролируемой ими компании и привело к невозможности полного удовлетворения требований кредиторов<sup>2</sup>.

При динамичности развития норм об ответственности контролирующих должника лиц в российском правовом порядке нельзя не обращать внимания на проблему выбора применимого права к отношениям, осложненным иностранным элементом. Интерес к затронутой проблеме подогревает не только отсутствие в законодательстве коллизионных норм об ответственности контролирующих лиц, но и сугубо сдержанный подход российского законодателя в области развития

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> В зарубежном праве институт ответственности контролирующих лиц получил развитие в виде концепции «прокалывания корпоративной вуали» (Англия, США) или концепции «пронизывающей ответственности» (Германия). Указанные теории находят отражение и в российской практике. См., например: постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.11.2017 по делу № А22-941/2006) // СПС «КонсультантПлюс».



международного сотрудничества и оформления судебной компетенции по рассмотрению дел о несостоятельности юридических лиц.

Говоря о специфике коллизионного выбора применимого права к ответственности контролирующих лиц, следует упомянуть о прямой связи затронутой проблемы с различными институтами международного частного и публичного права, прежде всего с личным статутом юридического лица и сферой действия законодательства о несостоятельности (банкротстве).

Стоит отметить, что в российском праве регламентация отношений трансграничной несостоятельности ограничивается единичными положениями Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве), которыми закрепляются применение национального режима в отношении иностранных кредиторов компании-должника, а также порядок признания решений иностранных судов о несостоятельности на территории Российской Федерации<sup>3</sup>.

В отличие от зарубежных правопорядков, действующее российское законодательство придерживается одностороннего подхода в правовом регулировании отношений трансграничной несостоятельности. Российский законодатель опускает ситуации, когда иностранный элемент присутствует в отношении должника — юридического лица (п. 1 ст. 1186 ГК РФ)<sup>4</sup> и исключает банкротство иностранных компаний в российской юрисдикции (ст. 1 Закона о банкротстве). В практическом плане это упрощает для судов процесс поиска применимого права к спорному трансграничному правоотношению, поскольку в таком случае разрешение коллизионной проблемы строится вокруг российского должника и большая часть обстоятельств по делу о несостоятельности имеет связь с территорией Российской Федерации.

Рассматривая коллизионное регулирование ответственности контролирующих лиц, нельзя не сказать об отсутствии в юридической науке единого подхода к выбору применимого права.

Казалось бы, решением проблемы являются коллизионные нормы пп. 9 п. 2 и п. 4 ст. 1202 ГК РФ о применении к вопросам об ответственности контролирующих лиц российского права (*lex fori*) или по требованию кредитора — личного закона компании-должника (*lex societatis*). Однако указанные положения, относящиеся к корпоративным случаям привлечения контролирующих лиц к ответственности, не учитывают специфику производства по делу о несостоятельности, в частности полномочия арбитражного управляющего по подаче заявления о привлечении контролирующих лиц должника к ответственности (ст. 61.14

<sup>3</sup> См., например: Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Ст. 1, ч. 3 ст. 29, абз. 8 ч. 9 ст. 26.1, абз. 7 ч. 3 ст. 29, ч. 2 ст. 61.22 // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 419.

<sup>4</sup> Российские суды допускают банкротство иностранного гражданина, если последний имеет активы или место жительства на территории России. Позиция практики: банкротство гражданина есть процедура списания долгов, имевших место в России. См.: определение Арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 30.06.2016 по делу № А81-6187/2015 ; определение Арбитражного суда г. Москвы от 10.10.2016 по делу № А40-186978/15-44-335Б // СПС «КонсультантПлюс».

Закона о банкротстве). Кроме того, ставится под сомнение принцип равноправного положения кредиторов в ситуации, когда один из кредиторов определяет по своему усмотрению применимое право, а другие вынуждены присоединяться к такому выбору.

Очевидно, что для многих правовых систем *lex societatis* выступает в качестве наиболее приемлемого варианта выбора применимого права (*choice of law*), поскольку его применение обеспечивает единообразный подход к защите интересов и процессуальных прав кредиторов должника.

Следует отметить, что в современных правовых системах вопросы ответственности контролирующих лиц урегулированы разными нормами права, в одних странах — корпоративным законодательством (Испания, Дания), в других — законодательством о несостоятельности (Россия, Германия, Франция), в третьих используется смешанный подход (Великобритания). При этом основания и условия привлечения к ответственности контролирующих лиц, стандарты доказывания также различаются<sup>5</sup>.

Представляется, что потребность в *lex societatis* возникает в тех странах, в которых ответственность контролирующих лиц урегулирована нормами корпоративного права, и законодательное регулирование позволяет кредитору или должнику избирать иностранные материальные нормы.

Отметим, что такая ситуация встречается в практике государств Европейского Союза, в которых проблема выбора применимого права получила свое развитие за счет предоставления юридическим лицам возможности беспрепятственно перемещать свои зарегистрированные офисы на территории Европейского Союза<sup>6</sup> и пользоваться равными возможностями. Унификационные и гармонизационные процессы на уровне интеграционного объединения<sup>7</sup> позволяют юридическим лицам возбуждать производства о несостоятельности компаний в государствах — членах Европейского Союза, отличных от места нахождения зарегистрированного офиса.

Напротив, в странах, в которых нормы об ответственности контролирующих лиц закреплены в национальных законах о несостоятельности либо в которых не развита система трансграничной несостоятельности, выбор применимого права смещается в сторону юрисдикции, где конкуренции коллизионных принципов особо не наблюдается. Как нам представляется, в этом аспекте коллизионно-правовая проблема поглощается императивными предписаниями закона, если сам законодатель разрешает применять иностранное право в случае возбуждения нескольких трансграничных производств о несостоятельности.

В литературе можно встретить и другие подходы к выбору применимого права. Например, К. Вандекерхофе исходит из деликтной природы ответственности контролирующих лиц и предлагает определять применимое право к спорным

<sup>5</sup> *Ramsay I. Company Directors' Liability for Insolvent Trading. CCH Australia, 2000. P. 169.*

<sup>6</sup> Договор, учреждающий Европейское сообщество 1957 г. Ст. 48 ; Договор о функционировании Европейского Союза 1957 г. Ст. 26, 49 // URL: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (дата обращения: 10.12.2020).

<sup>7</sup> Регламент Европейского Союза от 20.05.2015 № 2015/848 о производстве по делам о несостоятельности // URL: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (дата обращения: 10.12.2020).



правоотношениям по *lex delicti*<sup>8</sup>. А. В. Асоков считает оптимальным применение права существа отношений к ответственности контролирующих лиц (*lex cause*)<sup>9</sup>. Нельзя не забывать об общем инструментарии международного частного права — принципе наиболее тесной связи (п. 2 ст. 1186 ГК РФ) и норм непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ), которые могут быть использованы для разрешения коллизионной проблемы.

Однако на практике ключевыми факторами в выборе коллизионного критерия в отношении к ответственности контролирующих лиц оказываются подходы к решению вопросов о компетентном суде, процессуальном праве и экстерриториальных последствиях судебных актов по делу о несостоятельности юридического лица. Принимая во внимание значение юрисдикционных вопросов, российские суды, основываясь на зарубежном опыте, идут по пути подчинения коллизионного регулирования ответственности контролирующих лиц месту возбуждения производства о несостоятельности юридического лица, которым является российское право (*lex fori concursus*)<sup>10</sup>.

Как можно заметить, ограничения в применении национального законодательства в иностранной юрисдикции сводятся к тому, что большая часть положений о несостоятельности обусловливается большей долей публичного интереса и императивных предписаний. Как следствие, нарушение суверенных интересов государства производства по делу о несостоятельности позволяет иностранным судам отказывать в применении норм иностранного права<sup>11</sup>.

Взаимосвязь юрисдикции производства по делу о несостоятельности и коллизионного регулирования заключается в том, что, с одной стороны, положения о трансграничной несостоятельности определяют процедуру производства по делу о несостоятельности должника, с другой стороны, возбуждение производства по делу по правилам того или иного государства автоматически влечет тот же выбор применимого права, если государство не разрешило экстерриториально признавать последствия несостоятельности, имевшие место при производстве по делу в другом государстве.

Как справедливо подмечает А. А. Рягузов, сложная достижимость трансграничных банкротств на практике объясняется тем, что, допуская применимость иностранного судебного решения о введении процедуры несостоятельности, иностранных процедур банкротства и, соответственно, иностранного конкурсного права на своей территории, государство фактически вынуждено отказываться от части своего суверенитета, поступаясь принципом автономии своей суверенной власти<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> См., например: *Vandekerckhove K. Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach (European Company Law)*. Publisher : Kluwer Law International, 2007. P. 586.

<sup>9</sup> *Асоков А. В.* Коллизионное регулирования снятия корпоративных покровов // *Вестник гражданского права*. 2013. № 5. С. 23.

<sup>10</sup> Впервые коллизионная привязка *lex fori concursus* получила отражение в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.11.2013 № 10508/13 по делу № А40-108528/12-50-1134 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>11</sup> См., например: постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 01.04.2015 по делу № А53-18803/2011 // (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>12</sup> *Рягузов А. А.* Методы регулирования трансграничной несостоятельности // *Международное публичное и частное право*. 2007. № 3. С. 8.

Для повышения привлекательности российского законодательства о несостоятельности, Минэкономразвития РФ был подготовлен проект федерального закона «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)»<sup>13</sup>, в котором предлагалось закрепить систему правового регулирования трансграничного банкротства, основанную на возможности возбуждения параллельных производств одновременно в нескольких государствах, и универсальную коллизионную привязку *lex fori concursus* для разрешения материально-правовых вопросов трансграничной несостоятельности. Из-за критики положений, касающихся определения судебной компетенции по делу о трансграничной несостоятельности, законопроект так и остался нереализованным.

В целом сама идея закрепления в российском законодательстве системы основного и вторичных производств по делу о трансграничной несостоятельности оказалась удачной, преимущества внедрения такой юридической технологии мы видим в повышении возможностей формирования объема конкурсной массы российских должников (например, за счет оспаривания сделок, взыскания убытков с менеджмента в иностранной юрисдикции), а также признания и исполнения российских решений в иностранной юрисдикции.

Более того, в законопроекте о трансграничной несостоятельности нашли отражение вопросы применимого права к ответственности контролирующих должника лиц, которые разработчики справедливо подчинили праву страны места возбуждения производства по делу о трансграничной несостоятельности.

В связи с тем, что положения законодательства о трансграничной несостоятельности не получили законодательного оформления, полагаем, что коллизионная норма об ответственности контролирующих лиц в отношениях трансграничной несостоятельности юридического лица должна найти отражение в коллизионном регулировании Российской Федерации.

Закрепление в гражданском законодательстве *lex fori concursus* в качестве самостоятельной коллизионной привязки позволит на практике избежать многих проблем, которые могут возникнуть в случае конфликта *lex societatis* и *lex delicti*, с одной стороны, и императивных норм законодательства места производства по делу о банкротстве — с другой.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Асосков А. В. Коллизионное регулирование корпоративных покровов // Вестник гражданского права. — 2013. — № 5. — С. 120—144.
2. Будылин С. Л., Иванец Ю. Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2013. — № 7. — С. 80—125.
3. Евтеев К. И. Применимое право при привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц в рамках трансграничного банкротства // Евразийский юридический журнал. — 2017. — № 2. — С. 251—270.

<sup>13</sup> Проект федерального закона «О трансграничной несостоятельности» (подготовлен Минэкономразвития России, не внесен в Государственную Думу, текст по состоянию на 26.09.2011) // СПС «КонсультантПлюс».



4. Международное частное право : учебник / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Доронина [и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : ИЗИСП при Правительстве РФ, Контракт, 2018. — 848 с.
5. *Мохова Е. В.* Центр основных интересов должника при трансграничной несостоятельности: перспективы введения в России новых правовых конструкций // Закон. — 2012. — № 10. — С. 111—127.
6. *Собина Л. Ю.* Признание иностранных банкротств в международном частном праве. — М. : Статут, 2012. — 240 с.
7. *Fletcher I. F.* Insolvency in Private International Law: National and International Approaches. — Oxford, 2005. — 716 p.
8. *Moss G., Fletcher I., Isaacs S.* The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide. — Oxford, 2002. — 600 p.
9. *Rammelo S.* Corporations in private international law: a European perspective. — Oxford, 2001. — 400 p.
10. *Vandekerckhove K.* Piercing the Corporate Veil. — Kluwer Law International, 2007. — 765 p.



## ПРАВО КАК ОПРЕДЕЛЯЮЩИЙ ФАКТОР ДЛЯ РАЗВИТИЯ КРИПТОИНДУСТРИИ

**Аннотация.** Рост сектора бизнеса, связанного с оборотом цифровых финансовых активов, утилитарных цифровых прав и криптовалют, приводит к тому, что в большинстве стран мира принимаются административные, финансовые, правовые и иные меры, нацеленные на защиту инвесторов, противодействие мошенничеству, сбор налогов и т.п. Однако до сих пор в научной юридической литературе недостаточное внимание уделяется рассмотрению степени влияния тех или иных мер на развитие криптоиндустрии в целом. В связи с этим автором статьи было проведено исследование влияния юридических факторов на количество действующих ICO (Initial Coin Offering) компаний в некоторых юрисдикциях.

В целях исследования были использованы методы сбора и анализа данных для получения информации о количестве действующих ICO-проектов в конкретный момент времени в различных государствах, сравнительно-правовые методы, а также визуализация полученных результатов через построение графиков временных рядов. Построенные графики отражают изменение количества ICO-проектов в некоторых государствах до и после появления правовых актов, регулирующих различные сферы деятельности ICO-компаний. Также описаны основные характеристики правовых актов, которые в наибольшей степени повлияли на изменение количества новых ICO-проектов в различных юрисдикциях. Итогом работы стала визуализация зависимости между правовым регулированием оборота цифровых финансовых активов, утилитарных цифровых прав, криптовалют и количеством новых ICO-проектов. Автором также приводится обоснование позиции существенного влияния права на тенденции дальнейшего развития криптоиндустрии в конкретных юрисдикциях.

**Ключевые слова:** цифровые финансовые активы, утилитарные цифровые права, криптовалюта, ICO, токен, право, анализ данных, криптоиндустрия, криптоэкономика.



**Михаил Юрьевич  
КУЗЬМЕНКОВ,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**kuzmenkov.m.u@yandex.ru**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.219-227

**M. U. KUZMENKOV,**

post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
**kuzmenkov.m.u@yandex.ru**  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### **LAW AS A DETERMINING FACTOR FOR THE DEVELOPMENT OF THE CRYPTO INDUSTRY**

**Abstract.** *The growing sector of business related to the turnover of digital financial assets, utilitarian digital rights and cryptocurrencies leads to the fact that in most countries of the world administrative, financial, legal and other measures are taken aimed at protecting investors, countering fraud, collecting taxes and other tasks. However, until now, in the scientific legal literature, insufficient attention is paid to considering the degree of influence of certain measures on the development of the crypto industry as a whole. In this regard, the author of the article conducted a study of the influence of legal factors on the number of active ICO (Initial Coin Offering) companies in some jurisdictions. For the purpose of the study, methods of data collection and analysis were used to obtain information about the number of active ICO projects at a particular time in different states, comparative legal methods, as well as visualization of the results obtained through the construction of time series graphs. The constructed graphs reflect the change in the number of ICO projects in some states before and after the appearance of legal acts regulating various areas of ICO companies' activities. Also, the main characteristics of legal acts that have most influenced the change in the number of new ICO projects in different jurisdictions were described. The result of the work was the visualization of the relationship between the legal regulation of the turnover of digital financial assets, utilitarian digital rights, cryptocurrencies and the number of new ICO projects. The author also provides a justification for the position of the significant influence of law on the trends of further development of the crypto industry in specific jurisdictions.*

**Keywords:** *digital financial assets; utilitarian digital rights; cryptocurrency; ICO; token; law; data analysis; crypto industry; crypto economy.*

С каждым годом в мире растет количество компаний, которые привлекают в качестве инвестиций криптовалюты, а не классические деньги. По данным агрегатора ICO (Initial Coin Offering) проектов ICObench, на момент написания данной научной статьи в США через такие инвестиционные проекты было привлечено свыше 7 млрд долл., в Сингапуре — более 2 млрд долл., а в Швейцарии — более 1,5 млрд долл. США.

В юридической литературе отмечается, что суть ICO-проектов заключается в продаже выпущенных криптоактивов за криптовалюту<sup>1</sup>. В какой-то степени

<sup>1</sup> Лукасевич И. Я. ICO как инструмент финансирования бизнеса: мифы и реальность // Экономика. Налоги. Право. 2018. № 2. С. 41—51.

мы можем поставить знак приблизительного равенства между ICO и выпуском ценных бумаг компанией, которая пытается привлечь дополнительный капитал. Однако, в отличие от классического способа привлечения инвестиций через ценные бумаги, выпуск криптоактивов обладает более сложной экономической и юридической структурой. Возможно, именно этот факт привел к существенно различающимся подходам к правовому регулированию выпуска и оборота криптоактивов в разных странах.

Так, профессор М. А. Егорова отмечает, что в мире существует «глубокое противоречие национальных подходов к регулированию криптовалют»<sup>2</sup>. Вместе с тем почти каждое государство так или иначе сталкивается с необходимостью принятия новых законодательных решений. Как правило, такие решения сводятся либо к внесению поправок в законы о ценных бумагах, о противодействии отмыванию денежных средств, о платежных услугах и т.д., либо к принятию специальных правовых актов, которые регулируют только процедуру выпуска и оборота криптоактивов.

Регулирование данной сферы в разных юрисдикциях значительно различается. Существует и большой разрыв в фактическом количестве зарегистрированных в разных государствах ICO-компаний. На рис. 1 представлена карта мира, где более темным цветом обозначены государства с большим количеством ICO-проектов, а более светлым — с меньшим.

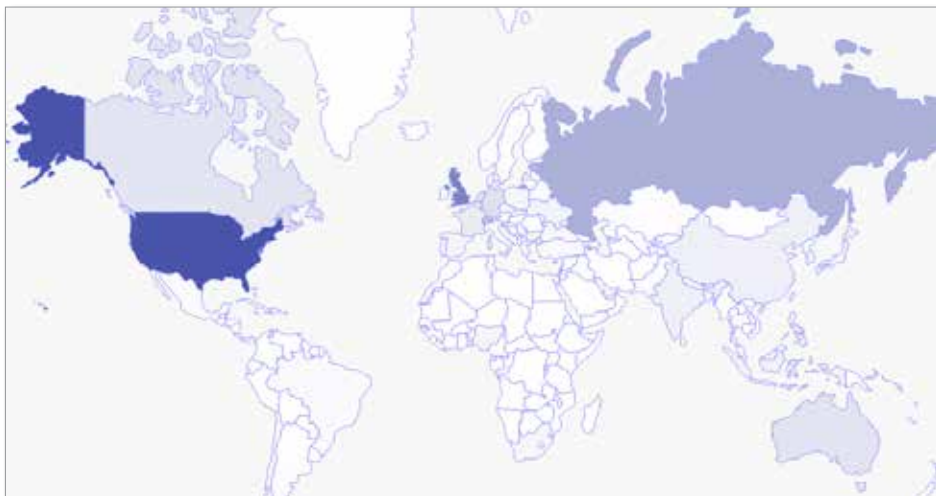


Рис. 1. Относительное количество ICO-проектов в странах мира (источник: статистика портала ICObench<sup>3</sup>)

Рисунок 1 приведен автором статьи, чтобы показать читателю, что в мире существует очевидный дисбаланс в предпочтениях ICO-компаний в выборе

<sup>2</sup> Егорова М. А. Биткоин как особый вид криптовалюты: понятие, значение и перспективы правового регулирования в предпринимательской деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 83—89.

<sup>3</sup> ICObench: Stats and Facts // URL: <https://icobench.com/stats> (дата обращения: 20.11.2020).



юрисдикции для регистрации компании. В научной литературе нередко делаются ссылки на представителей бизнеса и экспертов, которые называют правовой режим одним из главных факторов, влияющих на выбор юрисдикции для ведения бизнеса<sup>4</sup>. Конечно, помимо правового режима, существуют и другие факторы, которые определяют привлекательность юрисдикции для ICO-компаний. Например, предположение о привлекательности юрисдикций можно было бы сделать, основываясь на международном индексе развития информационно-коммуникационных технологий (IDI)<sup>5</sup> или индексе цифровой экономики и общества (DESI)<sup>6</sup>.

По мнению автора, оценка государств с точки зрения экономических показателей и показателей развития цифровых технологий не должна играть ключевую роль в выборе подходящей юрисдикции для ведения бизнеса. Прежде всего потому, что деятельность ICO-проектов носит трансграничный характер, и предложение о покупке криптоактивов даже из менее экономически развитого государства будет доступно для инвесторов из большинства юрисдикций. Главным фактором при выборе места формального присутствия компании станет именно правовой режим, который будет либо накладывать дополнительные обременения на бизнес, либо стимулировать его.

Однако тогда возникает вопрос: какие именно юридические факторы играют ключевую роль в развитии криптоэкономики. К примеру, как можно узнать, повлиял ли закон о платежных услугах Японии (Payment Services Act)<sup>7</sup> на привлекательность юрисдикции для ICO-компаний. Поправки к закону о платежных услугах Японии вводят понятие «виртуальная валюта» и признают ее платежным средством, устанавливают систему лицензирования криптобирж и обменников, а также регламентируют специальные требования к безопасности оборота криптоактивов.

Как отмечает М. А. Егорова, в Японии также были выдвинуты весьма обременительные требования к бизнесу, в частности для «работы с цифровыми активами, юридическим лицам необходимо иметь резервный фонд (от 100 тыс. долл. США) и регулярно отчитываться в налоговый орган»<sup>8</sup>.

Мы можем по-разному оценивать влияние нового закона Японии на дальнейшую судьбу криптобизнеса. С одной стороны, требования о наличии резервного фонда и специальные инструкции относительно безопасности являются весьма обременительными. Теперь, например, не каждая компания сможет начать свой бизнес в сфере обмена криптовалют. С другой стороны, появление даже таких строгих правил вносит правовую ясность. Мы не можем отрицать, что понятные правила работы способствуют привлекательности юрисдикции. Вопрос состоит лишь в балансе обременительности и ясности правового регулирования.

<sup>4</sup> Малахина О. М., Малахин В. Н. Цифровизация криптосферы стран ЕАЭС: состояние и перспективы // Вестник Университета. 2019. № 6. С. 143—147.

<sup>5</sup> ICT Development Index 2020: A proposal // URL: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/events/egti2020/IDI2020\\_BackgroundDocument\\_20200903.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/events/egti2020/IDI2020_BackgroundDocument_20200903.pdf) (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>6</sup> Индекс цифровой экономики и общества (DESI) // URL: <https://eufordigital.eu/ru/library/digital-economy-and-society-index-desi-2020/> (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>7</sup> Payment Services Act No. 59 of June 24. 2009.

<sup>8</sup> Егорова М. А. Проблемы соотношения и правового регулирования криптовалюты, биткоина, цифровой и виртуальной валюты: российский и зарубежный опыт // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 2. С. 53—57.

В поисках более-менее объективного критерия влияния правового регулирования на развитие криптоиндустрии мы пришли к выводу, что таким критерием могло бы стать сравнение фактически действовавших ICO-проектов до вступления в силу соответствующих законов/постановлений/декретов и после.

Для анализа были выбраны следующие юрисдикции: Германия, Швейцария, Эстония. Эти страны характеризуются специфичными подходами к правовому регулированию оборота цифровых активов. Правовое регулирование России не рассматривалось, так как соответствующие законы в России были приняты относительно недавно, поэтому невозможно собрать достаточную базу данных о новых ICO-проектах — они еще не появились.

Количество ICO-проектов, зарегистрированных в различных государствах, было собрано на так называемых агрегаторах ICO-проектов<sup>9</sup>. Существует огромное количество таких агрегаторов. Для анализа были выбраны три из них, по мнению автора, наиболее популярные: ICObench<sup>10</sup>, Neironix<sup>11</sup> и Foundico<sup>12</sup>. Если один ICO-проект был зарегистрирован одновременно на нескольких платформах, то считалась регистрация только на одной платформе. Затем была проанализирована законодательная база указанных стран на предмет даты принятия основных правовых актов, регулирующих различные стороны деятельности криптобизнеса. После этого автором был проведен сравнительный анализ изменения количества действующих ICO-компаний в разных государствах до и после принятия соответствующих правовых актов.

Так, на рис. 2 представлен график количества ICO-проектов, действовавших в разное время в Швейцарии. Для построения данного графика было

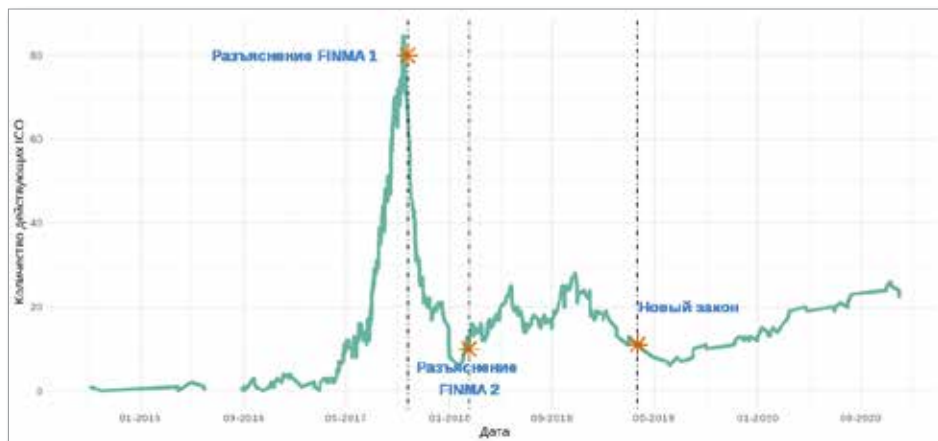


Рис. 2. Количество ICO проектов в Швейцарии (составлено автором)

<sup>9</sup> Под агрегаторами ICO-проектов в рамках статьи понимаются веб-платформы, на которых ICO-компании размещают информацию о себе, фактически рекламируя свой проект.

<sup>10</sup> URL: <https://icobench.com/icos?> (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>11</sup> URL: <https://neironix.io/ru/ico-rating?type=&text=&category=&type=&country=> (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>12</sup> URL: <https://foundico.com/ru/icos/> (дата обращения: 20.11.2020).



проанализировано 673 компании, зарегистрированных в Швейцарии. Звездочками на графике обозначен момент первого опубликования или вступления в силу правового акта, затрагивающего оборот цифровых активов. В частности, на рис. 2 видно, что первым таким актом в Швейцарии стало разъяснение Швейцарской службы по надзору за финансовыми рынками (FINMA). Затем, уже в 2018 г., было опубликовано второе разъяснение. А в 2019 г. был впервые опубликован проект закона (Blockchain Act), который регламентировал оборот цифровых активов в Швейцарии.

Очевидно, за первым разъяснением FINMA последовало резкое снижение количества новых инвестиционных проектов. Данное разъяснение впервые пролило свет на правовую природу токенов, а именно указало на применение банковского законодательства к коммерческой деятельности, связанной с криптовалютами, и законодательства о фондовом рынке к некоторым типам токенов. Второе разъяснение FINMA еще раз подтвердило эту позицию и установило более четкие границы между различными типами токенов и применимым законодательством. «Новый закон» на графике обозначает принятый в Швейцарии Blockchain Act, который представляет собой поправки к правовым актам, включая Закон «О банкротстве» и Закон «О фондовой бирже». Закон окончательно легализует свободный оборот криптовалют.

В качестве следующего объекта исследования рассмотрены ICO-компании, зарегистрированные в Эстонии. В указанных на рис. 3 временных рамках в Эстонии было зарегистрировано 543 ICO-проекта. Звездочками также отмечено время опубликования или вступления в силу правовых актов, которые, по мнению автора, являются наиболее значимыми с точки зрения их влияния на правовой климат криптоэкономики в стране.

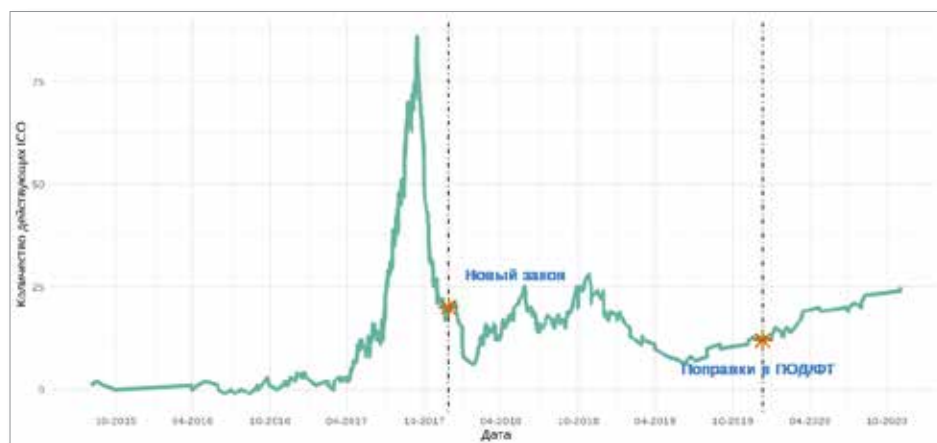


Рис. 3. Количество ICO-проектов в Эстонии (составлено автором)

В ноябре 2017 г. в Эстонии были приняты поправки к Закону «О борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма»<sup>13</sup> (на рис. 3 — «Новый закон»).

<sup>13</sup> Money Laundering and Terrorist Financing Prevention Act // URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/517112017003/consolide> (дата обращения: 20.11.2020).



Поправки ввели термин «виртуальная валюта» и регистрацию провайдеров услуг с виртуальной валютой (хранение, обмен криптовалют на фиатную валюту). Однако дата принятия данного Закона следует после резкого падения интереса новых ICO-проектов к данной юрисдикции. Как известно, законы не появляются вдруг. Их принятию предшествуют длительные консультации, обсуждения, опубликование проекта и т.д. Судя по графику, между пиком и датой принятия Закона прошло не более 6 месяцев. Вероятно, обсуждение новых поправок, даже до их вступления в силу, оказало влияние на количество вновь зарегистрированных компаний.

Поправки в ПОД/ФТ на графике обозначают новые изменения в законодательстве Эстонии о противодействии терроризму. Эти изменения были продиктованы принятием Директивы ЕС «О предотвращении использования финансовой системы в целях отмывания денег или финансирования терроризма» (AMLD 5)<sup>14</sup>.

Директива возложила на страны — члены ЕС обязанность обеспечить процедуры должной осмотрительности не только на сделки по обмену криптовалют на фиатную валюту, но и на сделки по обмену криптовалют на криптовалюту.

По аналогии было проанализировано состояние криптоиндустрии в Германии. В указанных на рис. 4 временных рамках в Германии было зарегистрировано 216 ICO-проектов. Здесь мы видим два наиболее значимых правовых акта. Первый — разъяснение Федерального управления финансового надзора Германии (BaFin)<sup>15</sup>, второй — закон «Об имплементации поправок в четвертую директиву ЕС об отмывании денег»<sup>16</sup>.

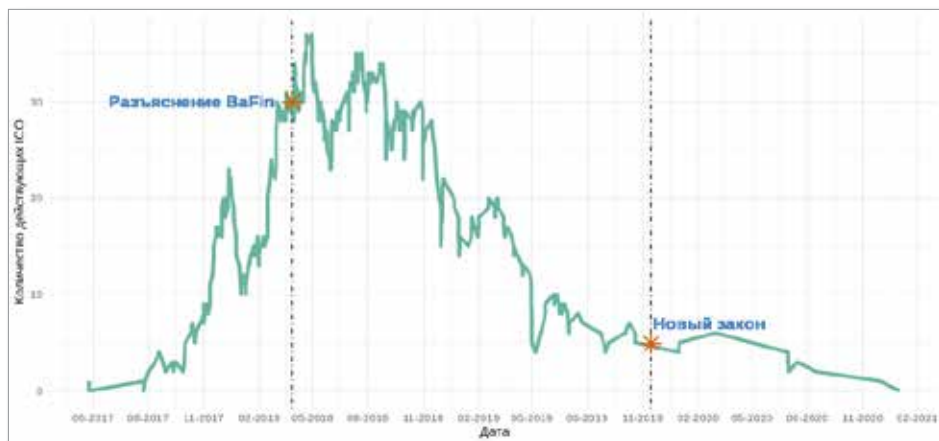


Рис. 4. Количество ICO-проектов в Германии (составлено автором)

<sup>14</sup> Директива (ЕС) 2018/843 Европейского парламента и Совета от 30.05.2018 «О внесении изменений в директиву (ЕС) 2015/849 о предотвращении использования финансовой системы в целях отмывания денег или финансирования терроризма и о внесении изменений в директивы 2009/138/ЕС и 2013/36/ЕС».

<sup>15</sup> Initial Coin Offerings: Advisory letter on the classification of tokens as financial instruments // URL: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/WA/dl\\_hinweisschreiben\\_einordnung\\_ICOs\\_en.html?nn=11089708](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/WA/dl_hinweisschreiben_einordnung_ICOs_en.html?nn=11089708) (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>16</sup> Закон ФРГ «Об имплементации поправок в четвертую директиву ЕС об отмывании денег». 15.11.2019 // URL: <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/druck>



Разъяснение BaFin, указанное на рис. 4, по своему содержанию сходно с разъяснением Швейцарской службой по надзору за финансовыми рынками (FINMA). То есть оно тоже требует применения законодательства о ценных бумагах, регистрации криптобирж и т.д. Но здесь, в отличие от графика по Швейцарии, мы не видим резкого падения количества новых ICO-проектов сразу после опубликования разъяснения. Этот график, скорее, показывает медленно затухающий тренд.

Такая ситуация может быть объяснена тем, что в Германии какое-то время существовала дискуссия по поводу правомерности определения правовой природы цифровых активов разъяснением органа исполнительной власти, а не законом. Немецкие суды в этом вопросе исходили из понимания правовой системы Германии как классического представителя романо-германской правовой семьи. В частности, в 2018 г. Берлинский окружной суд рассматривал дело по поводу деятельности незарегистрированной криптобиржи. Напомним, что разъяснение BaFin требовало проходить процедуру регистрации криптобиржами. Но в своем решении<sup>17</sup> суд отказался применять разъяснение BaFin на том основании, что орган исполнительной власти (в нашем случае BaFin) не наделен законодательными полномочиями и не может определять правовую природу криптовалют и толковать законы.

По нашему мнению, такая неопределенность в правовом регулировании привела к медленно угасающему количеству действующих ICO-проектов, а не их резкому сокращению.

Новый закон на рис. 4, как уже отмечалось, означает Закон «Об имплементации поправок в четвертую директиву ЕС об отмывании денег», в который включены поправки к различным правовым актам Германии. В целом эти поправки повторили разъяснения BaFin. Но теперь созданные BaFin правила приобрели юридическую силу закона.

Итак, исходя из проведенного в работе анализа, можно сделать несколько ключевых выводов:

1. Принятие правовых актов всегда оказывало значимое влияние на количество действующих ICO-компаний, зарегистрированных в конкретной юрисдикции. Соответственно, мы можем заключить, что правовой режим играет существенную роль в привлекательности разных государств для новых ICO-проектов. Поэтому исследование оборота цифровых активов нужно осуществлять в том числе в юридическом направлении.

2. Проведенный анализ показал, что количество действующих компаний наиболее чувствительно к новым правилам в сфере противодействия отмыванию денежных средств (ПОД/ФТ).

3. Исходя из построенных графиков, можно сделать вывод, что дальнейшее углубление правового регулирования цифровых активов (не только в сфере

---

sachen/2019/0501-0600/598-19.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=1 (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>17</sup> Решение Берлинского окружного суда по делу об организации криптовалютной торговой платформы. 25.09.2018 — (4) 161 Ss 28/18 (35/18) // URL: <https://www.online-und-recht.de/urteile/Handel-mit-Bitcoin-ist-nicht-straftbar-da-Bitcoin-kein-Finanzinstrument-im-Sinne-des-KWG-Kammergericht-Berlin-20180925/> (дата обращения: 20.11.2020).

ПОД/ФТ) также приводит к медленному сокращению количества действующих ICO-проектов (по крайней мере, в рассмотренных странах).

4. Драматическое падение количества новых ICO-проектов именно после введения требований ПОД/ФТ, а не иных требований (налогообложение, платежи за регистрацию и т.д.) может свидетельствовать о сокращении числа сомнительных и подозрительных компаний на крипторынке конкретного государства.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Дмитриева Г. К.* Цифровые финансовые активы: проблемы коллизии регулирования // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 5. — С. 120—128.
2. *Егорова М. А.* Биткоин как особый вид криптовалюты: понятие, значение и перспективы правового регулирования в предпринимательской деятельности // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 6. — С. 83—89.
3. *Егорова М. А.* Проблемы соотношения и правового регулирования криптовалюты, биткоина, цифровой и виртуальной валюты: российский и зарубежный опыт // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 2. — С. 53—57.
4. *Лукашевич И. Я.* ICO как инструмент финансирования бизнеса: мифы и реальность // Экономика. Налоги. Право. — 2018. — № 2. — С. 41—51.
5. *Малахина О. М., Малахин В. Н.* Цифровизация криптосферы стран ЕАЭС: состояние и перспективы // Вестник Университета. — 2019. — № 6. — С. 143—147.



**Кристина  
Владимировна  
ХАРЬКИНА,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**KristyKharkina@gmail.com**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ОСОБЕННОСТИ КВАЛИФИКАЦИИ ТРАНСГРАНИЧНОГО КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРА

**Аннотация.** Процесс квалификации трансграничного корпоративного договора представляет собой сложное правовое явление. На сегодняшний день ни в доктрине, ни в судебной практике не выработано единого подхода к разрешению проблем, возникающих на различных стадиях квалификации данного вида договора. Статья посвящена исследованию и раскрытию сущности каждой стадии квалификации трансграничного корпоративного договора. Кроме того, в статье проведен последовательный анализ проблем, которые могут возникнуть на каждой из стадий квалификации. На основании проведенного исследования автором сформулировано определение квалификации трансграничного корпоративного договора, выделены стадии (предварительная квалификация, первичная квалификация и вторичная квалификация), а также предложены возможные пути разрешения обозначенных проблем. Автором сформулирован следующий способ квалификации трансграничного корпоративного договора: применение права страны суда (*lex fori*) — при осуществлении предварительной и первичной квалификации; применение избранного материального права — на стадии вторичной квалификации.

**Ключевые слова:** трансграничный корпоративный договор, квалификация, договор простого товарищества, стадии квалификации, проблемы квалификации, способы квалификации.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.228-234

**K. V. KHARKINA,**

post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

**KristyKharkina@gmail.com**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### FEATURES OF CHARACTERIZATION OF A CROSS- BORDER CORPORATE AGREEMENT

**Abstract.** Characterization of a cross-border corporate agreement is a complex legal phenomenon. To date, neither the doctrine nor the judicial practice has developed a unified approach to resolving problems arising at various stages of characterization of this type of contract. The article is devoted to the study of each stage of characterization of a cross-border corporate agreement and disclosure of its essence. In addition, the article provides a consistent analysis

*of the problems that may arise at each stage of characterization. Based on the study, the author formulated the definition of the characterization of a cross-border corporate agreement, identified the stages (preliminary characterization, primary characterization, secondary characterization), and proposed possible ways to resolve the identified problems. The author has formulated the following way of characterization of a cross-border corporate agreement: application of lex fori—at the stage of preliminary and primary qualifications; application of the chosen substantive law — at the stage of secondary qualification.*

**Keywords:** *Cross-border corporate agreement, characterization, partnership agreement, stages of characterization, characterization issues, ways of characterization.*

**П**роцесс правовой квалификации является достаточно сложным правовым явлением. Ситуация осложняется отсутствием законодательного регулирования и существованием большого количества научных взглядов как в российской, так и в зарубежной доктрине.

Для целей настоящей статьи следует привести одно из определений квалификации. В частности, Р. И. Виноградова, Г. К. Дмитриева, В. С. Репин определяют квалификацию как «процесс толкования коллизийной нормы через установление ее смысла (раскрытие содержания составляющих ее юридических понятий и конструкций) и идентификации ее с фактическими обстоятельствами, при которых она должна быть применена»<sup>1</sup>.

Из данного определения следует, что для применения коллизийной нормы необходимо предварительно дать толкование самой норме, а также квалифицировать содержащиеся в ней юридические понятия.

С учетом различных подходов к определению понятия квалификации в литературе также существуют различные подходы к стадиям квалификации.

При расширенном подходе ученые выделяют четыре стадии квалификации<sup>2</sup>:

- первая стадия — предварительная квалификация, при которой суду следует определить, является ли отношение трансграничным;
- вторая стадия — первичная квалификация или квалификация при выборе применимого права, при которой уже происходит непосредственно квалификация фактических обстоятельств дела;
- третья стадия — вторичная квалификация или квалификация при применении избранного правопорядка, осуществляется в соответствии с нормами уже избранного правопорядка;
- четвертая стадия — квалификация при признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения / решения международного коммерческого арбитража.

<sup>1</sup> Виноградова Р. И., Дмитриева Г. К., Репин В. С. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / под ред. В. П. Мозолина. М. : Инфра-М ; Норма, 2002. С. 30.

<sup>2</sup> Мажорина М. В. Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой квалификации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 143—159.



Подобное выделение стадий представляется спорным. Например, Л. П. Ануфриева<sup>3</sup> и В. А. Канашевский<sup>4</sup> выделяют всего две стадии квалификации трансграничного отношения: первичную и вторичную квалификацию.

Несмотря на наличие большого количества исследований как по общим вопросам квалификации, так и по квалификации отдельных видов договоров, на сегодняшний день в литературе отсутствует единое комплексное исследование, посвященное понятию, стадиям и проблемам квалификации трансграничного корпоративного договора. Целью настоящей статьи является анализ указанных вопросов.

Чтобы сформулировать понятие квалификации трансграничного корпоративного договора, необходимо изначально установить стадии такой квалификации и раскрыть сущность этих стадий.

Исходя из существующих в доктрине подходов по вопросу квалификации, представляется, что в отношении трансграничного корпоративного договора целесообразно выделить три стадии: предварительной, первичной и вторичной квалификации.

На стадии **предварительной квалификации** трансграничного корпоративного договора осуществляется оценка фактического состава правоотношения, определяется, имеет ли данный договор признаки трансграничности, а также выделяются признаки, отличающие его от сходных договоров.

Несмотря на то, что стадия предварительной квалификации выделяется не всеми авторами (сторонниками выделения данной стадии являются, например, Е. В. Кабатова и С. Н. Лебедев<sup>5</sup>), вопрос определения наличия признаков трансграничности отношения играет очень важную роль, так как от него будет зависеть в том числе механизм определения круга применимых источников, как это установлено в ст. 1186 ГК РФ. В частности, на стадии предварительной квалификации определяется возможность применения международных договоров, содержащих унифицированные материальные или коллизионные нормы<sup>6</sup>.

Основная проблема, с которой может столкнуться правоприменитель на стадии предварительной квалификации отношений, возникших из трансграничного корпоративного договора, связана с **определением признаков трансграничности** данного договора. Исходя из анализа правовой природы и сущности корпоративного договора, можно установить, что единственным критерием, влияющим на трансграничность корпоративного договора, является субъект. Ни объект, ни юридический факт не могут являться самостоятельным и достаточным иностранным элементом, влияющим на признание корпоративного договора трансграничным. Если субъектом трансграничного корпоративного договора является иностранное юридическое лицо, то неизбежно возникает проблема определения национальности юридического лица и отнесения его к иностранному.

<sup>3</sup> Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник. М., 2000. Т. 1 : Общая часть. С. 242—248.

<sup>4</sup> Канашевский В. А. Международное частное право : учебник. М., 2009. С. 107—114, 261—276.

<sup>5</sup> Международное частное право : учебник : в 2 т. / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М. : Статут. 2011. Т. 1. С. 271.

<sup>6</sup> Мажорина М. В. Указ. соч.



А. И. Масляев отмечает, что на стадии предварительной квалификации могут возникнуть и иные вопросы. В частности, А. И. Масляев анализирует ситуацию, когда акционерное соглашение было подписано представителем по доверенности. По его мнению, в данном случае перед установлением применимого права необходимо также решить «предварительный вопрос о действительности доверенности, наличии полномочий у лица, выдавшего такую доверенность, наличии полномочий на подписание договора представителем акционера и, соответственно, о праве, регулирующем данные вопросы»<sup>7</sup>.

Представляется, что с точкой зрения автора полностью согласиться нельзя. Подобный частный случай действительно может возникнуть на практике, однако наличие или отсутствие надлежащим образом оформленной доверенности не влияет на процесс квалификации самого корпоративного договора в качестве трансграничного, что в первую очередь устанавливается на стадии предварительной квалификации. Процесс определения права, применимого к доверенности, по ст. 1217 ГК РФ является параллельным процессу квалификации трансграничного корпоративного договора, а потому не может быть включен в процесс осуществления предварительной квалификации последнего.

Следующий этап квалификации трансграничного корпоративного договора — **первичная квалификация**. На данной стадии признаки трансграничного корпоративного договора, выявленные на предварительной стадии, сопоставляются с понятиями правовой нормы с целью определения на основе коллизионной нормы применимого права и его применения.

В данном случае правоприменитель будет сопоставлять фактические обстоятельства с объемом коллизионной нормы, для того чтобы, руководствуясь привязкой, определить применимое к возникшим отношениям право. Однако спорным является вопрос, по праву какого государства необходимо толковать понятия, содержащиеся в объеме и привязке коллизионной нормы, ведь юридические понятия зачастую определяются в различных правовых порядках по-разному. Например, по-разному могут пониматься такие категории, как «место совершения сделки», «место учреждения юридического лица».

Доктриной и правоприменительной практикой было выработано три основных метода для осуществления первичной квалификации. Юридические понятия, содержащиеся в коллизионной привязке, могут определяться:

- 1) по праву страны суда (*lex fori*);
- 2) по праву, применимому к соответствующему отношению (*lex cause*);
- 3) путем автономной квалификации.

Метод квалификации по праву страны суда (*lex fori*) в российском праве является основным и закреплен в п. 1 ст. 1187 ГК РФ.

Исходя из законодательного регулирования, А. И. Масляев справедливо замечает, что при определении применимого права к отношениям, возникшим из акционерного соглашения, суду следует руководствоваться методом квалификации по праву страны суда (*lex fori*), как это установлено в п. 1 ст. 1187 ГК РФ. Представляется, что данный подход применим не только к акционерному соглашению, но и к другим видам корпоративных договоров.

<sup>7</sup> Масляев А. И. Акционерные соглашения в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 104.



Результат первичной квалификации применительно к трансграничному корпоративному договору будет заключаться в выборе на основе коллизионной нормы российского или зарубежного права в качестве применимого.

Такой результат, а именно избрание российского или зарубежного права как бы в обход международных договоров, содержащих унифицированные нормы, обусловлен отсутствием последних в настоящий момент. Однако в случае разработки и принятия государствами таковых суду следует сначала установить возможность применения международного договора.

Проблема, которая может возникнуть на стадии первичной квалификации отношений, возникших из трансграничного корпоративного договора, связана с *квалификацией юридических понятий, содержащихся в коллизионной норме, применимой к данным отношениям.*

В настоящий момент в российском праве существует отдельная коллизионная норма, посвященная трансграничным корпоративным договорам — ст. 1214 «Право, применимое к договору, связанному с осуществлением прав участников юридического лица...» ГК РФ. Из названия становится понятно, что сначала суду будет необходимо оценить фактические отношения на предмет того, связаны ли они с осуществлением прав участников юридического лица.

Например, отношения могут возникнуть из сходного с корпоративным договором договора простого товарищества (договора о совместной деятельности). При квалификации по *lex fori* суд обратится к ст. 1041 ГК РФ, в которой установлено, что по договору простого товарищества стороны обязуются действовать без образования юридического лица. Это, в свою очередь, означает, что объем коллизионной привязки, закрепленной в ст. 1214 ГК РФ, не совпадает с возникшими между сторонами фактическими отношениями, и суд будет вынужден обратиться к ст. 1211 ГК РФ, пункт 4 которой устанавливает, что в отношении договора простого товарищества применяется право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества.

Например, при рассмотрении спора еще до введения в действие ст. 1214 ГК РФ Восьмой арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что договор об осуществлении корпоративных прав фактически представляет собой договор о совместной деятельности, в связи с чем к нему должна применяться коллизионная норма о договоре простого товарищества, закрепленная в п. 4 ст. 1211 ГК РФ<sup>8</sup>.

В другом деле спор возник из соглашения о заключении в будущем договора простого товарищества, исполнение которого было обеспечено залогом акций. В связи с неисполнением данного соглашения одна из сторон обратилась в суд с требованием о возмещении ущерба, причиненного неисполнением данного соглашения. Суд пришел к выводу, что поскольку соглашение было обеспечено залогом акций, то это означает, что одна из сторон фактически приобретает корпоративные права, а значит, договор простого товарищества в данном случае, по мнению суда, носит корпоративный характер<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 29.11.2007 по делу № А75-7128/2006 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>9</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 22.06.2016 по делу № А56-31874/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

Следующая проблема, с которой столкнется суд на этапе первичной квалификации — это *квалификация понятий, содержащихся в привязке коллизионной нормы, закрепленной в ст. 1214 ГК РФ*. В частности, в данной статье указано, что к договору об осуществлении прав участника юридического лица подлежит применению право страны, в котором учреждено юридическое лицо.

Проблема места учреждения юридического лица связана с определением его личного закона, который по-разному толкуется в различных странах. В частности, в современной доктрине существуют четыре теории для определения национальности юридического лица: теория инкорпорации, теория оседлости, теория центра эксплуатации и теория контроля.

В случае если спор, возникший из трансграничного корпоративного договора, будет рассматриваться в российском суде, то суд будет исходить из правила, закрепленного в ст. 1202 ГК РФ, в соответствии с которой личный закон юридического лица определяется по праву страны, в которой учреждено такое юридическое лицо.

На следующем этапе возникнет необходимость в квалификации самого понятия «юридическое лицо». Может возникнуть ситуация, когда иностранная организация не является юридическим лицом по иностранному праву, и тогда формально к ней не может применяться ст. 1214 ГК РФ о договоре об осуществлении прав *юридического лица*. Однако при квалификации данного понятия по правилам п. 1 ст. 1187 ГК РФ (*lex fori*) данная организация может оказаться юридическим лицом по российскому праву, в связи с чем суд вполне обоснованно сможет применить ст. 1214 ГК РФ к данным правоотношениям.

Например, в Германии объединения лиц (товарищества), полное товарищество, негласное товарищество и т.д., хоть и являются организациями, но не являются юридическими лицами, и при квалификации данного понятия по праву Германии на основании п. 2 ст. 1187 ГК РФ суд, вероятнее всего, придет к выводу о невозможности применения ст. 1214 ГК РФ для определения применимого права.

В связи с этим А. Я. Аухатов считает формулировку ст. 1214 спорной и полагает, что необходимо в данной статье термин «юридическое лицо» заменить на более общий и широкий термин «организация», что позволит охватывать больший перечень компаний, как тех, которые являются юридическими лицами, так и тех, которые таковыми не являются<sup>10</sup>.

На стадии **вторичной квалификации** происходит применение материально-правовых норм избранного правопорядка. На данной стадии может возникнуть необходимость перекалфикации договора, определенного на стадии первичной квалификации, в договор иного вида.

Применительно к трансграничному корпоративному договору на данной стадии едва ли может возникнуть проблема перекалфикации, так как в целом договор об осуществлении прав участников юридического лица одинаково трактуется всеми правопорядками.

Таким образом, все вышеизложенное позволяет сформулировать определение квалификации трансграничного корпоративного договора.

<sup>10</sup> Аухатов А. Я. Российское законодательство в области коллизионно-правового регулирования юридических лиц // Журнал российского права. 2009. № 7. С. 105.



Квалификация трансграничного корпоративного договора представляет собой процесс сопоставления закрепленных в трансграничном корпоративном договоре отношений с юридическими понятиями правовой нормы с целью определения на основе коллизионной нормы применимого права и его применения.

Квалификация трансграничного корпоративного договора проходит три стадии:

- предварительная квалификация, в ходе которой осуществляется анализ отношения с целью выявления его договорного характера и признаков трансграничности;
- первичная квалификация — процесс сопоставления признаков трансграничного корпоративного договора, выявленных на предварительной стадии, с понятиями правовой нормы с целью определения на основе коллизионной нормы применимого права и его применения;
- вторичная квалификация — процесс сопоставления закрепленных в трансграничном корпоративном договоре отношений с юридическими понятиями материально-правовых норм российского или иностранного права с целью применения избранного права.

В результате изучения процесса квалификации можно сформулировать следующий способ квалификации трансграничного корпоративного договора: применение права страны суда (*lex fori*) — при осуществлении предварительной и первичной квалификации; применение избранного материального права — на стадии вторичной квалификации.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник. — М., 2000. — Т. 1 : Общая часть. — 288 с.
2. *Аухатов А. Я.* Российское законодательство в области коллизионно-правового регулирования юридических лиц // Журнал российского права. — 2009. — № 7. — С. 100—111.
3. *Виноградова Р. И., Дмитриева Г. К., Репин В. С.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / под ред. В. П. Мозолина. — М. : Инфра-М ; Норма, 2002. — 416 с.
4. *Канашевский В. А.* Международное частное право : учебник. — М., 2009. — 752 с.
5. *Мажорина М. В.* Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой квалификации // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2016. — № 2. — С. 143—159.
6. *Масляев А. И.* Акционерные соглашения в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010. — 163 с.
7. Международное частное право : учебник : в 2 т. / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М. : Статут, 2011. — Т. 1. — 400 с.

## УСЛОВИЯ ДОПУСТИМОСТИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ ОБ ОНЛАЙН-АРБИТРАЖЕ ТРАНСГРАНИЧНЫХ ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ СПОРОВ В АМЕРИКАНСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ ПРАКТИКЕ

**Аннотация.** В статье освещается проблематика заключения предварительных (заключаемых до возникновения спора) соглашений, опосредующих передачу трансграничных споров с участием потребителя, на разрешение в онлайн-арбитраж. Автором анализируются основные факторы, влияющие на действительность и исполнимость соглашений об онлайн-арбитраже трансграничных споров как одного из наиболее перспективных механизмов урегулирования споров в сфере электронной коммерции с точки зрения американского и европейского подходов.

По результатам изучения судебной практики, научных и практико-ориентированных материалов в статье формулируется вывод о том, что для признания действительности и исполнимости предварительного арбитражного соглашения с потребителем профессиональным участникам интернет-транзакций необходимо прежде всего учитывать особенности исторически сформировавшихся в различных юрисдикциях подходов и при наличии правовых основ для заключения и эффективного применения такого рода соглашений обеспечивать доступность предварительного арбитражного соглашения на онлайн-платформе с учетом выработанных к настоящему времени практикой критериев и рекомендаций.

**Ключевые слова:** арбитрабельность, арбитражное соглашение, арбитражная оговорка, онлайн-разрешение споров, ОРС, трансграничный спор, альтернативное разрешение споров, онлайн-урегулирование споров, электронная коммерция, споры с участием потребителя, США, Европейский Союз, ЕС.



**Дарья Сергеевна  
ДОНСКАЯ,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[donskaya\\_daria@mail.ru](mailto:donskaya_daria@mail.ru)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.235-242

**D. S. DONSKAYA,**

*post-graduate student of the Chair of international private law of the  
Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*

*donskaya\_daria@mail.ru*

*125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9*

### **CONDITIONS FOR ACCEPTANCE OF PRE-DISPUTE ONLINE ARBITRATION AGREEMENTS ON CROSS- BORDER CONSUMER DISPUTES IN AMERICAN AND EUROPEAN PRACTICE**

**Abstract.** *The article highlights the problem of concluding pre-dispute agreements mediating the transfer of cross-border consumer disputes in online arbitration. The author analyzes the main factors affecting the validity and enforceability of agreements on online arbitration of cross-border disputes as one of the most promising dispute resolution mechanisms in the field of electronic commerce from the perspective of the American and European approaches. On the basis of the results of the study of judicial practice, scientific and practice-oriented materials, the article concludes that in order to recognize the validity and enforceability of a pre-dispute arbitration agreement with a consumer, professional participants of Internet transactions shall first of all take into account the peculiarities of historically formed approaches in different jurisdictions and in the presence of legal grounds for the conclusion and effective application of such agreements, shall ensure the availability of the pre-dispute arbitration agreement on the online platform, taking into account the criteria and recommendations currently developed by practice.*

**Keywords:** *arbitrability; arbitration agreement; arbitration clause; online dispute resolution; ODR; cross-border dispute; alternative dispute resolution; online dispute settlement; e-commerce; consumer disputes; USA; European Union; EU.*

**В** настоящее время трансграничные отношения с участием потребителя и вытекающие из таких отношений частноправовые споры составляют существенную часть отношений в сфере электронной коммерции. Дистанционный характер взаимодействия сторон на этапе заключения и исполнения сделок обуславливает перенос процедуры разрешения споров в режим онлайн и, как следствие, развитие целого ряда механизмов онлайн-разрешения и онлайн-урегулирования потребительских споров, формирование современных онлайн-систем.

Изучение опыта иностранных государств в части применения современных онлайн-механизмов для целей разрешения споров с участием потребителей представляет научный и практический интерес в связи с формированием фундаментальных основ функционирования российской системы онлайн-урегулирования потребительских споров<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> В целях реализации федерального проекта «Нормативное регулирование цифровой среды», входящего в национальную программу «Цифровая экономика Российской Феде-



Одним из лидеров в сфере развития онлайн-систем разрешения споров являются США. Определенных успехов в этой сфере удалось добиться и европейским странам. Примечательно, что подходы к разрешению трансграничных споров с участием потребителей, используемые в рамках обозначенных территориальных систем, имеют существенные отличия. В частности, по-разному решаются вопросы об арбитрабельности споров, которые могут быть урегулированы с использованием онлайн-механизмов, об обязательности применения онлайн-механизмов, о требованиях к арбитражному соглашению.

Такие отличия в подходах в США и ЕС порождают существенную правовую неопределенность применительно к случаям разрешения споров трансграничного характера, поскольку неизбежно влекут за собой дополнительные вопросы относительно применимости права, указанного в пользовательском соглашении на сайте продавца, к трансграничным электронным сделкам с участием потребителей, а также в части возможности принудительного исполнения решений, вынесенных онлайн-арбитражем с учетом возможного нарушения публичного порядка государства, с которым потребитель имеет устойчивую правовую связь (гражданство или постоянное место жительства).

Вместе с тем именно от решения указанных вопросов и соблюдения установленных применимым правом требований напрямую зависят возможность обращения к онлайн-механизмам и последующее исполнение вынесенных в режиме онлайн-решений.

Как правило, арбитражные соглашения включаются продавцами и поставщиками услуг в сфере электронной коммерции (далее также — продавец) в пользовательские соглашения, размещенные на сайтах в сети Интернет. По своей природе такие соглашения являются договорами присоединения, из чего следует отсутствие возможности у потребителей влиять на условия заключаемых договоров. Нередко такой способ размещения соглашений об онлайн-арбитраже вызывает сомнения относительно надлежащего уведомления потребителей о передаче всех будущих споров на разрешение в онлайн-арбитраж и приводит к риску обжалования соответствующих положений со стороны потребителей<sup>2</sup>.

Хотя американское законодательство и закрепляет за потребителями право на судебную защиту и подачу коллективных исков, на практике применяется проарбитражный подход, создающий более выгодные условия для продавцов как профессиональных участников рынка электронной коммерции. Знаковыми делами, закрепившими правомерность включения предварительных (предшествующих возникновению спора) арбитражных соглашений в договоры присоединения и

---

рации», был разработан проект федерального закона «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “О защите прав потребителей” и Федеральный закон “Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)”, в части создания правовой основы для развития системы альтернативных онлайн-механизмов урегулирования споров» (URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=91641> (дата обращения: 16.01.2021)).

<sup>2</sup> *Mazadoorian H. N.* Consumer Arbitration Clause Concerns: How Can We Ensure a Fair Process? // URL: <https://www.law.com/ctlawtribune/2020/02/20/consumer-arbitration-pros-cons-how-can-we-ensure-a-fair-process/?sreturn=20210007090312> (дата обращения: 16.01.2021).



условий об отказе потребителя от права на подачу коллективных исков в государственные суды, являются такие дела, как «AT&T Mobility LLC v. Conserpcion»<sup>3</sup> и «Sanchez v. Valencia Holding Co»<sup>4</sup>.

В одном из недавних дел, «Gorny v. WayfairInc. andWayfair LLC»<sup>5</sup>, суд вынес решение в пользу продавца, подтвердив допустимость электронных соглашений об обязательном арбитраже, и дополнительно выработал рекомендации по способам ознакомления потребителей с информацией о соответствующих оговорках через веб-сайт продавца. В частности, вставая на сторону продавца, суд пришел к следующим ключевым выводам:

- 1) Арбитражная оговорка, размещенная в пользовательском соглашении на сайте продавца, распространяет свое действие на любые споры, так или иначе связанные с применением пользовательского соглашения, в котором закреплены основы взаимоотношений продавца и потребителя в связи с приобретением товаров через веб-сайт;
- 2) для признания обязательной силы арбитражного соглашения, его действительности и исполнимости не требуется доказательств фактического ознакомления потребителя с условиями пользовательского соглашения, составной частью которого является арбитражное соглашение; в этом случае достаточным основанием является обеспечение продавцом реальной возможности ознакомиться с соглашением путем наглядного размещения ссылки на пользовательское соглашение на каждой странице веб-сайта как на условия совершения онлайн-покупки, а клик потребителем в соответствующее окно («создать заказ») на сайте приравнивается к акценту условий соглашения и собственноручному подписанию соглашения;
- 3) при наличии прямого указания в арбитражном соглашении допускается распространение действия арбитражного соглашения, заключенного между потребителем и непосредственным продавцом, на любых аффилированных с продавцом лиц, включая его материнскую компанию.

Наряду с указанными выводами, в различных исследованиях встречаются комментарии о необходимости заключения симметричных оговорок об онлайн-арбитраже<sup>6</sup>, детализации порядка уведомления сторон о предстоящем арбитражном разбирательстве в режиме онлайн, закрепления условий о действительности арбитражной оговорки в случае признания недействительным договора с потребителем (пользовательского соглашения) и др.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> AT&T Mobility LLC v. Conserpcion, 563 U. S. 333 (2011) // URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/333/> (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>4</sup> Sanchez v. Valencia Holding Co., LLC, 61 Cal. 4th 899, 910—911 (2015) // URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2015/s199119.html> (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>5</sup> Gorny v. Wayfair, Inc. et al. No. 1 : 2018cv08259 — Document 30 (N.D.Ill.2019) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndnce/1:2018cv08259/359530/30/> (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>6</sup> Dasteel J. H. Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements // 9 Arb. L. Rev. 1 (2017).

<sup>7</sup> Skok Gavin W., Hansen Laura P. Fox Rothschild. Tips for Drafting Consumer Arbitration Agreements // URL: <https://www.foxrothschild.com/content/uploads/2020/01/DraftingConsu>

Исходя из аргументации американских судов, исследователей и практиков, можно сформулировать следующий общий вывод: для признания арбитражного соглашения, заключенного до возникновения спора, действительным и исполнимым при разрешении споров с потребителями продавцам необходимо размещать арбитражные соглашения на видном для пользователя месте, в том числе путем включения соответствующей оговорки в текст пользовательского соглашения, и информировать покупателей об обязательной силе условий соглашения в случае оформления покупок через сайт продавца. Следует отметить, что представленные комментарии в равной степени применимы как к внутренним, так и к трансграничным спорам с участием потребителей.

В отличие от американского подхода к онлайн-разрешению споров с участием потребителей посредством онлайн-арбитража, европейский подход направлен в большей степени на защиту прав и законных интересов потребителя как более слабой стороны договорных отношений в сфере электронной коммерции<sup>8</sup>. В этой связи примечательно, что с точки зрения европейского подхода заключение предварительного арбитражного соглашения через сайт продавца не является достаточным основанием для признания обязательного характера арбитражного разбирательства в режиме онлайн.

В силу пп. «г» п. 1 Приложения к Директиве Совета от 05.04.1993 о несправедливых условиях в договорах с потребителями (93/13/ЕЭС)<sup>9</sup> (далее также — Директива) предварительное арбитражное соглашение, включенное в пользовательское соглашение как договор присоединения, по общему правилу признается несправедливым договорным условием и в силу положений ст. 6 Директивы не подлежит применению для целей разрешения потребительских споров.

Таким образом, актами Европейского Союза и принятым во их исполнение законодательством государств — членов ЕС обеспечивается право потребителей на отказ от процедуры арбитража. Также по результатам рассмотрения дела «Claro v Centro Móvil»<sup>10</sup> за национальными судами государств — членов ЕС было закреплено право на отмену арбитражных решений в случае выявления

merArbitrationAgreementsECO-33295.pdf (дата обращения: 16.01.2021); *Ezra Church, Devin Troy*, Protecting Your eCommerce Company with Enforceable Online Contracts and Class Action Waivers // URL: <https://www.morganlewis.com/events/2019/05/-/media/DBD1A08E43BB49468DB4E08A4C98F72F.ashx> (дата обращения: 16.01.2021); *Shope John A., Haskell Eric A.* 13 Tips for Consumer Arbitration Clauses That Work // Corporate Counsel. June 3, 2014. URL: [https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2014/shope\\_13\\_tips\\_consumer\\_arb\\_corp\\_counsel2014.ashx?la=en](https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2014/shope_13_tips_consumer_arb_corp_counsel2014.ashx?la=en) (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>8</sup> *Schmitz A. J.* American Exceptionalism in Consumer Arbitration // 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 81 (2012).

<sup>9</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013> (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>10</sup> *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL.* (C-168/05) EU:C:2006:675 (26 October 2006) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0168> (дата обращения: 16.01.2021).



оснований для признания арбитражного соглашения несправедливым договорным условием даже в случаях, когда потребителем не поднимался вопрос о действительности арбитражного соглашения.

Исключение составляют случаи, когда продавцом будет доказано, что при заключении трансграничного договора арбитражное соглашение было согласовано с потребителем в индивидуальном порядке. Следовательно, если соглашение между продавцом и потребителем регулируется правом государств — членов ЕС, потребитель не связан условиями содержащейся в таком соглашении оговорки об онлайн-арбитраже.

Как отмечает Л. В. Терентьева, применительно к случаям, когда потребителем выступает лицо, проживающее на территории ЕС, европейским законодательством установлены защитные механизмы, обеспечивающие возможность применения права страны, на территории которой проживает потребитель, при условии, что деятельность иностранного продавца осуществляется на территории соответствующего государства или направлена на нее<sup>11</sup>.

Отсюда следует, что в случае, когда потребитель из ЕС обращается, например, к американскому сайту, к отношениям сторон, в том числе по вопросу допустимости заключения предварительных арбитражных соглашений об обязательном онлайн-арбитраже, может применяться право страны проживания потребителя в случае соответствия деятельности продавца вышеуказанным критериям. При этом европейской судебной практикой, в частности в рамках дела «Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl»<sup>12</sup>, дополнительно отмечается, что в случае отсутствия в пользовательском соглашении информации о возможном применении императивных норм страны проживания потребителя, наряду с избранным применимым правом, положение пользовательского соглашения о применимом праве может также рассматриваться как несправедливое договорное условие.

Вместе с тем, если деятельность продавца никак не связана со страной проживания потребителя, порядок взаимоотношений сторон и разрешения возникающих споров определяется в соответствии с условиями заключенного договора и избранным применимым правом. В таком случае потребитель может быть лишен права на судебную защиту.

Полагаем, что с точки зрения обеспечения защиты интересов потребителей, которые, не являясь профессиональными участниками трансграничного делового оборота, нередко оказываются недостаточно осведомленными о конкретной процедуре разрешения спора<sup>13</sup>, европейский подход является более

<sup>11</sup> Терентьева Л. В. Критерий направленности деятельности профессиональной стороны на территорию страны места жительства потребителя как условие специального коллизионного регулирования потребительских отношений // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 4. С. 142—154.

<sup>12</sup> Verein für Konsumenten information v. Amazon EU Sarl (C-191/15) EU:C:2016:612 (28 July 2016) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CA0191> (дата обращения: 16.01.2021).

<sup>13</sup> Канашевский В. А. Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное право. 2016. № 4. С. 22—25.

сбалансированным<sup>14</sup>, чем американский проарбитражный подход, закрепляющий возможность внесения в пользовательские соглашения на сайтах продавцов условия об обязательном онлайн-арбитраже, несмотря на наличие определенных сдерживающих факторов, установленных в США законодательными актами<sup>15</sup> и отдельными прецедентами (например, дело «Craig Comb, et al. v. PayPal, Inc»<sup>16</sup>).

То обстоятельство, что в отсутствие комплексного понимания преимуществ и недостатков онлайн-арбитража среднестатистический потребитель едва ли будет склонен к заключению арбитражного соглашения, лишаящего его права на привычную судебную защиту после возникновения споров с продавцом, может существенно замедлить процесс развития онлайн-механизмов разрешения трансграничных споров.

В целях минимизации указанного риска представляется необходимым наладить эффективную систему информирования пользователей в сети Интернет о возможностях и преимуществах механизмов онлайн-разрешения споров путем размещения соответствующей информации на сайтах продавцов и создания единых информационных платформ, что позволит завоевать доверие как продавцов, так и потребителей к разрешению споров в режиме онлайн.

Иностранном исследователем Пабло Кортесом также выдвигается тезис о том, что арбитражные оговорки, заключенные до возникновения спора между продавцом и потребителем, следует признавать действительными и исполнимыми в тех случаях, когда они не направлены на сокращение возможностей потребителя на доступ к правосудию путем введения дополнительных ограничений, в частности необоснованных расходов и географических барьеров<sup>17</sup>.

В настоящее время с учетом степени распространенности механизмов разрешения споров онлайн, а также исторически сложившихся особенностей отдельных правовых порядков выработка единого подхода к решению вопросов о возможности заключения соглашений об онлайн-арбитраже трансграничных споров с участием потребителей до возникновения конкретных споров, а также в отношении требований к форме и содержанию таких соглашений представляется маловероятной.

Однако успешный региональный опыт, а также опыт наиболее крупных участников рынка электронной коммерции может послужить основой для проведения в будущем масштабной работы на универсальном уровне с целью выработки единых стандартов разрешения трансграничных споров онлайн в связи с растущей популярностью интернет-транзакций и неспособностью действующего национального законодательства и международных договоров в полной мере отвечать современным вызовам.

<sup>14</sup> *Drahozal Ch. R., Friel R.* Consumer Arbitration in the European Union and the United States (January 9, 2003) // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 2003. Vol. 28. P. 357.

<sup>15</sup> *Cortés P.* (2010) Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union // Routledge Research in IT and E-commerce Law. ISBN 978-0-203-84775-6. Routledge, Taylor & Francis Group, London. P. 199.

<sup>16</sup> *Мажорина М. В.* Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex russica. 2019. № 2. С. 115.

<sup>17</sup> *Cortés P.* Op. cit. P. 198—200.



## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Канашевский В. А.* Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное право. — 2016. — № 4. — С. 22—25.
2. *Мажорина М. В.* Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex russica. — 2019. — № 2. — С. 107—120.
3. *Терентьева Л. В.* Критерий направленности деятельности профессиональной стороны на территорию страны места жительства потребителя как условие специального коллизионного регулирования потребительских отношений // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — Т. 15. — № 4. — С. 142—154.
4. *Cortés P.* (2010). Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union // Routledge Research in IT and E-commerce Law. — ISBN 978-0-203-84775-6. — Routledge, Taylor & Francis Group, London.
5. *Dasteel J. H.* Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements // 9 Arb. L. Rev. — 1 (2017).
6. *Dražozal Ch. R., Friel R.* Consumer Arbitration in the European Union and the United States (January 9, 2003) // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. — 2003. — Vol. 28.
7. *Ezra Church, Devin Troy.* Protecting Your eCommerce Company with Enforceable Online Contracts and Class Action Waivers // URL: <https://www.morganlewis.com/events/2019/05/-/media/DBD1A08E43BB49468DB4E08A4C98F72F.ashx> (дата обращения: 16.01.2021).
8. *Schmitz A. J.* American Exceptionalism in Consumer Arbitration // 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. — 81 (2012).
9. *Shope John A., Haskell Eric A.* 13 Tips for Consumer Arbitration Clauses That Work // Corporate Counsel. June 3, 2014. — URL: [https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2014/shope\\_13\\_tips\\_consumer\\_arb\\_corp\\_counsel2014.ashx?la=en](https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2014/shope_13_tips_consumer_arb_corp_counsel2014.ashx?la=en) (дата обращения: 16.01.2021).
10. *Skok Gavin W., Hansen Laura P.* Fox Rothschild. Tips for Drafting Consumer Arbitration Agreements // URL: <https://www.foxrothschild.com/content/uploads/2020/01/DraftingConsumerArbitrationAgreementsECO-33295.pdf> (дата обращения: 16.01.2021).



## КОМБИНИРОВАННЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ТРАНСГРАНИЧНОЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

**Аннотация.** Автором рассматриваются законодательно закрепленные механизмы охраны прав на программное обеспечение (ПО), доступные для предпринимателей, ведущих трансграничную предпринимательскую деятельность. Проводится анализ существующих нормативных правовых актов, в том числе международных договоров, устанавливающих отдельные режимы правовой охраны прав на ПО. Автором выделяются преимущества и недостатки каждого из доступных механизмов охраны прав на программное обеспечение. В статье раскрываются основные аспекты ПО как объекта интеллектуальной собственности, подлежащие охране каждым из рассмотренных механизмов правовой охраны, доступных правообладателям. В целях выделения особенностей разных типов ПО и их влияния на избираемый механизм правовой охраны приведена классификация типов ПО в зависимости от функциональных возможностей, целей и способов их использования и распространения. Для минимизации недостатков существующих механизмов правовой охраны и обеспечения охраны наиболее ценных особенностей конкретного ПО автором предлагаются комбинированные механизмы правовой охраны, имеющие практическое значение для обеспечения комплексной охраны прав на программное обеспечение в трансграничной предпринимательской деятельности.  
**Ключевые слова:** программное обеспечение, компьютерная программа, авторское право, патентное право, механизмы правовой охраны, трансграничная предпринимательская деятельность.



**Денис Николаевич  
ПОЛЯКОВ,**

аспирант кафедры  
международного частного  
права  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА),  
старший юрист ООО «Джи  
Эм Ти Лигал» (GMT Legal)  
[dp@gmtlegal.com](mailto:dp@gmtlegal.com)  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.243-250

**D. N. POLYAKOV,**

post-graduate student of the Chair of international private law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), senior lawyer, GMT Legal LLC  
[dp@gmtlegal.com](mailto:dp@gmtlegal.com)

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### COMBINED MECHANISMS OF LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE IN CROSS-BORDER BUSINESS ACTIVITIES

**Abstract.** In this article, the author examines the legally established mechanisms of legal protection of software rights available to entrepreneurs engaged in cross-border business activities. The author conducted an analysis of existing legal acts, including international treaties, establishing different

© Д. Н. Поляков, 2021

*regimes of legal protection of software rights. The author highlights the pros and cons of each of the available mechanisms of legal protection of software rights. The article reveals the main aspects of software as an object of intellectual property that are subject to protection by each of the considered mechanisms of legal protection available to right holders. In order to determine the features of different types of software and its impact on the mechanism of legal protection of software to be chosen, the author provides a classification of software types depending on the functionality, goals and methods of using and distribution of specific software. In order to minimize the disadvantages of existing mechanisms of legal protection and to ensure the protection of the most valuable features of a specific software, the author proposes combined mechanisms of legal protection that are of practical importance for ensuring comprehensive protection of software rights in cross-border business activities.*

**Keywords:** *software, computer program, copyright, patent law, mechanisms of legal protection, cross-border business activity.*

**Н**а современном этапе развития общества программное обеспечение неразрывно связано с жизнью большинства людей на земле. Тяжело представить свою жизнь без персонального компьютера или других гаджетов, и мы часто даже не задумываемся, что в основе работы гаджета лежит программное обеспечение (ПО). Сфера IT, основу которой в той или иной мере представляет ПО, становится все более значимой частью международной экономики. Возрастающая ценность ПО в экономике влечет за собой и необходимость разработки новых и переработки старых механизмов правовой охраны ПО как объекта интеллектуальной собственности (ИС).

Для анализа механизмов правовой охраны ПО и выделения новых комбинированных механизмов необходимо обратиться к международным договорам, регулиющим отношения в сфере ИС. Как отмечается в доктрине<sup>1</sup>, первым международным документом, затрагивающим вопросы правовой охраны ПО, является протокол заседания консультативной группы экспертов по охране компьютерных программ при ВОИС 1971 г., в котором упоминаются реплики делегатов разных стран, предлагавших различные варианты охраны: сохранение системы ноу-хау и контрактного права; установление режима особой охраны, *sui generis*; распространение режима охраны полезных моделей на компьютерные программы со сроком охраны 5—10 лет.

Тем не менее основным был избран вариант авторско-правовой охраны. При этом важно отметить, что и все предложенные варианты в той или иной мере применимы и используются на практике для охраны ПО, как это будет рассмотрено далее.

Одними из первых документов, имевших юридическую силу и закреплявших авторско-правовую охрану как основной механизм правовой охраны ПО,

<sup>1</sup> *Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. : Юриспруденция, 2013. С. 383.*

являются Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г.<sup>2</sup> и Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП) 1996 г.

В статье 10 Соглашения ТРИПС установлено, что «программы для электронно-вычислительных машин, как исходный текст, так и объектный код, охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией (1971 г.)». Как отмечается в доктрине<sup>3</sup>, Соглашение ТРИПС стало наиболее важным международным инструментом унификации и глобализации права интеллектуальной собственности (что подтверждается национальным законодательством договаривающихся государств).

В российском законодательстве также воспринят подход, установленный международными договорами, в части признания именно авторско-правовой охраны в отношении ПО основным механизмом охраны. При этом в понятии «программа для ЭВМ», закрепленном в ст. 1261 ГК РФ, специально подчеркнута, что права на программы для ЭВМ охраняются «как (выделено мной. — Д. П.) авторские права на произведения литературы».

Данный факт отмечался в научных работах и ранее. Так, по мнению Е. А. Кондратьевой, слово «как» в первую очередь указывает на особый статус программ для ЭВМ как особых объектов интеллектуальной деятельности и подтверждает, что программы для ЭВМ, по своей сути, не являются литературными произведениями, а просто имеют такой же правовой режим. Как отмечает Р. А. Евдокимов<sup>4</sup>, «основа авторско-правовой охраны — это охрана формы произведения, а не его содержания, а в компьютерной программе форма — совсем не главное».

При этом нормы патентного права РФ<sup>5</sup>, как и нормы иностранного права<sup>6</sup>, исключают ПО как *такое* из патентоспособных изобретений. Детальное определение того, что является ПО как таковым, законодательством не установлено. На уровне патентной и судебной практики выведен подход, согласно которому под понятие «ПО как такое» подпадает именно исходный и объектный код ПО, на который прямо распространяется режим авторского права<sup>7</sup>.

Тем самым правоприменитель исключил формальную возможность конкуренции механизмов правовой охраны ПО. Однако, учитывая многогранность ПО как объекта ИС, то, что ценность ПО не сводится к исходному коду, на практике патентный режим применяется и к ПО. Важным представляется анализ форм

<sup>2</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г. // URL: <http://docs.cntd.ru/document/902340087> (дата обращения: 13.11.2020).

<sup>3</sup> Шиллинглю Т. Важность патентов для целей международной торговли : практическое руководство // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 2. С. 80.

<sup>4</sup> Евдокимов Р. А. Правовое регулирование охраны компьютерных программ (теоретические и практические проблемы) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 33.

<sup>5</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ. Пп. 5 п. 5 ст. 1350 //СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

<sup>6</sup> См. например: Конвенция о выдаче европейских патентов (Европейская патентная конвенция). Пп. «с» п. 2. ст. 52 // URL: <http://docs.cntd.ru/document/902308644> (дата обращения: 13.11.2020).

<sup>7</sup> См, например: решение Суда по интеллектуальным правам от 08.06.2018 по делу № СИП-789/2016.

выражения технического решения в качестве изобретения для выявления наиболее удачной формы применительно к ПО. По сути, к таким техническим решениям большинство законодателей<sup>8</sup> относят продукт и способ.

В качестве составляющей части продукта ПО может быть запатентовано в случае, если оно составляет основу работы такого продукта, а сам продукт соответствует основным критериям патентоспособности. Патентная практика РФ свидетельствует о том, что ряд правообладателей для обеспечения охраны ПО включает его в качестве управляющего элемента изобретения<sup>9</sup>.

Безусловно, с практической точки зрения существование такого пути охраны ПО представляется важным при формировании многогранного механизма правовой охраны ПО в предпринимательской деятельности, однако с научной точки зрения сложно признать именно ПО патентуемым объектом при таком подходе.

Другая ситуация наблюдается, когда ПО получает патентную охрану как техническое решение — способ. В этом случае ПО можно рассматривать как полноценный патентуемый объект, поскольку объектом патентной охраны будет являться выражение самой идеи ПО, того технического эффекта, для которого такое выражение создавалось. Многие современные патенты в сфере ПО представляют собой именно случаи закрепления ПО в качестве способа<sup>10</sup>.

Еще одним альтернативным механизмом правовой охраны ПО является режим коммерческой тайны. При этом, учитывая сущность режима коммерческой тайны<sup>11</sup>, правообладателям, намеревающимся применять именно этот способ охраны, необходимо обеспечить:

- получение от работника в письменном виде согласия на передачу компании прав интеллектуальной собственности на создаваемое ПО и письменного обязательства не раскрывать конфиденциальную информацию третьим лицам;
- закрытие свободного доступа к той части интерфейса ПО, которую предполагается охранять режимом коммерческой тайны;
- подписание с клиентами отдельных соглашений о конфиденциальности (о неразглашении сведений, составляющих коммерческую тайну) в дополнение к

<sup>8</sup> ГК РФ. Ст. 1350 ; U. S. Patent Law, 35 U.S.C. § 101 // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/101> (дата обращения: 10.12.2020) ; Patent Act Law number: Act No. 121 of 1959. Art. 2 (3). Amendment: Act No. 109 of 2006 // URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=2&re=02&dn=1&ia=03&ja=04&ph=&yo=patent&x=0&y=0&ky=&page=1&vm=02> (дата обращения: 10.12.2020).

<sup>9</sup> См, например: патент РФ № 2090219 // URL: [https://www1.fips.ru/registers-doc-view/fips\\_sevlet?DB=RUPAT&DocNumber=2090219&TypeFile=html](https://www1.fips.ru/registers-doc-view/fips_sevlet?DB=RUPAT&DocNumber=2090219&TypeFile=html) (дата обращения: 23.11.2020) ; Романова Н. В. Патент на компьютерную программу: миф или реальность? // Патентный поверенный. 2013. № 4. С. 39.

<sup>10</sup> См., например, патент, выданный в РФ — патент № RU 2535504 C1 — ЗАО «Лаборатория Касперского», Система и способ лечения содержимого сайта ; патент, выданный в США — патент № US 9390456 B2 — Google Inc. Summary view of a profile (Краткий вид профиля пользователя).

<sup>11</sup> См.: ГК РФ. Ст. 1465 ; Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». П. 1 ст. 3 // СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283.

договорам, опосредующим распространение ПО, или имплементация положений о конфиденциальности в лицензионные и иные соглашения<sup>12</sup>.

Важно отметить, что все три рассмотренных механизма правовой охраны ПО направлены на защиту разных аспектов ПО как объекта ИС:

- а) авторское право охраняет исходный и объектный код ПО, а также порождаемые ПО аудиовизуальные отображения без привязки к результату работы ПО;
- б) патентное право может охранять технический результат, достигаемый в ходе воспроизведения ПО на компьютере / мобильном устройстве;
- в) режим коммерческой тайны может охранять как исходный код ПО и отдельные аудиовизуальные отображения, так и технический результат, достигаемый в ходе работы ПО<sup>13</sup>.

Важно отметить недостатки каждого из рассмотренных механизмов правовой охраны ПО.

1. Недостаток охраны посредством авторского права заключается в возможности охраны лишь формы ПО, без предоставления полноценной охраны его содержанию — техническому результату, который достигается при запуске ПО в компьютере, тогда как именно оно представляет собой основную коммерческую ценность ПО<sup>14</sup>; а также сложность доказывания факта заимствования исходного кода в спорах о нарушении прав на ПО.

2. Недостатками охраны посредством патентного права являются сложность контроля распространения устройств, содержащих такое ПО, с целью предупреждения нарушения прав патентообладателя; отсутствие единого международного патента и единообразия патентной практики в отношении ПО; риск монополизации рынка и усугубления ситуаций злоупотребления патентными правами в связи с повсеместным распространением патентной охраны в отношении ПО.

3. Недостаток охраны при помощи режима коммерческой тайны проявляется в сложности установления и поддержания режима коммерческой тайны в отношении ПО; в необходимости доказывания не только факта получения информации (исходный код ПО), но и факта ее использования.

В связи с рассмотренными недостатками каждого отдельного механизма правовой охраны ПО представляется возможным предложение комбинированных механизмов охраны ПО, основанных на конкретном типе ПО, наиболее ценном аспекте конкретного ПО как объекта ИС и планируемых рынках сбыта такого ПО.

<sup>12</sup> См., например: How Can You Protect Your Software As A Trade Secret? // URL: <https://www.khlawfirm.com/how-can-you-protect-your-software-as-a-trade-secret> (дата обращения: 10.12.2020) ; постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.12.2012 по делу № А56-54588/2011.

<sup>13</sup> Чурилов А. Ю. Режимы охраны программ для ЭВМ: изобретение, коммерческая тайна или литературное произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 7. С. 40.

<sup>14</sup> Ballardini R. M. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software (April 1, 2010). In search of new ip regimes. P. 27—62. IPR University Center, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1599607> (дата обращения: 10.12.2020) ; A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs / P. Samuelson [et al.] // 94 Colum. L. Rev. 1994. No. 8. P. 2315—2316.



При оценке возможных и наиболее подходящих механизмов правовой охраны ПО необходимо отталкиваться от типа ПО и его функциональных возможностей. В связи с этим автором предлагается выделение следующих типов ПО.

1. ПО, предназначенное для внутреннего использования на предприятии правообладателя. К такому типу предлагается относить ПО, управляющее тем или иным стационарным техническим оборудованием, нейронные сети. Сущностными характеристиками такого ПО являются:

- а) ограниченность или полное отсутствие распространения ПО;
- б) связь конкретного ПО с физическим оборудованием, которое управляется с помощью такого ПО, т.е. такая связь, при отсутствии которой физическое оборудование не представляет особой коммерческой ценности либо при наличии которой коммерческая ценность такого физического оборудования многократно повышается;
- в) высокий процент уникальности такого ПО.

2. ПО, предназначенное для массового коммерческого распространения. Для такого ПО характерны следующие особенности:

- а) распространяется на основе открытых лицензий или путем неограниченной продажи экземпляров ПО через локальных дистрибьютеров и/или лицензии через цифровые магазины;
- б) как правило, низкий уровень уникальности ПО, создаваемого в одной сфере деятельности. Однако зачастую имеется несколько поставщиков ПО, задающих тенденции и вносящих в свое ПО уникальные элементы.

В связи с тем, что объект охраны ПО в каждом из трех режимов значительно отличается от других, и наличием разных типов ПО, видится возможным выделение следующих механизмов правовой охраны ПО:

- первый — применение исключительно авторско-правовой охраны ПО для большей части ПО, предназначенного для массового коммерческого распространения в связи незначительным уровнем уникальности такого ПО, широкой доступностью его интерфейса;
- второй — применение авторско-правовой охраны для всего исходного кода ПО и патентование отдельных частей ПО, в результате запуска в компьютерной системе которых достигается дополнительный технический эффект, в качестве изобретения-способа или в редких случаях изобретения-продукта;
- третий — применение режима коммерческой тайны в качестве основного механизма охраны ПО при субсидиарном использовании авторско-правовой охраны в ситуациях, когда доказывание факта создания ПО, потенциально нарушающего режим коммерческой тайны, установленный в отношении оригинального ПО, в результате незаконного получения доступа к оригинальному ПО, представляется затруднительным.

Первый механизм по причине его повсеместного использования не вызывает научного интереса в рамках данного исследования.

Второй механизм предлагается применять в отношении охраны отдельных уникальных частей ПО, предназначенного для массового коммерческого распространения. На текущий момент ряд поставщиков ПО уже использует патентный режим для охраны уникальных частей своего ПО, например, патенты ЗАО «Лаборатория Касперского» и Google Inc. Указанные правообладатели в формуле



изобретения-способа закрепляли описание одной из уникальных функций своего ПО и дополнительного технического эффекта, который достигался с помощью такой функции. При этом нужно отметить, что такой патент не дает полной защиты ПО, поскольку:

- а) патент защищает лишь одну или несколько функций, реализуемых ПО, а не все ПО как многогранный объект ИС;
- б) в силу территориального принципа действия патента правообладатели в случае создания третьими лицами ПО на основе оригинального и его распространения за пределами территории действия патента не смогут истребовать патентную защиту, что важно в силу практических различий в отношении патентных ведомств разных стран к возможности патентования ПО в том или ином виде.

При этом как раз авторско-правовая охрана ПО приходит правообладателю на помощь для минимизации указанных недостатков применения патентного режима правовой охраны ПО, поскольку, с одной стороны, авторско-правовая охрана распространяется на все ПО целиком, а с другой — в отношении ПО она действует на территории всех государств — участников Бернской конвенции.

Возможность применения указанного комбинированного механизма также отмечалась и ранее в доктрине<sup>15</sup>, при этом дифференциация его применимости к разным типам ПО или использование такого механизма в трансграничной предпринимательской деятельности ранее не изучались. Однако при применении данного комбинированного механизма правовой охраны важно учитывать, что конкретный способ защиты исключительного права на ПО, в отношении которого правообладателем выбран такой комбинированный механизм, должен определяться характером нарушения прав<sup>16</sup>.

Рассматриваемый комбинированный механизм правовой охраны ПО возможно применять также и в отношении ПО, предназначенного для внутреннего использования на предприятии правообладателя. В связи с тем, что такое ПО, как правило, имеет большую уникальность, возможность патентования именно в отношении него представляется более вероятной.

Использование третьего механизма правовой охраны ПО видится логичным, если техническими специалистами будет высоко оценен риск возможности создания аналогичного ПО на основе формулы, которая будет подана в составе заявки на патент. Важным в данном случае является установление единой внутренней политики организации в отношении охраны информации, составляющей коммерческую тайну. Такая политика позволит исключить или, по крайней мере, снизить риск внутренней утечки информации, составляющей коммерческую тайну, в том числе ПО. В случае если такое ПО передается по лицензии третьим лицам, необходимо обеспечить закрепление договорных положений о конфиденциальности такого ПО.

<sup>15</sup> *Знаменская В. С.* Правовая охрана программы для ЭВМ как объекта авторского права // Патенты и лицензии. 2014. № 11. С. 46—51.

<sup>16</sup> *Булаевский Б. А.* Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 6. С. 40.

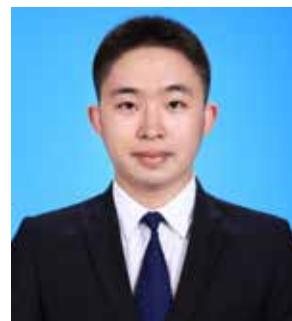


Таким образом, для правообладателей в законодательстве большинства государств представлен широкий спектр механизмов правовой охраны ПО, которые при правильном анализе типа ПО и планируемых рынков его распространения могут быть скомбинированы правообладателем для обеспечения многоступенчатой и многогранной системы охраны своих активов.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Булаевский Б. А. Некоторые вопросы выбора способа защиты нарушенного права в делах о защите интеллектуальных прав // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2017. — № 6. — С. 36—41.
2. Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. — М. : Юриспруденция, 2013. — 552 с.
3. Евдокимов Р. А. Правовое регулирование охраны компьютерных программ (теоретические и практические проблемы) : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2015.
4. Знаменская В. С. Правовая охрана программы для ЭВМ как объекта авторского права // Патенты и лицензии. — 2014. — № 11. — С. 46—51.
5. Романова Н. В. Патент на компьютерную программу: миф или реальность? // Патентный поверенный. — 2013. — № 4. — С. 33—42.
6. Чурилов А. Ю. Режимы охраны программ для ЭВМ: изобретение, коммерческая тайна или литературное произведение? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2017. — № 7. — С. 35—44.
7. Шиллинглю Т. Важность патентов для целей международной торговли: практическое руководство // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 2. — С. 70—80.
8. Ballardini R. M. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software // In Search of New IPR Regimes (Publication of IPR University Center No. 5). — 2010. — P. 27—62.
9. A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs / P. Samuelson [et al.] // 94 Columbia Law Abstract. — 1994. — No. 8. — P. 2308—2431.

## ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТКАЗА В ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ В КИТАЕ<sup>1</sup>



**ЦЮ СИЧЭН,**  
магистрант  
Международно-правового  
института  
Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)  
**qiuxicheng@mail.ru**  
125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**Аннотация.** В Китае публичный порядок принято определять как «социально-общественные интересы» или «общественные интересы», его понимание и границы достаточно неопределенны и широки, что дает суду большую свободу при применении оговорки о публичном порядке. В статье рассматривается содержание и развитие публичного порядка в законодательстве Китая. Анализируются практика применения оговорки о публичном порядке в Китае. Представлены статистические данные о причинах отказа китайских судов в исполнении решений международного коммерческого арбитража на основании сведений из публичных баз данных китайских судебных решений. Приведены важные примеры судебных решений об отказе в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных судов в Китае. Резюмируются правила применения китайскими народными судами оговорки о публичном порядке, установленные в судебных решениях, и тенденции развития отношения Китая к международному коммерческому арбитражу.  
**Ключевые слова:** публичный порядок, решение международного коммерческого арбитража, признание и приведение в исполнение, судебная практика Китая.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.251-257

**QIU XICHENG,**

Master's student of the International Law Institute  
of the Kutafin Moscow State Law university (MSAL)

**qiuxicheng@mail.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### **PUBLIC POLICY RULE AS A GROUND FOR REFUSING IN RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AWARDS IN CHINA MAINLAND**

**Abstract.** In China, public policy is commonly defined as “social and public interest” or “public interest”, the understanding and boundaries of which are rather vague, which gives the court more a broad discretion in applying the public policy rule. The article examines the content and development of

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке Китайского совета по стипендиям (CSC).

*public order in the legislation of China. The author analyses the practice of application the public policy rule in China and provides statistical data about the ground for refusal of Chinese courts to enforce international commercial arbitration awards based on the information obtained from public databases containing Chinese court decisions. The author also provides examples of court decisions denying recognition and enforcement of foreign arbitration awards in mainland China and summarizes the rules for application by the Chinese people's courts of the public policy rule, established in judicial decisions, and the tendencies in the development of China's approach towards international commercial arbitration.*

**Keywords:** *public order, international commercial arbitration award, recognition and enforcement, court practice in China.*

Оговорка о публичном порядке как традиционный способ для отказа в применении иностранного права играет важную роль в системе международного частного права. Ей также нужно уделять особое внимание в международном коммерческом арбитраже (далее — МКА), так как данная оговорка в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей часто влияет на судьбу таких решений. В разных странах оговорка о публичном порядке по-разному выражается в национальном законодательстве и употребляется на практике вследствие ее неопределенности и условности. Чтобы обеспечить эффективность и стабильность решений МКА, необходимо раскрыть понятие и пределы данной оговорки, ее применение на практике в отдельных государствах, в частности в Китае.

### Понятие публичного порядка в законодательстве Китая

Оговорка о публичном порядке содержится в ст. 150 Общих положений гражданского права КНР 1986 г., ст. 8 Гражданского кодекса КНР 2020 г.<sup>2</sup>, в ст. 5 Закона КНР 2010 г. о применении права к гражданским правоотношениям, осложненным иностранным элементом, и др.

Кроме того, оговорка о публичном порядке содержится в интерпретации некоторых положений по применению разъяснения Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о применении права к гражданским правоотношениям, осложненным иностранным элементом» 2013 г.

Что касается МКА, то положения о публичном порядке закреплены также в гражданско-процессуальном законодательстве КНР, в том числе в ст. 58 Закона КНР «Об арбитраже» и ст. 283 Гражданского процессуального кодекса КНР (в ред. 2017 г.).

В вышеуказанных законах публичный порядок определяется как «социально-общественные интересы» или «общественные интересы». При этом понимание

<sup>2</sup> Гражданский кодекс КНР вступил в силу 1 января 2021 г.

и границы указанных интересов достаточно неопределенны и широки, что дает суду большую свободу толкования оговорки о публичном порядке<sup>3</sup>. В целях предотвращения злоупотребления местными судами такой властью, поддержания однозначности в понимании публичного порядка и обеспечения единства внешней политики 28 августа 1995 г. Верховный народный суд КНР опубликовал разъяснение «О разрешении народными судами вопросов, связанных с зарубежным и иностранным арбитражем» (правовое разъяснение ВНС № [1995]18), в соответствии с которым в Китае был создан механизм постепенной отчетности при признании и исполнении решений иностранного арбитражного учреждения.

Данный механизм предусматривает, что при обращении стороны в народный суд среднего звена для принудительного исполнения решения международного арбитражного учреждения в Китае или для признания и исполнения решения иностранного арбитражного учреждения, если народный суд считает, что решение иностранного арбитражного учреждения противоречит положениям ГПК КНР либо не соответствует заключенным КНР международным договорам или принципу взаимности, то этот суд обязан передать свое решение об отказе в народный суд высшего звена для пересмотра этого решения.

В случае если народный суд высшего звена согласится с решением об отказе суда низшей инстанции, данный суд должен обратиться в высший народный суд КНР. Далее решение об отказе в признании и приведении в исполнение решения МКА может быть принято только после получения ответа Верховного народного суда<sup>4</sup>.

Таким образом, понятие «публичный порядок» не является определенным, и в законодательстве Китая не существует конкретных правил, касающихся вопросов применения данной оговорки на практике. В процессе признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений большую роль играет Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г.).

### **Статья 5 Нью-Йоркской конвенции как основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Китае**

По поводу признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражей в Китае можно опираться на информацию, отраженную в публичных базах данных<sup>5</sup>, в которых приводятся китайские судебные решения. Однако указанные статистические данные могут иметь определенную неточность, так как судебные

<sup>3</sup> Люй Цзин. Применение оговорки о публичном порядке в законодательстве КНР // Актуальные проблемы российского права. 2008. № 1. С. 344—345.

<sup>4</sup> Куан Цзэнцзюнь. Международный коммерческий арбитраж в Китае : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 96.

<sup>5</sup> Исползованные базы данных: China Judgement online (URL: <https://wenshu.court.gov.cn/>); PKULAW (URL: <https://www.pkulaw.com/>); Wolters Kluwer (URL: <https://www.wkinfo.com.cn/>); Open law (URL: <http://openlaw.cn/>).

решения в первые годы не были публичными и не попадали в публичную базу данных.

По статистике, с 2001 г. по настоящее время<sup>6</sup> в китайские суды были поданы 194 заявления о признании и приведении в исполнение решений МКА. Более 80 % решений МКА были удовлетворены, и только 38 решений не были признаны и приведены в исполнение китайскими судами. В частности, в период с 2001 по 2015 г. китайские суды приняли к рассмотрению 90 заявлений о признании и приведении в исполнение решений МКА, из которых по 30 заявлениям было принято решение об отказе в признании и приведении в исполнение.

Однако менее чем за пять лет, с 2016 г. по настоящее время, количество дел, по которым китайские суды принимали к рассмотрению заявления о признании и приведении в исполнение решений МКА, достигло 104, что превышает общее количество соответствующих дел, принятых китайскими судами к рассмотрению за предыдущие 15 лет. Среди них только в 8 делах были вынесены решения об отказе, а общий процент признания и исполнения иностранных арбитражных решений составил 92,3 %.

Основания для отказа, изложенные в ст. 5 Нью-Йоркской конвенции, на которые ссылались китайские суды начиная с 2001 г., по частоте следующие (всего проанализировано 38 решений):

- 1) недействительность арбитражного соглашения (12 случаев);
- 2) выход решения за пределы арбитражного соглашения (10 случаев);
- 3) несоответствие состава арбитража или процедуры арбитражному соглашению или законодательству места арбитража (10 случаев);
- 4) неуведомление стороны (7 случаев);
- 5) противоречие арбитражного решения публичному порядку (3 случая);
- 6) невозможность объекта спора быть предметом арбитражного разбирательства (1 случай);
- 7) решение еще не стало окончательным (0 случаев).

Как можно заметить, в связи с быстрым развитием внешней торговли и капиталовложений китайских предприятий за рубежом количество арбитражных решений, связанных с коммерческими спорами, также увеличивается. Это привело к значительному возрастанию числа дел, в которых китайские суды принимают к рассмотрению заявления о признании и приведении в исполнение решений МКА.

Поскольку количество заявлений о признании и приведении в исполнение решений МКА значительно увеличилось, возросло и число случаев признания и исполнения иностранных арбитражных решений в Китае. При этом такое основание для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, как противоречие публичному порядку, используется довольно редко.

### **Публичный порядок в судебной практике Китая**

В практике признания и исполнения национальных или иностранных арбитражных решений судами в Китае и других странах, отказы в признании арбитраж-

<sup>6</sup> Данная статистика приводится по состоянию на октябрь 2020 г.



ного решения на основании того, что оно противоречит общественному порядку, крайне редки<sup>7</sup>.

Так, классическим делом, касающемся применения публичного порядка относительно решения МКА в Китае, является отказ в исполнении арбитражного решения по спору, возникшему по контракту на организацию выступления, заключенному между двумя американскими компаниями USA Productions и Tom Hulett & Associates, с одной стороны, и Китайским женским туристическим агентством — с другой. Во время концертов американские актеры выступали не в соответствии с содержанием, утвержденных Министерством культуры КНР образцами концертных выступлений, и Министерство отменило последующие выступления группы. Агентство полагало, что отмена выступлений Министерством культуры и связанные с этим убытки произошли по вине самой рок-группы, и агентство отказалось платить полную стоимость контракта. Американские компании обратились в Китайскую международную экономическую и торговую арбитражную комиссию (CIETAC), которая вынесла решение в пользу американских компаний.

Американские компании обратилась в народный суд с просьбой о принудительном исполнении арбитражного решения. Верховный народный суд отказал в исполнении арбитражного решения CIETAC на том основании, что оно противоречит публичному порядку, постановив: «Американская рок-группа исполняла “хэви-метал музыку” в Китае и этими действиями были проигнорированы преобладающие культурные условия в Китае, что противоречило общественным интересам... Если народный суд приведет в исполнение данное арбитражное решение, то это может нанести ущерб общественным интересам нашей страны»<sup>8</sup>.

Вторым классическим делом, связанным с публичным порядком, является дело гонконгской компании ED & FMap против Китайской национальной корпорации по производству сахара и алкоголя. Китайская компания заключила контракт на торговлю фьючерсами с гонконгской компанией ED & FMap без разрешения компетентного органа на участие в зарубежной торговле фьючерсами. Спор между сторонами возник в процессе исполнения контракта, и гонконгская компания ED & FMap передала спор на разрешение в арбитраж Лондонской сахарной ассоциации в соответствии с арбитражной оговоркой контракта. Арбитражный суд вынес решение против китайской компании.

Компания ED & FMap обратилась в 1-й Пекинский народный суд среднего звена с просьбой о принудительном исполнении арбитражного решения. Суд постановил, что участие китайской компании в зарубежной торговле фьючерсами нарушает положения китайских законов и представляет собой нарушение публичного порядка Китая, что является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в соответствии с п. 2 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции.

В своем ответе по делу Верховный народный суд КНР указал: «Участие китайской национальной корпорации по производству сахара и алкоголя в зарубежных фьючерсных сделках без одобрения, несомненно, должно считаться

<sup>7</sup> Канашевский В. А. Международный коммерческий арбитраж и публичный порядок // Арбитражный и гражданский арбитраж. 2008. № 6. С. 40—42.

<sup>8</sup> Постановление Верховного народного суда КНР (1997) № 35.

недействительным в соответствии с законодательством Китая. Однако нарушения императивных положений китайского законодательства не могут быть полностью равнозначны нарушению публичного порядка Китая».

Первым делом, в котором китайский суд сослался на ст. 5 Нью-Йоркской конвенции об отказе в исполнении решения иностранного коммерческого арбитража, был случай, когда Jinan Yongning Pharmaceutical Co., Ltd. (компания Yongning) подала заявление об отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC). Между китайской компанией Yongning и тремя иностранными компаниями возник спор по договору аренды. Одна из указанных трех компаний была совместным предприятием, созданным китайской и двумя иностранными компаниями.

Народный суд среднего звена г. Цзинаня полагал, что арбитражный суд ICC рассмотрел законность ходатайства о наложении обеспечительных мер и вопросы о распределении судебных сборов и расходов сторон в китайском народном суде. По мнению суда, указанные вопросы не являются арбитрабельными в соответствии с китайским законодательством. Решение ICC отрицает *res judicata* решений, вынесенных китайскими народными судами, и наносит ущерб судебному суверенитету и юрисдикции Китая. После исследования дела Верховный народный суд КНР в своем ответе<sup>9</sup> согласился с мнением Высшего народного суда провинции Шаньдуна и отказался признать и привести в исполнение арбитражное решение ICC.

Анализируя приведенные выше три решения китайских судов, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, в указанных судебных решениях установлены *разные правила обращения с исполнением иностранных арбитражных решений*. Дело Туристического агентства показывает, что публичный порядок в Китае связан с социально-общественными интересами, в том числе с добрыми нравами. Дело гонконгской компании ED & FMap доказывает, что, хотя поведение сторон нарушает императивные положения китайских законов, но это не обязательно является нарушением публичного порядка Китая.

Дело компании Yongning подтверждает, что вопросы, которые относятся исключительно к компетенции судов, а именно связанные с обеспечительными мерами, бременем судебных сборов и расходов, и *res judicata* китайских судов, не могут быть предметом международных арбитражных разбирательств и решений. В противном случае это неизбежно будет считаться нарушением публичного порядка Китая. С помощью приведенных выше правил можно понять основные взгляды китайских народных судов на оговорку о публичном порядке.

Во-вторых, правила, установленные в этих трех судебных решениях, могут быть использованы в качестве *основы для народных судов низшей инстанции* для проведения судебных разбирательств. Несмотря на то, что Китай не является государством прецедентного права, заключения и постановления Верховного народного суда носят авторитетный характер и являются одним из основных источников права для местных судов по всей стране.

<sup>9</sup> Постановление Верховного народного суда КНР (2008) № 11.

В-третьих, эти три дела отражают *изменения в правилах анализа китайскими судами решений МКА*. В деле Туристического агентства суд установил, что исполнение «хэви-метал музыки» нарушало добрые нравы, принятые в Китае. Это показывает, что суд не только рассмотрел процессуальные вопросы арбитражного решения, но и вопросы по существу, в том числе поведение сторон. В деле ED & FMap и в деле кампании Yongning Верховный суд рассматривал только процессуальные вопросы решения МКА. Это демонстрирует прогресс в осуществлении правосудия в Китае, а также свидетельствует о его интернационализации и модернизации. Приведенные выше статистические данные также могут свидетельствовать о положительном отношении китайских судов к МКА.

### Заключение

В китайском законодательстве публичный порядок определяется как «социально-общественные интересы» или «общественные интересы». Однако в законодательстве отсутствуют конкретные положения по применению оговорки о публичном порядке. Что касается признания и исполнения иностранных арбитражных решений, то анализ китайской судебной практики позволяет обобщить некоторые руководящие правила, которые могут служить ориентиром для участников международного коммерческого оборота.

Из этих правил также можно узнать о различных интерпретациях публичного порядка китайскими судами в историческом аспекте и заметить, что отношение Китая к международному коммерческому арбитражу сменилось с осторожного и консервативного на более открытое и ответственное.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Канашевский В. А.* Международный коммерческий арбитраж и публичный порядок // Арбитражный и гражданский арбитраж. — 2008. — № 6. — С. 40—42.
2. *Люй Цзин.* Применение оговорки о публичном порядке в законодательстве КНР // Актуальные проблемы российского права. — 2008. — № 1.
3. *Куан Цзэнцзюнь.* Международный коммерческий арбитраж в Китае : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008.
4. *Zhao Xiuwen.* Refusing Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards on the Ground of Public Policy from the Case of Yongning Corporation // Jurists review. — 2009. — № 2. — P. 98—105.
5. *Liu Renshan.* International private law. — 6th ed. — Beijing, 2019.

# КНИЖНАЯ ПОЛКА КАФЕДРЫ



**Международное частное право** : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2021. — 1256 с.

В учебнике, подготовленном в соответствии с Государственным образовательным стандартом и программой Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), изложены все основные общие положения, характеризующие природу и специфику международного частного права, рассмотрены правовое положение иностранных граждан и юридических лиц в России и за рубежом; основные подотрасли и институты международного частного права: правовой режим собственности и интеллектуальной собственности, внешнеэкономические сделки, международные перевозки, денежные обязательства, трудовые, деликтные, брачно-семейные, наследственные отношения; вопросы международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража. Учебник подготовлен на основе анализа законодательства Российской Федерации, а также законов ряда иностранных государств и международных документов.

Пятое, переработанное и дополненное, издание настоящего учебника учитывает произошедшие изменения в национальном и международном праве.

Для студентов, аспирантов, магистров и преподавателей юридических вузов и факультетов, экономических и других учебных учреждений, специализирующихся на международной предпринимательской деятельности, а также для юристов-практиков и преподавателей.



**Правовое регулирование искусственного интеллекта в условиях пандемии и инфодемии** : монография / под ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. — М. : Проспект, 2020. — 240 с.

Коллективная монография является первым в России научным изданием, которое посвящено актуальным вопросам правового регулирования искусственного интеллекта в условиях пандемии и инфодемии. В работе подробно рассмотрены роль, значение и особенности правового регулирования искусственного интеллекта в условиях пандемии, изучены перспективы использования технологий искусственного интеллекта для улучшения качества образовательной деятельности, правовое регулирование искусственного интеллекта и инфодемии. Исследовано правовое регулирование отдельных видов отношений с использованием искусственного интеллекта, в частности перспективы патентования как правового механизма предотвращения распространения коронавирусной инфекции COVID-19 в мире, роль искусственного интеллекта в создании вакцин.

Дан анализ современных возможностей применения технологии искусственного интеллекта при разрешении споров в условиях пандемии COVID-19, подняты вопросы перспектив использования искусственного интеллекта при оказании помощи в составлении процессуальных документов, информировании сторон о переносе или задержке судебного заседания, оценке уровня риска повторного совершения

лицом преступления, анализе данных, необходимых для разрешения споров. Исследован опыт осуществления прогнозируемого правосудия (predictive justice) и разрешения споров посредством технологии искусственного интеллекта.

Рассмотрены вопросы защиты персональных данных, собираемых и обрабатываемых в процессе использования искусственного интеллекта, в условиях пандемии COVID-19. Проанализированы проблемы обеспечения информационной безопасности таких данных, соотношения двух основополагающих прав человека, закрепленных как на национальном, так и на международном уровне, — права на защиту жизни и здоровья, с одной стороны, и права на неприкосновенность частной жизни и защиту данных — с другой, особенности правового регулирования развития искусственного интеллекта в ЕС, Китае, других странах мира, а также возможности его использования в борьбе с COVID-19. Законодательство приведено по состоянию на 15 мая 2020 г.

Предназначена для преподавателей, научных и практических работников, работников органов государственной власти, юристов, адвокатов, судей, студентов, магистрантов, аспирантов и докторантов.

**Практикум по международному праву** : учебное пособие / под ред. В. Л. Толстых. — М. : Международные отношения, 2021. — 552 с.

Практикум состоит из семи частей и 26 глав, соответствующих тематической структуре курса международного права; каждая глава включает рубрики «Теоретические вопросы»; «Официальные документы»; «Литература»; «Задачи»; «Судебные решения». В составлении практикума приняли участие специалисты по международному праву из Москвы, Санкт-Петербурга, Казани и Новосибирска. Основное назначение практикума — служить учебным пособием для студентов, изучающих международное право, и подспорьем для преподавателей этого предмета. Практикум также может оказаться полезным для дипломатов, судей, других специалистов, применяющих международное право, и читателей, интересующихся проблемами международных отношений и международной политики.



# ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ

## О ПРЕДИСЛОВИИ А. Н. МАНДЕЛЬШТАМА К ГААГСКИМ КОНФЕРЕНЦИЯМ О КОДИФИКАЦИИ МЧП



*Вниманию читателей представляется предисловие к Гаагским конференциям о кодификации международного частного права, написанное русским дипломатом, юристом-международником, историком и теоретиком международного частного права Андреем Николаевичем Мандельштамом (1869—1949). Несмотря на 1900 г. издания, изложенные в работе идеи, мысли и подходы А. Н. Мандельштама не потеряли своей актуальности и значения в современный период.*

*Автор точно и ярко формулирует основные задачи международного частного права, проводит замечательные по образности сравнения. Не потеряла своей актуальности оценка А. Н. Мандельштамом появившейся в конце XIX в. деспотической тенденции «разместить все народы по казармам всемирного государства, которое (смотря по национальности мечтателя) будет ничем иным, как расширением того или другого конкретного политического организма».*

*В этой связи автор отмечает, что «международное частное право не уничтожает законов отдельных стран, но, наоборот, обеспечивает им полноту действия. Не препятствуя дифференциации гражданских законов, оно служит в то же время их интеграции». Важен вывод А. Н. Мандельштама о том, что «метод международного частного права должен быть не метафизическим, не дедуктивным, а индуктивным. Общие принципы международного частного права должны быть получены на основании обстоятельного исследования его источников». С учетом этого подхода автор строит и собственное исследование — от международного частного права России и отдельных стран к доктрине и уже потом к критике Гаагского протокола.*

*Подготовлено кандидатом юридических наук,  
доцентом  
**А. А. Шулаковым***



## **А. Н. Мандельштам** **ГААГСКИЕ КОНФЕРЕНЦИИ О КОДИФИКАЦИИ** **МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

### **Предисловие<sup>1</sup>**

Автор настоящего труда глубоко убежден в том, что идея универсального, общечеловеческого гражданского права — утопия, и притом крайне непривлекательного характера. Идея эта, как и родственные ей идеи всемирного государства и всемирного языка, основана на полном отрицании одного из существенных элементов всякого прогресса — начала разнообразия. Нет сомнения, что человеческому духу глубоко врожденно стремление к единству, но это единство не предполагает вовсе нивелировки всего существующего богатства форм общественной жизни. Исчезновение какого-нибудь культурного народа, гибель какого-нибудь культурного языка есть чувствительная потеря для всего человечества. Представим себе исчезновение русской культуры до произнесения слова Льва Толстого, порабощение Германии до появления гетевского Фауста, гибель Англии до расцвета гения Шекспира.

Но на каждой нации лежит не только культурная, но и юридико-политическая миссия — обеспечить мир и правду как внутри государства, так и в международных отношениях. И для достижения этой священной цели каждое государство нуждается в защите со стороны публичного и частного международного права.

Публичное международное право обеспечивает каждому, самому маленькому, государству независимость, т.е. свободу проявлять свою политическую индивидуальность. Частное международное право обеспечивает законам каждой страны сферу влияния, требуемую интересами международного общения.

Борьба за существование кипит на всем земном шаре, но далеко не всюду и всегда с одинаковой силою. Поэтому право, регулирующее эту борьбу, должно быть различно по времени и по месту. Государства не могут развиваться с одинаковою быстротой и силою, и очень часто одно отстает от другого. Было бы поэтому бесполезно навязать всем одно и то же гражданское право; через некоторое время возникло бы то же различие, так как чуждые юридические наносы были бы отброшены как несвоевременные или неуместные.

Правовые воззрения народов, конечно, во многом сходятся; все же в них, как и в языке, выражается народная самобытность; желание заковать всех в одинаковую правовую броню коренится в деспотическом и шовинистическом мечтании разместить все народы по казармам всемирного государства, которое (смотря по национальности мечтателя) будет ничем иным, как расширением того или другого конкретного политического организма.

Не к такому мертвящему единству ведет международное частное право. Оно не уничтожает законов отдельных стран, но, наоборот, обеспечивает им полноту

<sup>1</sup> *Мандельштам А. Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб. : Типография А. Бенке, Новый переулок № 2. 1900. Т. I : Кодификация международного частного права. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/411/585/54906/37449?view> (дата обращения: 03.01.2021).

Публикуется с незначительными сокращениями.



действия. Не препятствуя дифференциации гражданских законов, оно служит в то же время их интеграции.

Такая интеграция предполагает, конечно, что международное частное право возвышается, как единая цельная система над разнообразием частных законов. Не то мы видим пока в действительности. Каждое государство имеет не только свои особенные материальные законы, но и свой особый ключ для разрешения конфликтов его законов с иностранными; другими словами, существуют не только русское, французское, английское частное право, но также русское французское, английское международное частное право.

Такой порядок вносит разлад и сумятицу в международные отношения индивидов. Брак, законный в одной стране, считается недействительным в другой, так как в первой бракоспособность определяется по национальному закону, а во второй по закону места жительства; а потому и дети считаются законными в одной стране, незаконными в другой. Один и тот же договор обсуждается у нас по закону страны возникновения, за границей — по закону страны исполнения. Недвижимость иностранца по одним законам переходит к наследникам согласно закону места ее нахождения, по другим — сообразно национальному закону наследодателя и т.д. и т.д.

Очевидно, что такое неустойчивое положение вещей не может более продолжаться. Между всеми государствами совершается непрерывный обмен людей, необходимый для преуспевания всего международного общения. Необходимо, чтобы эти люди знали точно, каким законам они подчинены в своих международных оборотах. Необходимо, чтобы эти люди считались всеми государствами или женатыми или холостыми; или законными наследниками данного лица, или нет; или связанными данным договором или нет. Невозможно и ненормально допустить, чтобы гражданские права и обязанности индивида беспрестанно менялись бы, в зависимости от переезда его через границу или от места суда.

Но как достигнуть желательного единства международного частного права? На этот вопрос отвечает первый том настоящего труда.

Мы обратились сначала к анализу всех старых и новых теорий международного частного права, начав с подробного исследования теории статутов. Результат этого анализа оказался чисто отрицательным. Все эти теории ищут материального метафизического принципа для разрешения конфликтов законов, и вследствие этого постоянно сбиваются на определение и удовлетворение целей отдельных государств, т.е. впадают в субъективизм. Даже идея международного общения не оказалась тем магическим принципом, из которого могли бы быть дедуцированы все нормы разграничения и конфликтов законов. И это вполне естественно. Идея международного общения должна служить только путеводной звездой для законодателя, ведущего свой народ по пути прогресса, но она не может служить для практического разрешения всех вопросов международного частного права, как равно нет такого всеобъемлющего принципа и в области гражданского права.

Мы вывели отсюда, что метод международного частного права должен быть не метафизическим, не дедуктивным, а индуктивным. Общие принципы международного частного права должны быть получены на основании обстоятельного исследования его источников — международных обычаев и договоров.

Такой вывод нисколько не умаляет значения науки. Наука должна воздвигать свое здание не на блестящей метафизической пыли, а на твердой почве

положительного права. Констатировав существующее международное частное право, изучив также степень развития современных международных отношений, наука прилагает критику разума к существующему порядку вещей и требует соответствующих изменений. То, что вчера признавалось наукой, сегодня может быть ею подвержено сомнению, а завтра изменено по ее указаниям.

Жизнь постоянно меняется, а с нею должно меняться и право. Право должно направлять международную жизнь к все большей дифференциации и интеграции, и если оно останавливается, не следит за жизнью — тогда оно становится вредным тормозом, и тут уже священный долг науки сказать свое веское слово. Поэтому позитивность нашего метода не означает вовсе низведения науки на степень регистратора всемирной истории. Наука — не право, но она оказывает огромное влияние на его развитие и потому мы старались внимательно прислушаться к голосу всех ее представителей в нашей области.

Но дать желательное единство международного частного права наука столь же бессильна, сколько и отдельные территориальные законодательства. Наука действительно всегда старалась построить единую теорию международного права, но так как она шла дедуктивным путем, то теория эта оказывалась лишенной объективности и применимости к жизни. Отдельные территориальные законодатели, наоборот, создавали иногда путем индукции позитивные системы международного частного права, но при этом нимало не заботились о соответствии этих систем системам соседей. Поэтому единства не было достигнуто ни здесь, ни там.

Из этого положения есть только один выход — это кодификация международного частного права. Только международный кодификатор может обладать тем авторитетом, который необходим для примирения конфликтов территориальных законов; он один может принудить территориальные законодательства к взаимным уступкам, руководствуясь при этом не отвлеченными естественно-правовыми теориями, а реальными потребностями международного общения; и ему легче всего прислушаться к голосу науки и внять ее разумным советам. Бесплодные и неразрешимые метафизические споры о том, должен ли территориальный принцип уступить национальному, или наоборот, международный законодатель разрешает в каждом отдельном случае иначе, применяясь к обстоятельствам времени и месту.

Цивилизованный мир понял необходимость кодификации международного частного права, и в конце XIX века, в 1893 и 1894 гг. в Гааге заседал международный парламент, труды которого увенчаются, по всем вероятностям, образованием международного союза, в пределах которого будет действовать единое международное частное право.

Настоящий труд вызван Гаагскими конференциями. Выяснив в первом томе их общее значение, мы посвятили второй том международному брачному праву, кодифицированному первым протоколом конференции. Согласно нашему методу, мы изучили сперва, насколько это оказалось возможным, положительное международное частное право отдельных стран; при этом мы, конечно, обратили главное внимание на Россию. Затем мы ознакомились с воззрениями ученых и уже потом приступили к критике Гаагского протокола. Результатом нашего исследования является проект, несколько отступающий от упомянутого протокола.

Константинополь, 24 декабря 1899 г.

## ТИТУЛ — ВЕЩЬ НЕДЕШЕВАЯ<sup>1</sup>

Выкурим трубку иль титул дадим,  
То и другое — не больше, чем дым.

*Фридрих фон Логау*



*Палата лордов*

Не зря говорят, что самые сильные инвестиции вкладываются в человеческие слабости. Отсюда многие люди во все времена готовы были потратить хорошие деньги за дворянский титул, который делает их похожими на аристократов.

Всем известна знаменитая американская мечта — каждый может стать миллионером. Но есть английский вариант мечты — попасть в лорды. Конечно же, как и американская, английская мечта не так-то просто достигается, но шанс есть.

В современном мире достичь материального благополучия — задача, при определенных способностях и упорстве вполне осязаемая, но купить за деньги «доброе имя», высокое положение в обществе намного сложнее.

Джим Рон<sup>2</sup> однажды сказал: «Величайшая награда того, чтобы быть миллионером, заключается не в той сумме, которую вы зарабатываете, а в возможности стать человеком, который будет называть себя миллионером».

Если человек не достиг какой-то заслуженной высоты в обществе (не стал политиком, к которому прислушивается общество, не добился известности в области культуры, науки и других сферах), то любое применение денег для создания видимости статуса — это тщеславие и самообман. Какие бы дорогие аксессуары ни приобретал разбогатевший господин, облик его — всего лишь способ выдать желаемое за действительное. Деньги должны быть подкреплены хорошим образованием, воспитанием и настоящими заслугами перед обществом. А иначе вся эта мишура — как мыльный пузырь!

*Автор-составитель  
раздела*

*«Постскриптум»:*

**Юрий Григорьевич  
ШПАКОВСКИЙ,**

*главный редактор  
журнала «Вестник*

*Университета имени*

*О.Е. Кутафина (МГЮА)»,*

*доктор юридических*

*наук, профессор*

### Граф ниоткуда

Читая роман Дюма «Граф Монте-Кристо», невольно задаешься вопросом: мог ли марсельский моряк, отсидевший полтора десятка лет в крепости, осуществить блестящий план мщения, при этом не раскрыть собственное инкогнито и тайну происхождения клада? Но главное состоит в появлении его в Париже спустя некоторое время в образе respectable реального графа (а не самозванца)

<sup>1</sup> Материал подготовлен с использованием интернет-ресурсов.

<sup>2</sup> Джим Рон — американский оратор, бизнес-тренер, автор многочисленных книг по психологии, посвященных личностному развитию и достижению успеха в бизнесе и в жизни. В течение более чем 40 лет Рон выступал по всему миру с лекциями и семинарами по самосовершенствованию, психологии успеха и искусству достижения успеха.



с неограниченными финансовыми возможностями, позволяющими приобретать дорогую недвижимость, быть принятым в высшем свете.

Граф Монте-Кристо, покоряющий Париж невиданной расточительностью, восточными привычками и загадочностью, пользуется неограниченным кредитом крупнейших банкирских домов Европы, а между тем происхождение его богатства покрыто тайной. Неужели во Франции 30-х годов XIX века возможно было тратить неизвестно откуда взявшееся состояние? Разумеется, в то время не существовало специальных органов для борьбы с отмыванием денег, и все же появление богача, сорящего деньгами, не могло не навлечь на него подозрения.

Это возможно или невозможно? Существуют разные версии превращения Дантеса в графа.

Конечно, Эдмону Дантесу играть с амстердамскими ювелирами и лондонскими биржевиками не удалось бы ни в коем случае. Вслед за первой партией камней на продажу (а камни раскрывают опытному глазу всю историю своего происхождения, впрочем, как и состав золотого слитка, а тем более — монеты) к Дантесу пошли бы подручные амстердамских дельцов и выявили бы подноготную Эдмона Дантеса и всю историю клада кардинала Чезаре Спада. В мире ювелиров, золототорговцев, аукционистов Дантес был словно дитя в дремучем лесу.

Чтобы реализовать клад, необходимо было обратиться в самый серьезный аукционный дом и заручаться его поддержкой с сохранением тайны. Дюма опустил подробности превращения Эдмона Дантеса в графа Монте-Кристо.

Но как Дюма вышел из этого положения? На первый взгляд — попросту ушел от ответа. Дантес, отправив важнейшие дела, исчезает на 9 лет и появляется уже графом Монте-Кристо с пачками банкнот и облигаций казначейства. И вместе с тем Дюма более чем прозрачно намекает нам на метод реализации клада, использованный его героем. В романе сплошь и рядом упоминается о банкирских домах и банковских платежных обязательствах.

Возможно, Дюма мог бы описать все подробно, включая и тот факт, что аббат Фариа подсказал другу по замку Иф способ реализации клада. Вполне вероятно, что Дантес, используя связи аббата Фабиа, обратился к крупным банкирам — Лафиту, Берингу, Арштейну или Ротшильду, но Дюма не стал раскрывать эту схему.

Что касается титула «граф», то в романе просто сказано, что Дантес его купил у правительства Тосканы<sup>3</sup>.

Возможно ли это было сделать в начале XIX в.? Оказывается, вполне реально.



Эдмон Дантес и аббат Фариа



Замок Иф (Марсель)

<sup>3</sup> Полное официальное название — Великое герцогство Тосканское, государство, существовавшее в центральной Италии с 1569 по 1859 г. Столицей герцогства была Флоренция.

### Титул на продажу



Яков I Стюарт

Впервые продажа титулов была организована в Англии, в начале XVII в.

Король Яков I нуждался в пополнении казны. Он взошел на престол 24 марта 1603 г. после своей родственницы, Елизаветы I Тюдор, и стал одновременно шотландским и английским государем. Сначала обрадованный правитель стал щедрой рукой раздавать рыцарские и прочие звания, но постепенно, по мере того, как возрастали его расходы, решил титулы... продавать. Перед этим Яков I попытался увеличить налоги, но Парламент отказал ему в этом праве.

Все было организовано в строгом соответствии с законом от 22 мая 1611 г. За тысячу фунтов стерлингов в пользу казны, начиная с 1611 г., любой мог стать обладателем нового титула «баронет».

Это было совершенно новое звание, без аналогов во Франции или в Испании. В английской Табели о рангах титул находился между бароном и рыцарем.

Баронет стал титулом наследственным (и только по мужской линии!), но его обладатель не мог заседать в Палате лордов. Самого носителя титула было принято называть «сэр», его супругу — «леди».

Более серьезный взнос требовался тем, кто желал возвыситься до виконта, графа или барона. Только герцогский титул остался неприкосновенным: ведь герцог — это почти принц. Всего же за время царствования Якова I различные титулы получили почти 400 человек. Больше всего оказалось рыцарей — 300.

Остальные стали маркизами, графами, лордами, и несколько человек (не за взнос в казну, а исключительно по велению Якова Стюарта) — герцогами.

Некоторые из английских дворян с помощью новой возможности старались встать на одну ступень выше занимаемой.

Интересно, что купить титул в Англии можно было до 1707 г., т.е. почти столетие. И если тогдашние баронеты считались выскочками, то у потомков в запасе была уже целая многовековая и респектабельная история.

Исключение было сделано только в XX в., когда баронетский титул пожаловали супругу Маргарет Тэтчер.



Знак отличия баронета



Маргарет и Дэнис Тэтчер



## Офицерский чин на продажу

В Великобритании еще в XIX в. практически любой честолюбивый джентльмен мог купить высокий воинский чин.

Практика продажи офицерских званий зародилась в конце XVII в., в эпоху правления Карла II, и официально просуществовала до 1871 г., когда была отменена особым указом королевы.

Формально сумма, первоначально внесенная в кассу военной части за получение чина, была своего рода страховкой, гарантирующей лояльность офицера. В случае проявления трусости, недостойного поведения или дезертирства взнос безвозвратно уходил в казну. Однако, если офицер добросовестно исполнял свой долг и завершал службу в силу преклонного возраста или по болезни, он мог перепродать свое место другому лицу.

Таким же образом осуществлялось продвижение по карьерной лестнице. Для повышения офицеру достаточно было оплатить разницу между текущим и следующим званием.

В армии существовал официальный прейскурант, регламентирующий стоимость офицерских чинов. Причем продавались звания вплоть до полковника, а военные части делились на престижные и не очень. В элитных войсках цены на офицерские чины неофициально могли превышать стандартный прейскурант в несколько раз.



Король Карл II



Офицерский патент образца 1815 г.



Британские офицеры

Традиционно в Британии должность офицера оформлялась особым документом — патентом, который подписывал правящий монарх.

Как ни странно, английские монархи считали, что подобный коммерческий подход обладал множеством достоинств.

Сумма, поступившая в кассу военного ведомства, могла быть потрачена на нужды армии. Деньги были залогом порядочности военного, поскольку разжалованные за проступки офицеры лишались и вноса, и звания. Кроме того, довольно высокая стоимость армейского чина гарантировала, что в ряды военных попадут



Лорд Кардиган



Королева Анна Стюарт

граждане из обеспеченного и привилегированного сословия, дорожащие своим социальным положением, не революционеры и не мятежники.

Знатность и богатство офицеров, купивших себе чин, отчасти препятствовало банальному воровству. Состоятельные военачальники были менее склонны продавать на сторону обмундирование, снаряжение и пайки своих солдат.

Однажды уплаченный взнос автоматически становился пенсионной премией для офицеров, достойно вышедших в отставку.

Наконец, покупка звания была своеобразным социальным фильтром, ограничивающим простолюдинам доступ в «благородный клуб» офицеров. Иногда даже деньги не помогали гражданам из низкого сословия попасть в элитную часть — командир полка мог безжалостно отсеять недостойных кандидатов.

Чины продавались даже малолетним, причем в числе, значительно превышавшем потребность в офицерах. Так, в 1665 г. во Франции было 94 генерал-лейтенанта на 46 пехотных полках. В конце XVIII в. полковников (командиров полков) было в 3 раза больше, чем полков, капитанов (ротных командиров) — в 10 раз больше, чем рот; из 36 тысяч офицеров фактически несли службу лишь 13 тысяч.

Благодаря этой системе дети богатых дворян получали возможность занимать высокие должности в весьма юном возрасте.

Нужно заметить, что чины продавались лишь в пехотных и кавалерийских полках. В войсках, где от командного состава требовались особые знания, дело обстояло иначе. Для того чтобы поступить на службу во флот, инженерные или артиллерийские части, было недостаточно иметь много денег, а требовалось закончить военную академию. Соответственно, и очередное звание давалось за доблесть и выслугу лет. По такой же системе комплектовался офицерский состав боевых частей Ост-Индской компании, сражавшихся в заморских колониях.

Система продажи чинов делала и менее вероятным участие армии и флота в революции или в государственном перевороте, так как офицерами были люди из богатейших слоев общества.

После революции 1688 г. парламент запретил продажу чинов как традицию, связанную со свергнутым режимом. Каждый офицер должен был поклясться, что он не платил и не обещал платить деньги за патент. Но саму тенденцию побороть не удалось.

Акт 1701 г. отменял клятву, а указ королевы Анны от 1 мая 1711 г. официально узаконил продажу чинов, особо оговорив, что «*ни один офицерский патент не может быть продан без королевской санкции*». Окончательно кодифицировал систему Георг I в феврале 1719 г. Его указ установил тариф для каждого полка и снял сохранявшиеся ограничения.

Горячим сторонником продажи патентов был национальный герой герцог Веллингтон<sup>4</sup>. В своих меморандумах середины XIX в. он превозносил достоинства

<sup>4</sup> Артур Уэсли, будущий герцог Веллингтон, победитель при Ватерлоо, в 24 года был уже подполковником 33-го пехотного полка.



системы, особенно упирая на то, что она освобождает государство от тяжкого финансового бремени выплаты пенсий отставникам, а недостатки происходят от злоупотреблений, с которыми обязано бороться правительство. Об этом он прямо писал: «Повышение по службе происходит путем покупки звания мужчинами, принадлежащими к привилегированным и богатым классам страны».

Британцы могли гордо заявлять, что их армия — не банда наемников. Также герцог обращал внимание на то, что британскому офицеру, особенно в ходе службы в колониях, приходится не только командовать на поле боя, но и выполнять множество гражданских обязанностей. А это невозможно без хорошего образования, доступного только настоящим джентльменам.

Однако основным недостатком системы покупки чинов была малая компетентность офицеров, купивших чины за деньги, и невозможность продвижения для тех, кто не располагал значительными средствами.

Слабость коммерческой системы получения армейских чинов стала наиболее очевидна во время Крымской войны 1853—1856 гг. Наиболее ярким эпизодом, потрясшим британскую общественность, была печально известная атака легкой бригады, когда из-за некомпетентности аристократа лорда Кардигана, для развлечения купившего себе звание полковника, напрасно погибло больше сотни английских кавалеристов.

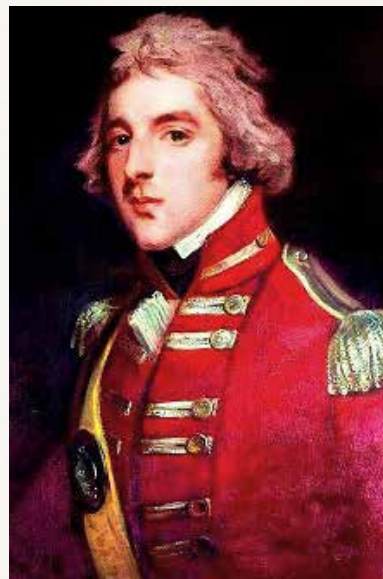
Однако, несмотря на очевидные недостатки, практика продажи чинов сохранялась в британской армии еще полтора десятка лет после окончания Крымской войны.

\* \* \*

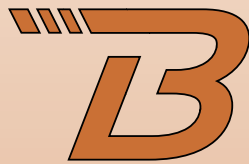
В нашей стране во все времена было очевидным, что офицерское звание нужно заслужить, если не в кровопролитном бою, то хотя бы годами безупречной службы. В русской армии чины никогда не продавались за деньги.

Еще Указами Петра I в 1707 и 1714 гг. был установлен определенный порядок производства офицеров — «чин за чином». Основанием для повышения в чине могли быть: долговременная исправная служба, военное образование, боевые заслуги.

Главные черты законоположения Петра Великого о чинопроизводстве наиболее ярко выражены в Указе от 1 января 1719 г. «О производстве в воинские чины и о замещении вакансий»: «1) ...чтобы никакого человека ни в какой офицерский чин не допускать из офицерских детей и дворян, которые не будут в солдатах в гвардии, выключая тех, которые из простых выходить станут по полкам; 2) чтобы через чин никого не жаловать, но порядком чин от чину возводить; 3) чтобы выбирать на вакансии баллотированием из двух или трех кандидатов».



Артур Уэсли, герцог Веллингтон



ISSN 2311-5998



9 772311 599771 >