

ISSN 2221-8351

КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

научно-практический журнал



№ 1 (Том 24) — 2017

ООО «Издательство «Юрист»
Москва

Учредитель:
МГУ им. М.В. Ломоносова

Главный редактор
Пугинский Б.И., д.ю.н., профессор

Редакционный совет

Абросимова Е.А., д.ю.н., доцент
Амиров А.Т., к.ф.н., доцент
Андреева Л.В., д.ю.н., профессор
Бевзенко Р.С., к.ю.н., доцент
Белов В.А., д.ю.н., профессор
Олейник О.М., д.ю.н., профессор
Рассолов И.М., д.ю.н., профессор
Сидорова Т.А., к.ю.н., доцент
Скворцов О.Ю., д.ю.н., профессор
Турлуковский Я., доктор права и философии
Цветков И.В., д.ю.н., профессор

Ответственный редактор
Пальцева М.В.

Журнал включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)

Вниманию наших авторов!

Просьба направлять материалы в печатном виде с приложением электронного носителя или по электронной почте. Материалы будущих публикаций принимаются к рассмотрению при наличии информации об авторе и его контактных данных, аннотаций к статье на английском и русском языках, ключевых слов, постраничных сносок, библиографического списка

Адрес редакции:
119992, ГСП_2, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14
IV учебный корпус, Юридический факультет, ауд. 208 А
e-mail: commercial-law@mail.ru

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ТОРГОВЛИ

Рахматуллина Р.Ш. Коммерческое использование объектов авторского права в таможенном пространстве ЕАЭС 4

Сушкова О.В. Правовые особенности положений о залоге как способе обеспечения обязательств 14

ЗАРУБЕЖНОЕ ТОРГОВОЕ ПРАВО

Белов В.А. Банковские платежные обязательства / Bank Payment Obligations (БПО/ВРО): понятие, технология создания и применения, правовое регулирование, юридическая природа, соотношение со смежными институтами и отношениями (часть 1) 25

Макаров А.И. Обязательственное право в законодательстве зарубежных стран 47

Варламова А.Н., Акопов Г.С., Кутуев В.Р., Корбонцева Э.В., Корнеева В.С., Павлова Т.В., Родионов В.И., Фаттахов А.Р. Конкуренция в торговых кодексах зарубежных стран 52

Трибуна молодых ученых

Панарина М.М. Способы и формы кодификации правовых обычаев в торговле 62

Рахматулина Римма Шамильевна,
кандидат юридических наук, доцент, доцент Департамента
правового регулирования экономической деятельности Финансового
университета при Правительстве Российской Федерации
rimin@mail.ru

КОММЕРЧЕСКОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА В ТАМОЖЕННОМ ПРОСТРАНСТВЕ ЕАЭС

Статья посвящена обороту товаров, обозначенных объектами авторского права в таможенном пространстве Евразийского экономического союза. Рассмотрены вопросы и формы коммерческого использования. Дано определение коммерческого использования объектов авторского права. Сделан вывод о необходимости совершенствования законодательства по охране результатов творческой деятельности в таможенном пространстве ЕАЭС.

Ключевые слова: объекты авторского права, произведение, коммерческое использование, право использования, товар, материальный носитель.

Rakhmatulina Rimma Shamiliyevna,
PhD in Law, associate professor of Department of legal regulation of economic
activities, Financial University under the Government of RF

COMMERCIAL USE OF COPYRIGHT OBJECTS IN CUSTOM ZONE OF EAES

The article is devoted to the circulation of goods, marked with the copyright in the customs space of the Eurasian economic Union. The issues addressed and forms of commercial use. The definition of commercial use of copyright is suggested. The introduces the conclusion about the necessity of improving the legislation on protection of results of creative activities in the customs territory of the EAEU.

Key words: copyright, the work, commercial use, right of use, a product, material carrier.

Объем оборота товара, обозначенного объектами авторского права, увеличивается как на национальном, так и на международном уровне.

Правообладатель либо сам производит товары, на которых используются объекты авторского права, либо чаще всего передает это право другим лицам по лицензионному договору, получая при этом роялти от использования результатов интеллектуальной деятельности.

В связи с этим одним из острых является вопрос коммерческого использования объектов авторского права.

В свое время В.А. Дозорцев определял, что право использования состоит в возможности правообладателя монопольно совершать действия по коммерческой эксплуатации объекта, приносящие имущественные выгоды, и запрете всем третьим лицам совершать такие действия без разрешения правообладателя¹.

В настоящее время для решения проблемы коммерческого использования объектов авторского права важны следующие вопросы — это границы по использованию объекта авторского права, объем доступной неохранимой информации в отношении товара, обозначенного объектом авторского права, и информация, сопровождающая сам результат творческой деятельности,

По мнению М.П. Королева, в некоторых случаях законодатель использует коммерческую цель при установлении тех или иных рамок свободного использования, как, например, в ст. 1276 ГК, которая допускает свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения, но при этом специально оговаривая недопустимость такого свободного использования в коммерческих целях².

В связи с этим определим пределы использования объектов авторского права, а не только их коммерческое использование.

Право использования объекта авторского права пересекается с различными интересами государства, общества, правообладателя. Эффективность такого использования влияет на экономические, общественные, просветительские, культурные, коммерческие и другие правоотношения. От того, насколько комфортно правообладателю, пользователю, государству и обществу, зависит благоприятный режим использования объекта авторского права.

Объекты авторского права, как и право использования, занимают особое место в обороте товаров. Особенно это актуально при современных технических возможностях Интернета и способах быстрого и масштабного донесения информации как внутри страны, так и за рубежом.

¹ Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / Исслед. центр частного права. М. : Статут, 2003. С. 48.

² Королев М.П. Роль коммерческой цели в определении понятия «использование произведения» : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2014. С. 4–5.

Э.П. Гаврилов указывает, что «широта и неопределенность сферы использования нематериальных объектов приводят к мысли о том, что следовало бы каким-либо образом указывать, что такое использование охраняемого объекта, отделить «использование» от того, что таковым не является...»³.

«Использовать», в соответствии со словарем С.И. Ожегова — это воспользоваться кем-чем-нибудь, употребить, употреблять с пользой⁴.

Соответственно использовать произведение или объект авторского права можно с пользой для себя, для других, с извлечением дохода или нет. Термин «использовать» шире термина «право использования», т.к. охватывает не только основанное на законе право, а имеет общее значение, процесс употребления чего-либо в своих интересах.

Право использования произведения в праве интеллектуальной собственности должно обозначать порядок, рамки и характер его использования. Порядок использования — это последовательность, правильная организация использования объекта авторского права. Рамки использования произведения — это определенные ограничения и способы. Характер использования охватывает формы применения произведения.

Коммерческое использование объекта авторского права нацелено на получение дохода и экономических выгод, а главным способом извлечения материальных ценностей являются исключительные права на объекты авторского права. Коммерческая выгода для автора не всегда является смыслом использования его произведения. Важным смыслом для любого автора является не только материальная выгода, получаемая от использования произведения, но и способность выражать себя. Заниматься творчеством для многих — это дарить окружающим радость, удовлетворяя свой творческий потенциал. Многие известные авторы занимались писательским трудом, не думая об извлечении прибыли: они реализовывали свои мечты в творчестве, были заинтересованы в том, чтобы через творческую мысль показать не только лучшую сторону жизни в обществе, но и привлечь общественность и государство к проблемам и сложным ситуациям. Таким образом, не всегда использование произведения предполагает коммерческую цель как для самого автора, так и для других лиц, пользователей, заинтересованных в этом произведении.

Так, В.И. Серебровский считал, что авторское право в субъективном смысле — это «обеспеченная государством за автором исключительная возможность использования по его усмотрению созданного им произведения в целях удовлетворения своих имущественных и неимущественных

³ Гаврилов Э.П. Общие положения права интеллектуальной собственности: краткий комментарий к главе 69 ГК РФ // Хозяйство и право. 2007. № 9. С. 27–28.

⁴ Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Русский язык, 1984. С. 227.

интересов дозволенными законом способами и в пределах, установленных законом»⁵.

Посредством принятия правовых актов государство проявляет свое отношение к использованию результатов творческого труда. Переплетаются публичные интересы государства с частными интересами творческих субъектов.

Так, например, в ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 23.08.1996 № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» сказано, что «органы государственной власти Российской Федерации в соответствии с настоящим Федеральным законом: гарантируют субъектам научной и (или) научно-технической деятельности свободу творчества, предоставляя им право выбора направлений и методов проведения научных исследований и экспериментальных разработок». Хотя данный законодательный акт предлагает свободу субъектам интеллектуального труда, государственная научно-техническая политика сводится к определенным рамкам не только создания, но и некоммерческого использования объектов авторского права.

Также согласно п. 1 ст. 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства, в том числе в виде проектов, чертежей, изображений и макетов. В силу своей специфики и связи с городской инфраструктурой, развитием культурного наследия, использование и распоряжение такими объектами также может не предполагать коммерческую цель.

В соответствии со ст. 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. В данной норме законодатель связывает право использования результата интеллектуальной деятельности с исключительным правом на такой результат. В других частях этой статьи предусмотрено право правообладателя разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности. Таким образом, исключительное право на объект авторского права не выходит за пределы права на использование произведения.

Статья 1270 ГК РФ также предусматривает право использования, но только таких результатов творческой деятельности, как объекты авторского права. На основании этой статьи правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение (объект авторского права) в соответствии со ст. 1229 ГК РФ в любой форме и любым не противоречащим закону способом.

⁵ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М. : Издательство Академии наук СССР, 1956. С. 27.

Право использовать объект авторского права дает возможность извлекать полезные свойства из такого объекта. Можно передать право на такой объект по лицензионному соглашению, расширяя его использование. Но в отличие от классического понимания права пользования вещью, право пользования результатами интеллектуальной деятельности не применяется к нематериальным, творческим объектам интеллектуальной собственности⁶. Правообладатель, распоряжаясь своим исключительным правом, может лишь передать право использовать свое произведение, оставаясь при этом автором.

В п. 2 ст. 1270 ГК РФ перечислены виды использования объектов авторского права, но не выделены виды коммерческого или иного использования. Как и в ранее действовавшем Законе «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г., в ст. 1270 ГК РФ перечень форм и способов использования произведения является исчерпывающим.

В некоторых странах Таможенного союза, в отличие от России, существующий перечень способов использования произведения может быть дополнен. В Законе «Об авторском праве и смежных правах» 2011 г. Республики Беларусь, в п. 2 ст. 16, кроме перечисленных способов использования произведения, предусмотрены иные возможные способы использования произведения. Также в Законе «Об авторском праве и смежных правах» 1996 г. Республики Казахстан исключительные права автора на использование произведения могут быть дополнены иными действиями, не противоречащими законодательству (подп. 11 п. 2 ст. 16).

А.Г. Матвеев, характеризуя указанные в ст. 1270 ГК РФ способы использования произведения, подчеркнул, что эти способы можно разделить на три группы: 1) использование произведения, непосредственно связанное с его вещественными (материальными) носителями; 2) использование, непосредственно не связанное с вещественными носителями произведения; 3) иные (зависимые) способы использования произведения⁷. Данные способы использования произведения также не разделены автором на цели извлечения прибыли или без такой цели.

Остановившись на трех группах, предложенных А.Г. Матвеевым, необходимо подчеркнуть, что коммерческое использование объектов авторского права в таможенном пространстве стран Евразийского союза в большинстве связано с материальными носителями.

Материальные носители творческих результатов — это одежда, книги, компакт-диски, игрушки, продукты питания, кондитерские изделия и т.д., с нанесенными на них объектами авторского права, которые производятся с

⁶ См. подробнее: Рахматулина Р.Ш. Соотношение институтов права собственности и права интеллектуальной собственности: сходство и различие // Вопросы правоведения. 2013. № 4. С. 213–224.

⁷ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. ... докт. юрид. наук. М., 2016. С. 240.

разрешения правообладателей и вводятся в коммерческий оборот как в России, так и в других странах Таможенного союза.

Первоначальные материальные носители результатов творческой деятельности, с помощью которых автор доносит до читателя, ценителя искусства свое произведение, как, например, картина, скульптура, так и другие материальные носители (товары с обозначенными объектами авторского права), которые участвуют в коммерческом обороте, могут подвергнуться уничтожению, передаче другим лицам.

Но в отличие от объектов вещного права, когда продается сама вещь, право следует за вещью, при продаже материального носителя объекта интеллектуальной собственности личное неимущественное право остается у автора, а сама вещь, товар передается покупателю. Таким образом, передача права собственности на картину, скульптуру, товар с нанесенными на него объектами авторского права, как на материальный носитель не повлечет передачу авторского права на эти объекты, за исключением, например, такой возможности собственника картины, скульптуры, как показывать ее, вывозить на выставки и т.д. Это важно при осуществлении торговых операций в таможенном пространстве стран Евразийского экономического союза, на территорию которых поступает такой товар. В этом случае особого внимания требует вопрос как установления правообладателя, так и поиска того, кто нарушает его права. В силу территориальности исключительных прав некоторые объекты авторского права в разных государствах имеют свои особенности охраны.

В целях защиты прав на объекты интеллектуальной собственности и формирования единого экономического пространства стал действовать Договор о Евразийском экономическом союзе, подписанный в 2014 г. в Астане (далее Договор). В соответствии с подп. 6 п. 2 ст. 89 Договора эффективная защита прав на объекты интеллектуальной собственности государств Евразийского экономического союза должна осуществляться путем принятия единого таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности стран-участников. Каким образом должны включаться объекты интеллектуальной собственности в реестр, отражено в Соглашении о едином таможенном реестре объектов интеллектуальной собственности государств (далее Соглашение) — членов Таможенного союза 2010 г.

Соответственно в Единый реестр по заявлению правообладателя включаются объекты авторского права, подлежащие охране в каждом из государств — членов Таможенного союза. Таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности (ТРОИС) ограничивает использование объектов авторского права без разрешения правообладателя.

Однако все те правовые документы, которые действуют на территории таможенного пространства ЕАЭС, не всегда на практике решают поставленные задачи.

Границы коммерческого использования объектов авторского права в таможенном пространстве обусловлены целями, направлениями, способами, количеством материальных носителей результатов интеллектуальной деятельности (РИД).

Товар, обозначенный объектами авторского права, должен быть введен в торговый оборот в таможенном пространстве с разрешения правообладателя. Ввоз товара не в коммерческих целях (для личного использования, в порядке наследования вещи, являющейся носителем объекта авторского права, для выставочных и конкурсных целей и т.д.), как и наоборот, должен быть должным образом регламентирован.

Объем доступной информации в отношении товара — также важная составляющая. Так, например, если превышен объем производства поставляемого товара, обозначенного объектом авторского права, предусмотренного лицензионным договором, то это нарушает условия лицензионного соглашения, по которому с согласия правообладателя были переданы исключительные права только на определенное количество товара.

Особое значение имеет информация об объекте авторского права на товаре.

Для правообладателей объектов авторского права процедура доказательств бывает затруднена вследствие разных объективных причин, прежде всего потому, что право на произведение возникает с момента его создания. И свое право на произведение правообладатель не всегда может быстро и оперативно доказать.

Рассмотрим персонаж, который чаще всего используется на товарах. Право на персонаж как на объект авторского права возникает с момента его создания.

Персонаж, так же как и название произведения, в авторском праве России может быть признан самостоятельным результатом творческого труда автора (п. 3 и 7 ст. 1259 ГК РФ). Персонаж в силу п. 29 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» — это часть произведения, содержащая описание или изображение того или иного действующего лица в форме (формах), присущей (присущих) произведению: в письменной, устной форме, в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме и др.

Персонажи бывают литературные, художественные, сценические, мультипликационные и т.д. У художественных и мультипликационных персонажей, особенно широко известных из-за развития телевидения и сети Интернет, правообладателя определить не так уж сложно, и зачастую можно сравнить его изображение на контрафактных товарах с оригиналом. Сложнее дело с литературными персонажами — это чаще всего словесно выраженные герои литературы как объекты авторского права, обладающие творческим характером. Словесные названия таких персонажей могут быть

помещены на упаковке с контрафактным товаром без его визуального изображения. Соответственно на практике легко спутать правообладателя литературного, аудиовизуального или художественного персонажа, т.к. у одного литературного персонажа бывает несколько производных персонажей и несколько правообладателей. Как это происходит, например, с известным всем персонажем «Чебурашка»⁸.

В этой связи большую помощь правообладателям должны оказывать организации, управляющие правами авторов на коллективной основе, которые могут представлять интересы авторов в таможенных органах.

Поэтому важное значение по пресечению использования контрафактных товаров в области авторского права и смежных прав на территориях стран Таможенного союза имеет Соглашение о Единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности, принятом государствами — членами Таможенного союза 9 декабря 2010 г.

Вместе с этим регулирование объектов интеллектуальной собственности осуществляется на основании приложения № 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе.

Евразийской экономической комиссией создан проект Соглашения о едином порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе. Принятие странами Таможенного союза Соглашения о едином порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе поможет участникам единого пространства повысить уровень охраны объектов авторского права и смежных прав и чаще привлекать в помощь авторам и таможенным органам организации, управляющие правами авторов на коллективной основе.

Однако, как показывает практика взаимодействия таможенных органов с правообладателями, представляют интересы обладателей объектов авторского права все же в большей части адвокаты. Если у таможенных органов возникают вопросы по товарам, обозначенным объектами авторского права, и есть сомнение в оригинальности поставляемого товара, органы таможенного осмотра могут назначить таможенную экспертизу, для проведения которой привлекается эксперт, не являющийся должностным лицом таможенных органов. Вся это процедура осуществляется в соответствии с законодательством государств — членов Таможенного союза (подп. 4 п. 2 ст. 138 ТК ТС).

Оборот прав на объекты авторского права характеризуется коммерческой выгодой, к которой стороны стремятся, заключая сделки. Однако «исключительное право» и «коммерческое использование объекта авторского права» как в нормах российского права, так и в нормах законодательства стран Евразийского союза — не зависимые друг от друга понятия. Как указывают многие специалисты, это не отвечает интересам правообладателей.

⁸ Решение Арбитражного суда Смоленской области от 11 июня 2010 г. по делу № А62-1261/2010 // «СПС КонсультантПлюс».

Соответственно, необходимо дать определение коммерческому использованию объектов авторского права — это действие, направленное на объект авторского права, целью которого является получение выгоды.

В странах Евразийского таможенного пространства, как и в России, не определены формы и способы коммерческого использования объектов авторского права, а при осуществлении торговых операций требуется анализ условий сделки, изучение норм и практики стран, где затронуты вопросы использования объектов авторского права⁹.

Одним из видов коммерческого использования объектов авторского права является лицензирование. Продавая лицензию лицензиату, правообладатель выходит на другие рынки, продвигая не только товар с обозначенными объектами авторского права, но и увеличивая известность и популярность своего объекта.

Лицензия может также расширить сферы использования объектов авторского права. Лицензиар по договору заинтересован в расширении товарных возможностей объекта авторского права, т.к. сам не всегда имеет ресурсы для его распространения. Так, например, лицензиат может применять объект авторского права не только в отношении товара, но и в сфере оказания услуг.

Следующим видом коммерческого использования объекта авторского права является, например, регистрация в качестве товарного знака литературного или другого персонажа. В этом случае, с одной стороны, известность получает товар, обозначенный товарным знаком, а с другой стороны, например, очень известное аудиовизуальное произведение помогает товарному знаку продвинуться в своей популярности.

В этой связи становится повсеместно используемым в России и странах Таможенного союза еще один из способов маркетинга, когда лицензии выдаются на персонажи из аудиовизуальных произведений. За год перед премьерой фильмов продаются детские журналы с изображениями популярных персонажей, брелоки, кружки, портфели, сладости и т.д. Платежи от лицензионного использования таких объектов могут быть очень выгодны создателям аудиовизуального произведения. Изображение персонажа направлено на привлечение внимания и интереса к объекту, а это способствует продвижению товара на рынке.

На товары, как было указано выше, могут быть нанесены обозначения, квалифицируемые одновременно как товарный знак и объект авторских прав, что вызывает определенную ассоциацию с качеством этого товара и представляет своего рода его рекламу.

Реклама, как инструмент продвижения товара на рынке, является также одним из способов коммерческого использования, выполняя, с одной сто-

⁹ См., например: постановление Суда по интеллектуальным правам от 15 апреля 2015 г. по делу № А56-41464/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

роны, функцию «раскручивания» объекта авторского права, если персонаж или название произведения помещено на товаре, с другой стороны, реклама, являясь, например, аудиовизуальным произведением, объект авторско-правовой охраны.

Продвижение товара или услуги на рынке является важным этапом коммерческого использования объектов авторского права. Целью использования объектов авторского права на товарах является приобретение конкурентных свойств этого товара, распространение сведений о достоинствах товара, создание представления у потребителей, что товар имеет особенные и специфичные свойства.

Большое влияние на коммерческое продвижение товара, обозначенного объектом авторского права, оказывают новые технологии, которые помогают осуществлять быструю доставку товара.

Таким способом является электронная торговля товаром, которая имеет свои особенности и требует определенных правил в рамках таможенного пространства стран ЕАЭС. Так, к примеру, электронная торговля стран СНГ основывается на Модельном законе СНГ «Об электронной торговле», принятом в 2008 г.

В заключение следует отметить, что возрастающий оборот товара, обозначенного результатами творческой деятельности, в таможенном пространстве ЕАЭС усложняется, и при осуществлении таких операций необходимы четкие правила и рекомендации.

Библиографический список

1. Гаврилов Э.П. Общие положения права интеллектуальной собственности: краткий комментарий к главе 69 ГК РФ / Э.П. Гаврилов // *Хозяйство и право*. 2007. № 9. С. 24–35.
2. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права / В.А. Дозорцев // *Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / Исслед. центр частного права*. М. : Статут, 2003.
3. Королев М.П. Роль коммерческой цели в определении понятия «использование произведения» : автореф. дис. ... канд. юрид. наук // М.П. Королев; Российская государственная академия интеллектуальной собственности. М., 2014.
4. Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели : дис. ... докт. юрид. наук // А.Г. Матвеев; Российская государственная академия интеллектуальной собственности. М., 2016.
5. Ожегов С.И. *Словарь русского языка* / С.И. Ожегов; под ред. Н.Ю. Шведовой. М. : Русский язык, 1984.
6. Серебровский В.И. *Вопросы советского авторского права* / В.И. Серебровский. М. : Издательство Академии наук СССР, 1956.

Сушкова Ольга Викторовна
доцент кафедры гражданского и предпринимательского права
Всероссийского государственного университета юстиции
(РАП Минюста России), начальник отдела по защите прав
на результаты интеллектуальной деятельности,
кандидат юридических наук

ПРАВОВЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПОЛОЖЕНИЙ О ЗАЛОГЕ КАК СПОСОБЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Настоящая статья затрагивает основные положения о залоге. Автор анализирует положения Федерального закона от 21.12.2013 № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» о залоге, как способе обеспечения обязательств. Автор приводит актуальную судебную практику по рассматриваемой проблеме и делается вывод о том, что данный способ обеспечения обязательств способствует минимизации рисков в гражданских правоотношениях между субъектами предпринимательской и коммерческой деятельности.

Ключевые слова: **залог, обязательство, способы обеспечения обязательств.**

Sushkova Olga Viktorovna
Associate professor of the department of Civil and entrepreneurial Law
at All-Russian State University of Justice Russia,
Head of Department on protection of rights to results of intellectual property,
PhD in Law

LEGAL ASPECTS OF THE PROVISIONS ON THE PLEDGE AS A WAY OF SECURING OBLIGATIONSS

This article covers the main provisions of the pledge. The author analyzes the provisions of the Federal law from 21.12.2013 № 367-FZ «On amendments to the Civil code of the Russian Federation and the annulment of certain legislative acts (provisions of legislative acts) of the Russian Federation»

on pledge as a way of securing obligations. The author provides relevant jurisprudence on this issue and concluded that this method of securing obligations helps to minimize risks in civil legal relations between subjects of entrepreneurial and commercial activities.

Key words: **pledge, obligation.**

В настоящее время залог является необходимым способом обеспечения обязательства должника. Залог — это тот институт гражданского права, который позволяет не только понять условия исполнения обязательства, но и порядок, оформление и некоторые нюансы, которые действует в отношении предмета такого залога, а также его правовой режим. Безусловно, имеет большое значение, какой имущественный объект становится предметом залога и какие права и обязанности в связи с этим возникают у залогодателя (могут быть и ограничения) и залогодержателя. Кроме того, в ряде случаев законодатель предусматривает порядок вступления в силу договора залога — посредством соблюдения его формы, через государственную регистрацию перехода прав.

В силу залога кредитор по обеспеченному им обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества (предмета залога) преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество залогодателя (п. 1 ст. 334 ГК РФ).

В случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, *требование залогодержателя может быть удовлетворено путем передачи предмета залога залогодержателю (оставления у залогодержателя) (п. 1 ст. 334 ГК РФ).*

Залогодержатель преимущественно перед другими кредиторами залогодателя вправе получить удовлетворение обеспеченного залогом требования также за счет денежной суммы или имущества, *указанных в п. 2 ст. 334 ГК РФ.*

При недостаточности суммы, вырученной в результате обращения взыскания на заложенное имущество, залогодержатель вправе удовлетворить свое требование в непогашенной части за счет иного имущества должника, не пользуясь преимуществом, основанным на залоге, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 3 ст. 334 ГК РФ).

Следует подчеркнуть, что правовые положения о залоге подверглись изменениям достаточное время назад. Так, Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законо-

дательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» № 367-ФЗ (далее — 367-ФЗ)¹ параграф о залоге как виде обеспечения обязательств был практически изложен по-новому. Этому способствовал ряд обстоятельств. Прежде всего стоит назвать Концепцию развития гражданского законодательства (далее — Концепция)², которая, однако, не стала базовым документом для реформирования института залога. Основным документом, который явился базой для формирования законодателем тех или иных правовых инструментов и механизмов залога, явилась Стратегия развития банковского сектора Российской Федерации до 2015 года (далее — Стратегия)³.

Так, в частности, в п. 6 раздела 3 названной Стратегии указано, что «одним из необходимых условий развития кредитных отношений банков с организациями реального сектора экономики и населением является работа по обеспечению защиты прав банков как кредиторов и стимулированию более ответственного поведения заемщиков, в том числе по совершенствованию залогового законодательства Российской Федерации.

Правительством Российской Федерации и Банком России предусматривается создание системы регистрации уведомлений о залоге и об ином обременении движимого имущества, обладающего идентификационными признаками (машин, оборудования и транспортных средств в соответствии с Общероссийским классификатором основных фондов). Функции по регистрации уведомлений (функции регистрационной организации) будут выполняться бюро кредитных историй. При этом регистрационные организации будут обязаны соответствовать специальным требованиям, установленным федеральным законом. Также предусматривается организация государственного контроля и надзора за деятельностью регистрационных организаций»⁴. Такое мнение, заложенное в Стратегию со стороны банковского сектора, было вызвано рядом причин. Остановимся на некоторых из них.

В первую очередь это незначительное развитие рынка кредитных инструментов. О.М. Иванов так характеризует эту проблему: «Инструментарий денежного рынка и рынка капиталов (за исключением рынка ценных бумаг) отличается скудностью. Банк России проявляет определенную инициативу при создании и практическом внедрении инструментов, используемых им самим для целей реализации единой государственной кредитно-

¹ СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6687.

² Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС России. 2009. № 11.

³ Заявление Правительства РФ № 1472п-П13, Банка России № 01-001/1280 от 5 апреля 2011 г. // Вестник Банка России. 2011. № 21.

⁴ Заявление Правительства РФ № 1472п-П13, Банка России № 01-001/1280 от 5 апреля 2011 г. «О Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 года» // Вестник Банка России. 2011. № 21. С. 8.

денежной политики. Речь идет о механизмах рефинансирования кредитных организаций. Они характеризуются следующими чертами: краткосрочностью (от дней до месяцев), простотой обеспечения (ломбардный список), специальным статусом кредитора (Банк России). В системе органов государственной власти отсутствует орган, который решает более широкие задачи по формированию кредитного рынка. По этой причине отсутствует прогресс в развитии кредитных продуктов, предусматривающих длительные сроки кредитования, множественность кредиторов, широкие возможности по структурированию обеспечения и управлению им»⁵. Безусловно, такое положение вещей напрямую влияет и на залоговые отношения, которые также строятся в системе экономических отношений. С другой стороны, принятие Концепции стало отправной точкой для разрешения правовой проблемы развития кредитных инструментов и залоговых отношений. Однако в Концепции законодатель решает ее, как мне представляется, в трех разных плоскостях. Эти плоскости достаточно объемны и могут включать достаточное количество мелких, но менее значительных аспектов.

Так, первая группа правовых проблем связана с правовой характеристикой залога в системе объектов гражданских прав. В первую очередь законодатель останавливается на понятии вещи и вещных отношений, поскольку такие отношения могут складываться и в плоскости залоговых правоотношений.

При этом в настоящий период следует упомянуть и о новой Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 г. (далее — Стратегия 2020)⁶, исходя из текста которой можно сделать вывод о том, что она напрямую не указывает на проблемы, связанные с обеспечением обязательств залогом, но указывает на обострения «кризисных процессов на мировых финансовых рынках, учитывая важность сохранения ликвидности российской финансовой и банковской системы на уровне, способном обеспечить увеличивающийся в условиях экономического роста спрос предприятий на финансовые ресурсы...»⁷. Показательно, что эти положения не могут не затрагивать залоговых отношений и самого предмета залога.

Как справедливо указывал Б.М. Гонгало: «Среди наиболее важных черт залога, присущих большинству видов залога, можно отметить следующие:

- 1) права залогодержателя (право залога) есть права на чужое имущество;
- 2) право залога следует за вещью (переход права собственности или права хозяйственного ведения от залогодателя к другому лицу не прекращает залоговых отношений);

⁵ Иванов О.М. Как нам обустроить кредитный сектор // Банковское право. 2011. № 5. С. 2.

⁶ Распоряжение Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р «Об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2009 г. № 3. Ст. 423.

⁷ Там же.

3) залог произведен от основного обязательства. Производность залога от обеспечиваемого им обязательства проявляется в том, что залоговое обязательство возникает постольку, поскольку существует основное обязательство. Не может возникнуть залоговое отношение, если нет основного обязательства;

4) залог зависим от основного обязательства»⁸.

Во-вторых, как указано в п. 8.1 Концепции, «Особенность действующего законодательства заключается в двойственном отношении к праву залога. Право залогодержателя не признается вещным правом. Между действующий ГК предусмотрел для залога регулирование, которое сближает правовой режим залоговых прав с правовым режимом «классических» вещных прав. Такая двойственность создает трудности в правоприменении.

Однако, принимая во внимание разнообразие объектов залога (вещи, имущественные права, доля в праве собственности), залог в целом не может быть сконструирован как сугубо вещное право. Вместе с тем допустимо придать характер вещного права отдельным видам залога, обладающим свойствами публичности и следования, а также предоставляющим приоритет залоговым кредиторам перед прочими кредиторами.

Таким образом, учитывая неоднозначность правовой природы залога, следует оставить неизменным основное место регулирования залоговых правоотношений в ГК, а именно в главе об обеспечении исполнения обязательств»⁹.

В-третьих, до принятия Концепции в РФ помимо ГК РФ существовали не только разрозненные нормативные правовые акты, регулирующие залог и залоговые отношения, но также были и такие законодательные акты, которые имели некоторые нормы, которые тоже в ряде случаев можно было отнести к регулированию залога. Все эти обстоятельства вызывали трудности на практике и усложняли систему регулирования тех или иных гражданских правоотношений. Поэтому в Концепции ее разработчиками совершенно справедливо и на этом обстоятельстве был сделан акцент.

Таким образом, все эти факторы в совокупности стали той основой, которая легла в нормы 367-ФЗ, изменив полностью устаревший параграф о залоге. Поэтому можно говорить о девяти главных изменениях положений о залоге:

Во-первых, появился учет залога движимого имущества.

Во-вторых, установлена защита добросовестных приобретателей заложенного имущества.

В-третьих, закон раскрыл понятие добросовестного залогодержателя и защитил добросовестных залогодержателей.

⁸ Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М. : Статут, 2004. С. 68.

⁹ Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 28.

В-четвертых, залогодатель и залогодержатель теперь могут *изменить старшинство залогов*.

В-пятых, у кредиторов появилась *возможность передать залог в профессиональное управление*.

В-шестых, закон установил новые положения о том, как нужно описывать в договоре залога *основное обязательство и предмет залога*.

В-седьмых, обновлены правила обращения взыскания на предмет залога и его реализации.

В-восьмых, изменилась *очередность удовлетворения требований залогодержателей*.

В-девярых, введено регулирование отдельных видов залога, таких как:

- залог обязательственных прав;*
- залог прав по договору банковского счета;*
- залог прав участников юридических лиц;*
- залог ценных бумаг.*

Переходя к видам залога, надо отметить, что в настоящее время в ГК РФ перечислены следующие:

- ст. 357 — залог товаров в обороте;
- ст. 358 — залог вещей в ломбарде;
- ст. 358.1 — залог обязательственных прав;
- ст. 358.9 — залог прав по договору банковского счета;
- ст. 358.15 — залог прав участников юридических лиц;
- ст. 358.16 — залог ценных бумаг;
- ст. 358.18 — залог исключительных прав;
- залог недвижимого имущества (ипотека);
- залог движимого имущества;

Перечисляя все эти виды залога, о которых будет сказано ниже, нельзя не рассмотреть обстоятельства или основания возникновения залога (ст. 334.1 ГК РФ). Какие бы предпосылки для основания залога в гражданском или хозяйственном обороте ни возникали, договор будет всегда выступать универсальной конструкцией, которая позволит сторонам прийти к тем согласительным условиям, на которых они будут исполнять основное и обеспеченное залогом обязательства. В настоящее время наиболее часто прослеживается практика обеспечения залогом исполнения обязательств застройщиком по договору (п. 1 ст. 13 ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»¹⁰ — постановление Арбитражного суда Московского округа от 10 мая 2016 г. № Ф05-3585/2016 по делу № А41-3991/15¹¹, постановление Арбитражно-

¹⁰ СЗ РФ. 2005. № 1 (ч 1). Ст. 40.

¹¹ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.07.2016).

го суда Московского округа от 17 мая 2016 г. № Ф05-3585/2016 по делу № А41-3991/2015¹², постановление Арбитражного суда Московского округа от 17 мая 2016 г. № Ф05-3585/2016 по делу № А41-3991/2015¹³ и др.). Надо отметить, что в правоприменительной практике могут возникать и иные обстоятельства для применения залоговых отношений между участниками гражданского и хозяйственного оборота¹⁴.

Форма договора играет большую роль в правоприменительной практике. Причем надо отметить, что такая практика в основном складывается в отношении объектов недвижимого имущества и порядка его обременения в силу специальной формы залога (ипотеки). Договор залога должен быть заключен в простой письменной форме, если законом или соглашением сторон не установлена нотариальная форма. *Несоблюдение формы договора залога влечет его недействительность (п. 3 ст. 339 ГК РФ).*

Необходимо напомнить, что в соответствии с п. 1 ст. 10 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹⁵ — договор об ипотеке заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами, и подлежит государственной регистрации. Однако правила о государственной регистрации договора ипотеки, содержащиеся в Федеральном законе, не подлежат применению к договорам ипотеки, заключаемым после дня вступления в силу Федерального закона № 367-ФЗ, т.е. с 1 июля 2014 г.

Так, постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16 декабря 2015 г. № Ф04-27956/2015 по делу № А75-1324/2015 были проверены требования заявителей о государственной регистрации договора последующего залога недвижимого имущества. Обстоятельства дела были следующие: стороны заключили договор залога в качестве обеспечения исполнения обязательств по договору целевого займа, заключенному между залогодержателем и заемщиком. Залогодатель уклонился от государственной регистрации сделки. По результатам рассмотрения суд принял решение, которым требование удовлетворил, поскольку залогодержатель лишен возможности зарегистрировать названный договор самостоятельно, т.к. в силу закона государственная регистрация носит заявительный характер, при этом с соответствующим заявлением должны обратиться в регистрирующий орган обе стороны договора¹⁶.

¹² Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.07.2016).

¹³ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.07.2016).

¹⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий разделу III «Общая часть обязательственного права»/ под ред. Л.В. Саниковой. М. : Статут, 2016. С. 115.

¹⁵ СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

¹⁶ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.07.2016).

Известно, что форма договора выражается в трех видах — простой письменной, нотариальной и подлежащей государственной регистрации. В связи с этим положения ст. 339 ГК РФ, как мне представляется, нельзя рассматривать отдельно, поскольку положения ст. 339.1 ГК РФ предусматривают именно государственную регистрацию и учет залога. Необходимо отметить, что указанная статья не предусматривает регистрацию договора, а указывает на то, что права, удостоверенные залогом, в случаях, указанных в норме, в том числе и при их переходе от одного лица к другому, подлежат государственной регистрации и учету.

Закон различает момент возникновения права залога в зависимости от следующих обстоятельств:

- если в соответствии с законом права, закрепляющие принадлежность имущества определенному лицу, подлежат государственной регистрации (ст. 8.1 ГК РФ);

- если предметом залога являются права участника (учредителя Общества с ограниченной ответственностью (ст. 358.15 ГК РФ);

- записи о залоге ценных бумаг совершаются в соответствии с правилами Гражданского кодекса РФ и других законов о ценных бумагах (п. 2 ст. 339.1 ГК РФ);

- сведения о залоге прав по договору банковского счета учитываются в соответствии с правилами ст. 358.11 ГК РФ (п. 3 ст. 339.1 ГК РФ);

- залог в отношении движимого имущества учитывается путем регистрации уведомлений о залоге в соответствии с законодательством о нотариате;

- залог в отношении исключительных прав учитывается путем регистрации перехода прав в соответствии с Административными регламентами Роспатента.

Договором залога может быть предусмотрен залог имущества, которое залогодатель приобретет в будущем (п. 2 ст. 336 ГК РФ). Предметом залога может быть право, которое возникнет в будущем из существующего или будущего обязательства (п. 2 ст. 358.1 ГК РФ).

Если **основное обязательство, обеспечиваемое залогом, возникнет в будущем** после заключения договора залога, залог возникает с момента, определенного договором, но не ранее возникновения этого обязательства. С момента заключения такого договора залога к отношениям сторон применяются положения ст. 343 и ст. 346 ГК РФ (п. 3 ст. 341 ГК РФ).

В настоящий период существующая судебная практика достаточно разнообразна, поскольку ряд категорий дел рассматриваются до вступления в силу 367-ФЗ (до 1 июля 2014 г.), а ряд категорий дел уже рассмотрены и начинают формировать единство судебной практики по вновь введенным нормам. Примечательным является порядок применения п. 3 ст. 341 ГК РФ о будущем залоге.

Так, из постановления Восьмого арбитражного апелляционного суда от 28 сентября 2015 г. № 08АП-7274/2015 по делу № А75-10271/2014¹⁷ усматривается, что истцом было заявлено требование об обращении взыскания на заложенное по договору залога недвижимое имущество, а ответчиком встречное требование — о признании сделки недействительной.

В данном деле суд применил еще действовавший на момент возникновения обязательств Закон РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге»¹⁸, однако указав при этом в тексте судебного акта и на положения п. 3 ст. 341 ГК РФ, суть которых сводилась к возможности включения в договор залога предмета, который будет приобретен в будущем. По результатам рассмотрения дела требования истца были удовлетворены в полном объеме.

Следует согласиться с мнением Р.С. Бевзенко относительно будущего залога, который справедливо отмечает, что «особенно хорошо разделение залога как вещного права и договора залога (как основания возникновения вещного права) заметно в конструкции залога будущей вещи (п. 2 ст. 334 и п. 2 ст. 341 ГК РФ), когда лицо, не обладающее правом собственности на имущество, которое является предметом договора залога, тем не менее может выступать залогодателем, т.е. создавать для себя различные обязательства, вытекающие из договора залога (самое главное такое обязательство — установить залог), но право залога (как вещное право) возникнет не ранее, чем залогодатель приобретет право собственности на заложенную вещь. Таким образом, возможны ситуации, когда договор залога заключен, но залог как вещное право еще не возник»¹⁹.

Залог **права возникает** с момента заключения договора залога, а при залоге будущего права — с момента возникновения этого права (п. 1 ст. 358.5 ГК РФ). Если залогом права обеспечено исполнение обязательства, которое возникнет в будущем, залог права возникает с момента возникновения этого обязательства (п. 2 ст. 358.5 ГК РФ).

Надо отметить, что сложность применения этого правового института еще ранее рассматривалась в судебной практике высших судебных органов. Кроме того, Верховный Суд и Высший арбитражный Суд по одной и той же норме принимали решения с разными правовыми позициями. Рассмотрим их.

Определением Верховного Суда РФ от 10 апреля 2007 г. № 11В07-12 была высказана позиция о том, что переход права собственности не прекращает право залога: правопреемник залогодателя становится на его место.

¹⁷ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.07.2016).

¹⁸ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992 г. № 23. Ст. 1239. (Закон утратил силу.)

¹⁹ Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 4.

При этом каких-либо исключений, позволяющих освободить лицо, приобретшее заложенное имущество, от перешедших к нему обязанностей залогодателя на основании того, что при заключении договора купли-продажи оно не знало о наложенных на него обременениях, не предусмотрено²⁰. Позднее Верховный Суд РФ в своем определении от 12 июля 2011 г. № 74-В11-4²¹ повторил позицию, которая заключалась в том, что переход права собственности не прекращает право залога. В последующие периоды, несмотря на появление Концепции и изменение экономической обстановки в гражданском обороте, правовая позиция Верховного Суда РФ оставалась на прежнем уровне²².

Правовая позиция ВАС России была несколько иной и нашла свое отражение в п. 25 постановления Пленума ВАС России № 10²³: исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ), не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога. При этом суды должны оценивать обстоятельства приобретения заложенного имущества, исходя из которых покупатель должен был предположить, что он приобретает имущество, находящееся в залоге. В частности, суды должны установить, был ли вручен приобретателю первоначальный экземпляр документа, свидетельствующего о праве продавца на продаваемое имущество (например, паспорт транспортного средства), либо его дубликат; имелись ли на заложенном имуществе в момент его передачи приобретателю знаки о залоге.

В случае если судом будет установлено, что предмет залога в соответствии с договором залога находился во владении залогодержателя, но выбыл из владения помимо его воли, иск об обращении взыскания на заложенное имущество подлежит удовлетворению вне зависимости от того, что покупатель не знал и не должен был знать о том, что приобретаемое им имущество находится в залоге.

Необходимо отметить, что измененные положения о залоге будут способствовать улучшению установления гражданских правоотношений между субъектами гражданского оборота.

²⁰ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.07.2016).

²¹ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.07.2016).

²² См. : Определение Верховного Суда РФ от 20 марта 2012 г. № 16-В11-24, Определение Верховного Суда РФ от 9 октября 2012 г. № 18-КГ12-39 // СПС «КонсультантПлюс».

²³ Постановление Пленума ВАС России от 17 февраля 2011 г. № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» // Вестник ВАС России. 2011. № 4.

Библиографический список

1. Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России / Р.С. Бевзенко // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 4.
2. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики / Б.М. Гонгало. М. : Статут, 2004.
3. Иванов О.М. Как нам обустроить кредитный сектор / Иванов О.М. // Банковское право. 2011. № 5.

Белов Вадим Анатольевич,
профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, профессор
commercial@law.msu.ru

БАНКОВСКИЕ ПЛАТЕЖНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА / BANK PAYMENT OBLIGATIONS (БПО/ВРО): ПОНЯТИЕ, ТЕХНОЛОГИЯ СОЗДАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ, ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ, ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА, СООТНОШЕНИЕ СО СМЕЖНЫМИ ИНСТИТУТАМИ И ОТНОШЕНИЯМИ

Статья представляет собой фундаментальный анализ Унифицированных правил для банковских платежных обязательств (УП-БПО/URBPO), разработанных Международной торговой-промышленной палатой.

Ключевые слова: **банковские платежные обязательства, Унифицированные правила для банковских платежных обязательств (УП-БПО/URBPO).**

Belov Vadim Anatolievich,
professor of the chamber of commercial law and the fundamentals
of jurisprudence of the Law School of the MSU by M.V. Lomonosov,
Doctor in Law

BANK PAYMENT OBLIGATIONS: DEFINITION, TECHNOLOGY
OF DRAFTING AND USE, LEGAL REGULATION, LEGAL NATURE,
RELATED INSTITUTES AND RELATIONS

The author gives deep analysis of the Unified rules for bank payment obligations issued by the International Chamber of Commerce which became effective from 2013.

Key words: **bank apyment obligations, Unified rules for bank payment obligations (URBPO).**

1 июля 2013 г. вступили в силу очередные Унифицированные правила Международной торговой палаты (МТП/ИСС) — **Унифицированные правила для банковских платежных обязательств** (УП-БПО/URBPO), разработанные Банковской комиссией МТП в сотрудничестве с международным провайдером финансовой информации SWIFT (СВИФТ), принятые Исполнительным комитетом МТП 18 апреля 2013 г. и обнародованные под обозначением «Публикация МТП № 750Е»¹. В новой (2013 г.) редакции Типового договора международной купли-продажи МТП (ст. 5.5, лист формы А-7) к условиям о традиционных способах международных расчетов (по открытому счету, авансом, документарному инкассо и документарному аккредитиву) уже прибавился новый вариант — *Irrevocable Bank Payment Obligation*². По состоянию на 20 июня 2012 г. (т.е. почти за год до принятия Правил МТП) БПО уже использовалось 38 банками, в том числе 14, входящими в двадцатку крупнейших банков мира³. По состоянию же на 17 ноября 2014 г. БПО внедрились в свою практику уже 58 банков, в т.ч. 18 из первой двадцатки⁴. А судя по тому, что к системе электронного сопоставления данных (точнее говоря — к платформе TSU), необходимой для внедрения и использования БПО, на настоящий момент подключено 168 банков, работающих на

- ¹ См. отд. изд.: Uniform Rules for Bank Payment Obligations. Version 1.0: ICC Publication № 750E. Paris, 2013, 28 p. Брошюра доступна для приобретения на сайте Международной торговой палаты (см. URL.: <http://store.iccwbo.org/uniform-rules-for-bank-payment-obligations>). См. также ряд дополнительных материалов по тематике БПО: (1) Hennah D.J. ICC Guide to the Uniform Rules for Bank Payment Obligations: ICC Publication № 751. Paris, 2013 (для приобретения: <http://store.iccwbo.org/icc-guide-to-the-uniform-rules-for-bank-payment-obligations>); (2) так называемые BPO-Documents, в том числе (a) The Bank Payment Obligation: Capital & Accounting Treatment: prepared by the Commission on Banking's BPO Education Group. Document No. 470/1204 – 12 September 2012; (b) Uniform Rules for Bank Payment Obligation brochure. W.p., w.y.; (c) Frequently Asked Questions for Bankers regarding the URBPO; (d) Frequently Asked Questions for Corporates regarding the URBPO, имеющиеся в свободном доступе вот здесь: [http://www.iccwbo.org/About-ICC/Policy-Commissions/Banking/Task-forces/Bank-Payment-Obligation-\(BPO\)](http://www.iccwbo.org/About-ICC/Policy-Commissions/Banking/Task-forces/Bank-Payment-Obligation-(BPO)); (3) подборку материалов семинаров и вебинаров различных специалистов на сайте http://www.slideshare.net/andre_casterman/bank-payment-obligation, а также ссылки на другие сетевые ресурсы, сделанные далее.
- ² См.: Model International Sale Contract. Manufactured Goods: ed. 2013: ICC Publication № 738. Paris, 2013. P. 44. — Имеется также русскоязычный вариант брошюры под обозначением Публикации МТП № 738R (пер. с англ. Н.Г. Виляковой. М., 2013). См. также: Hennah D.J. Op. cit. P. 144–145.
- ³ В частности, такими как ANZ, Banco del Brasil, Bank of America Merrill Lynch, Bank of China, Bank of Montreal, Barclays, BNP Paribas, City Bank, Commerzbank, Deutsche Bank, HSBC, ING, J.P. Morgan, QNB, RBS, SMBC, Standard Bank, Standard Chartered, UBS, UniCredit Bank и др. См.: Dobbing D. Bank Payment Obligation // URL: http://www.iiblp.org/files/uploads/pdf/IBLP_LCSurvey%20BPO_2012%20V2.pdf (слайд 20).
- ⁴ К перечисленным выше «китам» присоединились такие финансовые институты, как BBVA, Crédit Agricole, Danske Bank, Groppo Banca Popolare di Vicenza, Handelsbanken, Iccrea Banca, KBS, NLB, Nordea Bank, Societe Generale, Swedbank. См.: Market adoption of BPO: facilitating multi-banking in supply chain finance to mitigate payment risks and enable financing opportunities — November, 17th, 2014 // URL: http://www.swift.com/assets/corporates/documents/business_areas/trade_bpo_market_adoption.pdf (слайд 16).

территориях 47 стран⁵, «резервы» для дальнейшего распространения БПО продолжают оставаться весьма впечатляющими.

К сожалению, все сказанное каким-то непостижимым образом проходит мимо нашего Отечества, государств — участниц бывшего СССР, а также практически всех стран — участниц бывшего социалистического лагеря (из всех них БПО-сервисом можно воспользоваться пока только на территории Словении). Больше того, как показывает наша личная практика, у нас в России мало кто вообще знает о самом факте существования и сути БПО; ни содержание УП-БПО, ни даже самый факт их принятия почти не получили (и не получают) освещения в отечественной печати. Публикации нескольких российских авторов, ориентированные главным образом на банкиров и имеющие информационно-практическое (справочное) назначение, можно пересчитать по пальцам⁶; что же касается собственно юридических публикаций, то их нет совсем.

Конечно, в ситуации, когда поговаривают о возможном отключении российских банков даже от системы СВИФТ в целом, рассуждения о перспективах и пользе внедрения БПО (одного из специальных сервисов этого провайдера) кому-то могут показаться, мягко говоря, несвоевременными. И тем не менее! — нам представляется, что одно другому никак не мешает хотя бы потому, что потребность человечества в товарной и денежной торговле не изжить, несмотря ни на какие политические дрязги. Затем, в России уже сейчас работают «дочки» ряда иностранных банков, в том числе тех, что весьма активно эксплуатируют БПО⁷; не существует особенных препятствий для работы российских специалистов как в этих «дочках», так и в самих иностранных банках. Ну и, в конце концов ... чем более многочисленными, разветвленными и плотными будут международные торговые и финансовые контакты, тем сложнее их будет рвать политикам. Откуда, спрашивается, эти контакты возьмутся, как они смогут стать разветвленными и плотными, если не знать самых последних правил игры, по которым

⁵ Там же, слайд 19.

⁶ Одна из них — наша справка об УП-БПО, опубликованная в рамках курса лекций по международному торговому праву; см.: Белов В.А. Международное торговое право и право ВТО : учебник. Т. 2. Акты международной частноправовой унификации. Право ЕС. Право ВТО. М., 2014. С. 313–317. См. также: Банковское платежное обязательство (ВПО) и платформа для проведения сделок (TSU): новый инструмент торгового финансирования // URL: <http://www.rosswift.ru/30011/3001114/>; Кастерман А. На пути к новому стандарту в торговом финансировании : интервью // Международные банковские операции. 2011. № 4. С. 8–14; Его же. The Bank Payment Obligation: a new payment term to secure and finance trade // URL: http://www.swift.com/assets/corporates/documents/business_areas/trade_bpo_white_paper_201304.pdf; Шакирова Э.Р. Банковское платежное обязательство (ВПО): новый инструмент торгового финансирования // URL: <http://www.tfpro.ru/tfpro/index.php/columns/102-factoring-torgovlie-otnosheniya/2370-bpo> ; или (то же) <https://www.db.com/russia/en/docs/newfile.pdf>

⁷ Таковы структуры Barclays, BNP Paribas, City Bank, Crédit Agricole, Deutsche Bank, HSBC, ING, Nordea Bank, Societe Generale, Swedbank и UniCredit Bank.

эти контакты устанавливаются, и не уметь обращаться с новейшей электронной средой, в которой они существуют? Словом, ознакомление с юридической стороной БПО не только никому не повредит, но и, несомненно, будет способствовать тому, что этот новый финансовый инструмент приживется и даст хорошие всходы на почве нашей российской банковской практики.

1.

Следуя т.н. принципу Квинтилиана — «*Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?*»⁸ — рассказ о внешней стороне БПО лучше всего начать с ответа на вопрос «Кто?», т.е. с характеристики *субъектного состава* участников обязательства. Попутно станут понятны и несколько других немаловажных, непосредственно связанных моментов. Во-первых неизбежно придется сказать об *общественных отношениях*, которые способна «разрулить» (о той фактической почве, на которой только и может «взрасти») практика использования БПО. Во-вторых, мы расскажем о субъектном составе лиц, хотя и самым тесным образом *соприкасающихся* с отношениями по БПО, но юридически в них все-таки не участвующих. Наконец, в-третьих, мы четко очертим *сферу общественных отношений*, регулируемых названными Правилами МТП (УП-БПО).

Банк-Должник (Obligor Bank)⁹ — это банк, *принимающий на себя БПО, обязанный в соответствии с его условиями*, или, иначе, банк *выпускающий, выдающий или эмитирующий БПО* (абз. 11 ст. 13 УП-БПО). Чаще всего таковым выступает банк, *обслуживающий* покупателя (импортера) товаров или документов, либо (в зависимости от случая) заказчика работ или услуг, т.е. *того контрагента внешнеторговой сделки, которому надлежит уплатить определенную денежную сумму*. «Чаще всего», но не всегда, поскольку в общем-то нет никаких препятствий для того, чтобы:

1) БПО использовалось для расчетов не только в *международных*, но и во *внутренних* торговых сделках. УП-БПО во всяком случае никаких специальных указаний насчет внешнеторговой сферы своего применения не содержит. Тем не менее обращение к любым комментариям, презентациям, статьям и иным публикациям (в т.ч. исходящим от разработчиков БПО) не оставляет сомнений в том, что данный финансовый инструмент рассчитывался на обслуживание в первую очередь именно *внешнеторговых* сде-

⁸ То есть «Кто? Что? Где? С чьей помощью? Почему? Как? Когда?» (лат.).

⁹ В прежних документах МТП этот термин никогда не использовался; принимая во внимание роль Банка-Должника, а также его определение из абз. 11 ст. 3 УП-БПО («Obligor Bank» means the bank that issues a BPO») его можно было бы назвать так, как называют банк, открывающий аккредитив, — Банком-Эмитентом. Однако D.J. Hennah (Op. cit. P. 82) указывает, что разработчики сознательно старались уйти от той терминологии, которая уже использовалась в более ранних Унифицированных правилах МТП, дабы избежать чисто внешней, но по сути совершенно неосновательной путаницы с терминами и институтами.

лок, а среди последних — в первую голову *договоров международной продажи товаров*¹⁰;

2) в качестве Банка-Должника выступил бы и *какой-нибудь другой банк* — иной, чем банк, обслуживающий покупателя ([Bank other than the Buyer's Bank] — см. абз. 6, 14–17 ст. 4, параграф (b) ст. 6, параграф (a) и пункт (ii) параграфа (d) ст. 9, пункт (iii) параграфа (c), параграф (g) ст. 10, пункт (ii) параграфа (c) ст. 11). УП-БПО не расшифровывают, кто бы это мог быть и по какой причине подобный — внешне посторонний — банк мог бы принять на себя БПО; следовательно, чисто теоретически место Банка-Должника по БПО мог бы занять *любой банк*¹¹.

УП-БПО не дают ответа на вопрос о тех *причинах*, по которым должником по БПО мог бы стать какой-либо иной банк, чем тот, который обслуживает покупателя. В этом смысле они подобны вексельным законам, обычно не разъясняющим вопроса о том, почему кто-либо мог бы быть назначен плательщиком по переводному векселю. В обоих случаях данные вопросы — в науке именуемые вопросами об *отношениях покрытия* — остаются за рамками специального (соответственно, вексельного и банковского) регулирования. С практической точки зрения это означает, что *отношения покрытия* — их существо, содержание, действительность, практическая реализация, наконец, само их возникновение и существование — *не оказывают никакого влияния на природу и действительность специально-регулируемого обязательства*, в частности, по векселю или БПО. Банком-Должником по БПО может стать, к примеру, банк, являющийся должником банка, обслуживающего покупателя, или банк, оказывающий (с помощью принятия на себя и исполнения БПО) кредит банку, обслуживающему покупателя, или банк, распоряжающийся денежными средствами на открытом у него корреспондентском счете банка, обслуживающего покупателя и т.д.

Принципиальной разницы в правовом положении Банка-Должника, зависящей от того, является ли он одновременно банком, обслуживающим покупателя, или нет, как кажется при первом ознакомлении с УП-БПО, не существует. Но она обнаруживается при внимательном изучении их норм, касающихся технических особенностей межбанковского взаимодействия.

¹⁰ На это указывает «оговорка», встречающаяся в ст. 1 УП-БПО: она прямо говорит только и исключительно о товарной торговле (trade) как почве возникновения БПО. Впрочем, из текста их последующих статей (в первую очередь — ст. 7, параграфа (c) ст. 9, ст. 12, перечисляющих возможные предметы исполнения по основной сделке) становится ясно и очевидно, что БПО может быть инструментом расчетов по любой сделке, в т.ч. договорам, касающимся товаров (goods), документов (documents), услуг (services) и работ (another performance). По всей видимости, БПО первоначально действительно задумывалось как средство расчетов по одним только внешнеторговым продажам, но затем (по не известной нам причине) концепция была изменена, а ст. 1 поправить просто упустили.

¹¹ Единственное ограничение заключается в том, чтобы Банк-Должник не совпадал в одном лице со своим контрагентом (Банком-Реципиентом) — все-таки БПО должно оставаться обязательством, а при совпадении должника с кредитором это было бы невозможным.

Пока (временно!) нам достаточно знать только о том, что такое взаимодействие осуществляется в автоматическом режиме с использованием аппаратного и программного комплексов приема, обработки и отправки электронных данных, входящего в систему СВИФТ. УП-БПО позволяют установить, что **Банк-Должник по БПО иной, чем банк покупателя, может направлять в нашу аппаратно-программную систему только и исключительно два типа содержательных сообщений:**

1) о своем **согласии** с действиями, совершенными другими участниками процесса, в том числе банком, обслуживающим покупателя (об акцепте, одобрении или принятии этих действий), которое выражается сообщением, называемым «Role and Baseline Acceptance» (см. о нем абз. 14 ст. 4 УП-БПО); и

2) о своем **несогласии** с действиями, совершенными другими участниками процесса (об их неакцепте, неодобрении или непринятии), которое выражается в сообщении «Role and Baseline Rejection» (абз. 16 ст. 4 УП-БПО)¹².

Никаких других сообщений (кроме чисто технических) Банк-Должник иной, чем банк, обслуживающий покупателя, направлять не может. Подобного стеснения банк, обслуживающий покупателя — если только он выступает в качестве Банка-Должника по БПО — не испытывает. Пока просто запомним это обстоятельство и перейдем к характеристике контрагента нашего должника — Банка-Реципиента.

Банк-Реципиент (Recipient Bank) определяется (абз. 13 ст. 3 УП-БПО) как банк, являющийся бенефициаром по БПО. Следующее далее прямое указание — о том, что Банком-Реципиентом всегда является **банк, обслуживающий** продавца (шире — подрядчика или исполнителя), т.е. **сторону торговой сделки, имеющую право на получение денежной суммы**. Это означает, что требование по БПО — в отличие от (как мы только что видели) долга — **непрерывно должно быть подкреплено строго определенным основанием**; стремление разработчиков УП-БПО к его сохранению в неизменном виде столь велико, что заставило их пойти на ограничение оборотоспособности требования по БПО (см. об этом ст. 16 Правил и далее). «Почему банк обязывается БПО?» — этот вопрос (как мы видели) может иметь различные ответы. Но вопрос «почему банк приобретает требование по БПО?» может иметь только один ответ: **потому что он не просто банк (абы какой), а банк, обслуживающий кредитора по обязательству из коммерческой сделки**. Вопрос о causa приобретения требования по БПО (отношениях валюты) имеет четкое и однозначное решение: **требование по БПО принадлежит тому и только тому банку, который обслуживает кредитора по денежному обязательству, возникшему из основной торговой сделки — банку продавца**¹³.

¹² В идентичном положении находится Представляющий Банк, не совпадающий с банком, обслуживающим покупателя (см. о них ниже).

¹³ Некоторые нормы УП-БПО написаны так, словно предполагают и другую возможность (см., напр., пункты (i), (ii), (iii) параграфа (d) ст. 9, пункт (i) параграфа (b) ст. 11); но абз. 10 ст. 3 УП-БПО ориентирует, по-видимому, на то, что речь идет просто о двух разных терминологических обозначениях одного и того же лица — «Seller's Bank» и «Recipient Bank».

С другой стороны, вопрос об отношениях покрытия — отношениях Банка-Реципиента со своим клиентом (продавцом, подрядчиком, исполнителем) — участником той торговой сделки, которая обслуживается с помощью БПО — остается за рамками специального правового регулирования¹⁴.

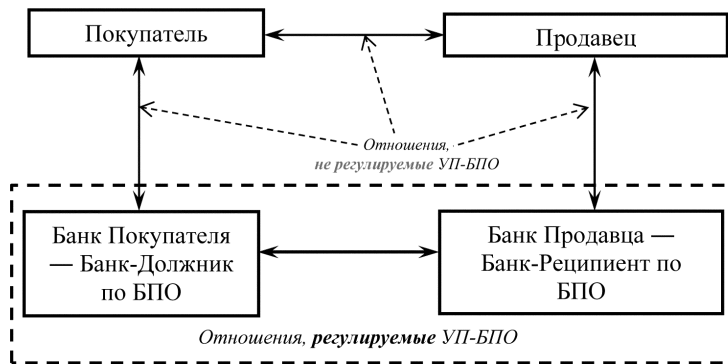
Правовое положение Банка-Реципиента с точки зрения своего содержания отдаленно напоминает статус *бенефициара по банковской* (шире — *независимой*) *гарантии*, а в части, касающейся его способности распорядиться своей возможностью, — статус *бенефициара по аккредитиву*. Коротко говоря, Банк-Реципиент — это *классический кредитор по денежному обязательству* — тот, кто имеет право потребовать платежа определенной денежной суммы в соответствии с условиями обязательства. В принципе можно было бы называть его не Банком-Реципиентом, а Банком-*Кредитором*, что было бы куда более привычным для слуха российского юриста. Тем не менее, мы предпочли воспользоваться дословным переводом (по сути даже не переводом, а транскрипцией) оригинального английского обозначения, поскольку (как мы уже отметили) у Банка-Реципиента нет очень важной возможности, принадлежащей всяким кредиторам по любым денежным обязательствам (кроме активно-персонифицированных) — он *не способен уступить своего требования*, или (говоря точнее) он *не способен его уступить таким образом, чтобы оно осталось требованием по БПО*. УП-БПО не содержат правил, которые позволяли бы сконструировать правовое средство для такой уступки, что, разумеется, не мешает Банку-Реципиенту прибегнуть к общегражданской цессии¹⁵.

¹⁴ Скорее всего, ими будут отношения кредитования или (что вероятнее) финансирования текущей деятельности клиента под уступку его денежных требований, осуществляемое в форме форфейтинга или факторинга — соответственно, под покупку или под залог коммерческих денежных требований. На стр. 162–173 указ. соч. D.J. Hennah рассмотрел шесть (!) различных схем внешнеторгового финансирования (отношений валюты), допускающих применение БПО, а именно (1) покупательский заказ с обязательством платежа (Purchase Order Commitment to Pay, он же Purchase Order или даже просто P2P); (2) предварительное или предотгрузочное финансирование (Pre-Shipment Finance); (3) последующее или постотгрузочное финансирование (Post-Shipment Finance); (4) финансирование под залог товаров на складе (Warehouse Finance); (5) финансирование под одобренные платежи или, что то же самое, поставочное цепное финансирование (Approved Payables Finance или Supply Chain Finance) и (6) покупка дебиторской задолженности (Receivables Purchase).

¹⁵ «Один интересный аспект, который служил поводом к сомнениям и к рассмотрению которого планируют вернуться в более поздний срок в последующих версиях УП-БПО, заключается в категорическом требовании о том, чтобы Банком-Реципиентом всегда был Банк Продавца. Этот подход исключает возможность какой-либо уступки выручки [внимание!] в рамках обмена сообщениями МСО 20022 через систему ЭСД. Таким образом, сейчас дело обстоит так, что такая уступка в необходимых случаях должна совершаться отдельно» (Hennah D.J. Op. cit. P. 83). — И: «Хотя нет никакого повода, оставаясь в пределах текущей редакции УП-БПО рассуждать о каком-либо банке, кроме банка продавца в качестве Банка-Реципиента, это не исключает возможности того, чтобы любые права на платеж по БПО со стороны Банка-Должника были уступлены Банком-Реципиентом третьему лицу по отдельному договору, не регулируемому УП-БПО, но соответствующему применимому законодательству» (Ibid. P. 100).

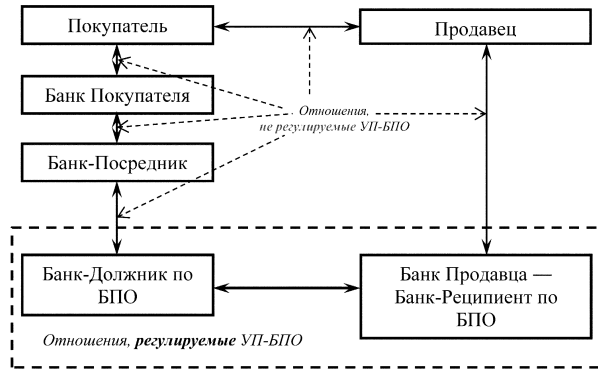
Максимум, что способен сделать Банк-Реципиент, желающий остаться в рамках отношений, регулируемых УП-БПО, — так это (подобно бенефициару аккредитива) назначить своим распоряжением третье лицо, в чьи руки (или на чей счет) Банк-Должник будет обязан (да и то не ранее, чем выразит на это свое согласие — см. параграф (b) ст. 16 УП-БПО) передать (зачислить) причитающийся с него по БПО платеж. Но с точки зрения своего правового положения такое лицо не станет полноценным кредитором; оно будет, скорее, *получателем денег*, предназначенных для другого лица (Банка-Реципиента), его кассиром, *адресатом исполнения*, но никак не цессионарием и даже не третьим лицом, имеющим право требовать исполнения по заключенному в его пользу договору (см. ст. 430 ГК). *Активным субъектом денежного требования по БПО всегда* (даже после совершения сделки переуступки выручки) *будет оставаться Банк-Реципиент*; и если Банк-Должник все же уплатит следуемый с него долг по БПО лицу иному, чем Банк-Реципиент, такая уплата будет иметь значение акта исполнения обязательства перед Банком-Реципиентом¹⁶.

Сказанного достаточно для того, чтобы нарисовать элементарную схему тех общественных отношений, на которых «вырастают» БПО. Эта схема удобна еще и для другой цели: ею весьма наглядно иллюстрируется вопрос о сфере применения специального регулирования — УП-БПО (публикации МТП № 750E):



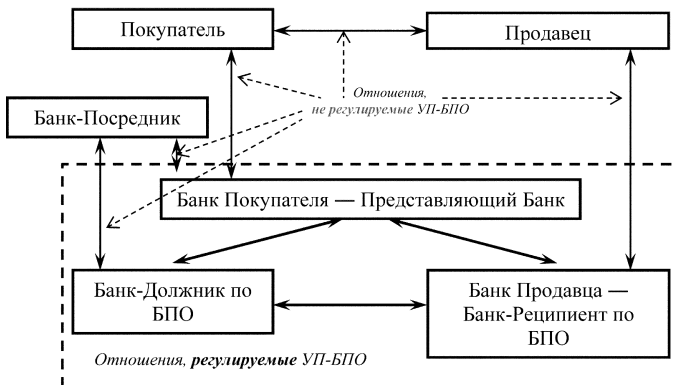
¹⁶ Российские авторы переводят термин Recipient Bank как Банк-Получатель, что также не является точным, поскольку слово «получатель» (как мы уже сказали выше) указывает только на фактического получателя средств. Но в том-то и дело, что Банк-Реципиент — это не только фактический, но еще и юридический получатель, т.е. кредитор — лицо, имеющее право требовать исполнения обязательства в свою пользу, т.е. в своем интересе и с приобретением права основательного присвоения предмета исполнения — права включения всего полученного в состав своего имущества. Принимая с уважением стремление разработчиков УП-БПО ввести особую терминологию, мы сочли термин «Банк-Реципиент» наиболее подходящим: он не такой технический, как «получатель» и вместе с тем не такой «затасканный», как «выгодоприобретатель» или «бенефициар».

Схему можно несколько усложнить, придав ей такой, к примеру, вид:



Как можно видеть, этот — усложненный — вариант изображает ситуацию, когда Банком-Должником по БПО выступает банк иной, чем тот, что обслуживает покупателя.

В отношения по БПО могут «вмешаться» один или несколько **Представляющих Банков** (Submitting Banks) — банки, исполнители чисто технической функции, которая (в первом приближении) состоит в *представлении одного или нескольких комплектов сведений (данных)* в систему электронного (автоматического, программного) сопоставления данных (систему ЭСД), приспособленную для сбора и обработки такого рода сведений (абз. 17 ст. 3 УП-БПО). Очевидно, что первым претендентом на появление в ней особой фигуры Представляющего Банка станет ситуация, в которой Банком-Должником является банк иной, чем банк, обслуживающий покупателя — последний как раз и станет тем самым Представляющим Банком, ибо через кого же еще покупатель мог бы проинформировать участвующие в операции банки о том, что его вполне устраивает исполнение, предложенное продавцом по торговой сделке и, соответственно, о том, что налицо все причины для того, чтобы ему заплатить? Вот схема такой ситуации:



Разумеется, банк-посредник не является необходимым элементом наших схем — вполне возможной является как ситуация, в которой банк покупателя взаимодействует с Банком-Должником напрямую, минуя всяких посредников, так и ситуация, в которой имеется более одного банка-посредника. Очевидно также, что чем этих посредников будет меньше, тем дешевле обойдется операция БПО участникам нашей торговой сделки — продавцу и покупателю — и наоборот.

Завершая описание этих чисто технических, но абсолютно необходимых для того, чтобы разобраться в ситуации и содержании УП-БПО моментов, нам остается только сказать, что для обозначения *любых банков, принимающих участие в операции по известному БПО* (в отношениях, регулируемых УП-БПО), вне зависимости от качества, в котором они такое участие принимают, УП-БПО предлагают использовать обобщающий термин **Вовлеченные Банки** (Involved Banks — см. абз. 10 ст. 3 Правил). В наших примерах: на первой и второй схемах Вовлеченными Банками будут только Банк-Должник и Банк-Реципиент, а на третьей к ним прибавится еще один — Представляющий Банк. Банк-Посредник, фигурирующий на схемах 2 и 3, ни в одном из вариантов Вовлеченным Банком не будет, ибо он в отношениях, регулируемых УП-БПО, не участвует.

2.

Теперь, выяснив вопрос о субъектах отношений, регулируемых УП-БПО, необходимо кратко описать **технологии построения этих отношений** — ответить на вопрос о том, как (и с помощью чего) осуществляется взаимодействие участников БПО. Перенесение нашего внимания именно на этот вопрос объясняется тем, что в такой технологии как раз и коренится *главная особенность*, отделяющая отношения по БПО от других банковских операций, сходных с ними с точки зрения юридической и экономической; одновременно она же является главным источником всех тех сложностей, которые неизбежно сопутствуют уяснению существа операций по БПО и становятся фактором, сдерживающим практическое использование этого финансового инструмента.

Дело в том, что участниками **для построения отношений, регулируемых УП-БПО** (обмена юридически значимыми для целей БПО данными) **используется своеобразный технический посредник** — **аппаратно-программная система**, которую УП-БПО называют «Transaction Matching Application or TMA», а мы предлагаем называть **Системой Электронного** (автоматического, программного) **сопоставления данных** или **Системой ЭСД**. Она предполагает использование т.н. TSMТ-сообщений (сообщений формата XML) стандарта ISO (МСО) 20022 (см. пункт (с) ст. 2 УР-БПО).

ISO (МСО) — аббревиатура, обозначающая *Международную Организацию по Стандартизации* — крупнейшего разработчика международных стандартов в самых различных областях человеческой деятельности.

Ознакомление с содержанием веб-сайта МСО¹⁷ позволяет понять, что МСО 20022 — это *комплект стандартов электронных сообщений*, используемых в ряде сфер, в том числе в области управления торговыми услугами (см. определение из абз. 17 ст. 3 УП-БПО). Электронные сообщения, будучи стандартизированными, приобретают ряд весьма полезных на практике свойств: они становятся сродни *бланкам бумажных документов*. Подобно тому, как мы заполняем «пустые» поля стандартных проформ, в одно из них вписывая имя, в другое — фамилию, в третье — дату рождения «в формате ДД/ММ/ГГ» и т.д. — точно так же мы составляем (формируем) и стандартные электронные сообщения. В случае с БПО стандартизация (как и везде) выполняет две свои обыкновенные роли: она делает возможным (1) уяснение назначения (а отчасти и содержания) сообщений *по одному только их внешнему виду* (безотносительно, между прочим, даже к языку, на котором они выполнены); и (2) *автоматизацию процессов* их формирования и обработки.

В настоящее время в качестве системы Электронного Сопоставления Данных, передаваемых в нее и извлекаемых из нее в виде TSMT-сообщений, используется *специальная межбанковская электронная система загрузки, извлечения и обработки* (в виде *автоматического сопоставления*) *данных по торговым операциям*, известная под названием *Trade Services Utility (TSU)*, разработанная и функционирующая на платформе *SWIFT*¹⁸. Поскольку TSU сама по себе имеет куда более широкое (общее) назначение, чем обслуживание отношений по одним только БПО, мы в дальнейшем продолжим пользоваться обозначением «система ЭСД»: оно подразумевает, что в принципе (да и в перспективе) роль такой Системы может исполнять не одна только TSU.

Использование системы ЭСД является обязательным для построения и реализации *только таких отношений, которые регулируются УП-БПО*, т.е. отношений, складывающихся между Банком-Должником и Банком-Реципиентом, а также (при их наличии) отношений с Представляющими банками. Отношения же (а) Банка-Должника и Банка-Реципиента со

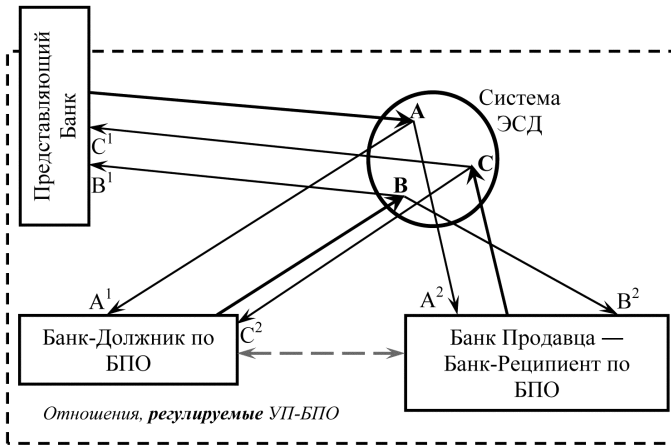
¹⁷ URL: http://www.iso20022.org/full_catalogue.page (каталог TSMT-сообщений стандарта МСО 20022, переход по ссылке «tsmt»). См. также этот каталог в указ. выше презентации СВИФТ «Market adoption of BPO» (слайд 46) или в указ. соч.: Hennah D.J. Op. cit. P. 44–52. — Там же (P. 53–54) см. перечень из 50 разных TSMT-сообщений, используемых для целей БПО (кодированных с номера 001.xxx.xx до номера 052.xxx.xx с пропуском неиспользуемых кодов 039.xxx.xx и 043.xxx.xx), объединенных в семь следующих групп: (1) сообщения, имеющие целью утверждение условий (торговой сделки и БПО); (2) сообщения об изменении утвержденных условий; (3) сообщения о представлении наборов данных; (4) сообщения отчетные; (5) сообщения специальные; (6) сообщения статусные и (7) сообщения технические. Перечень этот составлен, к тому же, в чрезвычайно удобной табличной форме: левый столбец содержит названия сообщений, входящих в Систему, правый — наоборот, наименования сообщений, исходящих из ЭСД в качестве ответов на сообщения первого типа или (технические сообщения) имеющих самостоятельное значение.

¹⁸ URL: http://www.swift.com/products_services/trade_services_utility_overview?rdct=t (о системе TSU); http://www.swift.com/assets/corporates/documents/business_areas/trade_tsu_c2b_guidelines.pdf (правила пользования системой TSU).

своими клиентами (т.е. соответственно с покупателем и продавцом торговой сделки); отношения (b) Банка-Должника с банками-посредниками, стоящими между ним и покупателем; отношения (c) банков-посредников друг с другом и, наконец, отношения (d) покупателя с непосредственно примыкающим к нему банком-посредником (в зависимости от случая), а говоря коротко — *отношения, не охватываемые действием УП-БПО, могут устанавливаться и осуществляться с помощью любых технических средств* — от той же самой системы ЭСД и современных средств телекоммуникационной связи до почтовой и курьерской доставки документов, содержащих необходимые для операции БПО сведения (данные)¹⁹.

Зависимость технических средств коммуникаций и регулирования устанавливаемых с их помощью отношений носит *двусторонний* характер. Верно не только высказывание о том, что «отношения, регулируемые УП-БПО, должны выстраиваться только с помощью системы ЭСД», но и обратное, а именно: «до тех пор, пока отношения выстроены способом иным, чем через систему ЭСД, они не могут быть подчинены действию УП-БПО».

Если мы «вырежем» необходимый для наших целей фрагмент приведенных выше схем (с фигурой Представляющего Банка), то технику построения отношений, регулируемых УП-БПО, мы сможем изобразить следующим образом:



¹⁹ «Отношения между банками и клиентами — это открытое конкурентное пространство, в котором для передачи данных может использоваться любой канал, любые форматы, любое решение. Обязательные стандарты обмена сообщениями ISO 20022 TSMT и URBPO применяются только к сфере отношений типа «банк — банк»; для отношений же типа «клиент — банк» не существует стандартов, обязательных каналов или технических решений. Таким образом данные могут передаваться от корпорации банку на бумажном носителе, по факсу, по почте или в сообщениях формата XML. Наоборот, канал «банк — банк» предполагает использование обмена сообщениями стандартов ISO 20022 TSMT и TMA приложения» (Frequently Asked Questions for Bankers regarding the URBPO. P. 3).

См. также яркие, четкие схемы, сравнительно иллюстрирующие методы межбанковских и банковско-клиентских коммуникаций в традиционных способах международных торговых расчетов и в расчетах по БПО: Dobbing D. Op. cit. P. 13 and 14.

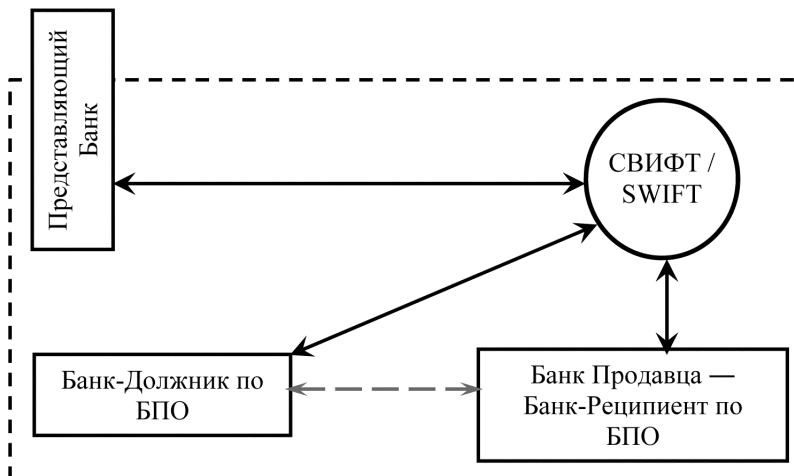
Видны изменения, произведенные на схеме. Во-первых, мы совсем больше не рассматриваем отношений, не подпадающих под действие УП-БПО. Во-вторых, отношения *юридические*, прежде изображавшиеся нами «черной» и «жирной» двусторонней «стрелкой», связывающей Банк-Должник с Банком-Реципиентом, нас временно не интересуют, а потому показываются «стрелкой» «бледной» и «пунктирной» — все внимание акцентировано на *технической* стороне взаимодействия в построении БПО-отношений. А они — в отличие от отношений юридических — не связывают своих участников друг с другом непосредственно, а строятся через третье лицо (организатора платежной системы — системы ЭСД). На схеме показаны следующие варианты взаимодействия:

1) информация, содержащаяся в сообщении А, присланном в Систему Представляющим Банком, доводится до сведения Банка-Должника в сообщении, поступившем к нему из Системы под обозначением А¹, а также до сведения Банка-Реципиента в сообщении, присланном ему Системой под обозначением А²;

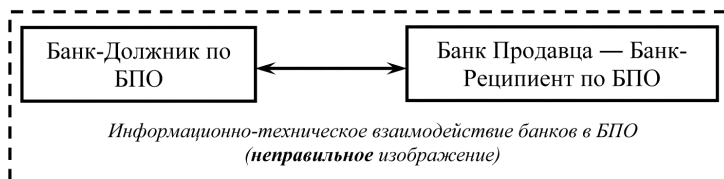
2) информация, содержащаяся в сообщении В, присланном в Систему Банком-Должником, доводится до сведения Представляющего Банка в сообщении, поступившем к нему из Системы под обозначением В¹, а также до сведения Банка-Реципиента в сообщении, присланном ему Системой под обозначением В²; наконец,

3) информация, содержащаяся в сообщении С, которое «вливается» в Систему Банком-Реципиентом, доводится до сведения Представляющего Банка в сообщении, поступившем к нему из Системы под обозначением С¹, а до сведения Банка-Должника — в сообщении, присланном ему Системой под обозначением С².

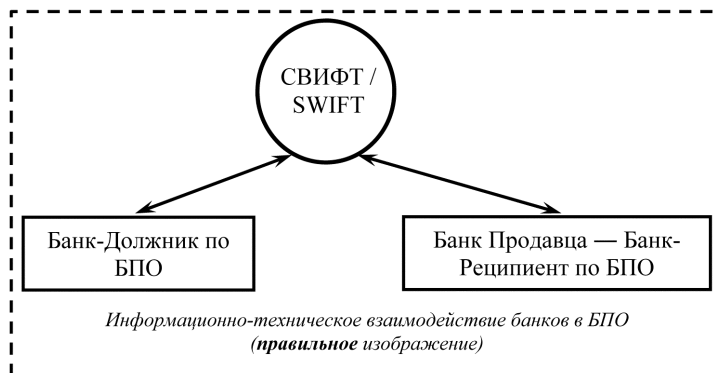
С учетом личности субъекта, предоставляющего для использования систему ЭСД, изображение может быть упрощено до следующего:



Показательно, что на большинстве схем, иллюстрирующих межбанковское *информационно-техническое взаимодействие* в рамках операций, связанных с БПО, оно изображается точно таким же образом, каким изображаются межбанковские *юридические* отношения, т.е. «стрелочками», идущими *непосредственно от одного банка к другому*:



Из сказанного ясно, что на самом деле все межбанковские «стрелочки» замыкаются на некоем третьем субъекте, образующем центр схемы — на провайдере СВИФТ²⁰, а потому изображение должно быть другим — вот таким:



3.

Мы разобрались с вопросом о том, как Вовлеченные в БПО Банки общаются друг с другом — с *технической* составляющей БПО-отношений. Теперь необходимо разобраться с составляющей *информационной (содержательной)*. Мало знать, *как передаются* данные — необходимо знать, *что и для чего (кого) передается*, т.е. о каких данных (сведениях, информации) идет речь и откуда эти самые данные (сведения, информация) берутся. Для этого нам нужно еще раз (последний в этой статье!) на несколько минут выбраться за рамки отношений, регулируемых УП-БПО и взглянуть на отношения общегражданские, становящиеся их подоплекой.

Выше мы уже говорили, что источником (основанием) таких отношений, как правило, становится *договор внешнеторговой купли-продажи*, а шире — *всякая коммерческая (торговая) сделка*. Отсюда — с соответствующего *условия основного коммерческого договора* (продажи товаров,

²⁰ Правильное изображение — см.: Dobbing D. Op. cit. P. 10, 22.

производства работ, оказания услуг) — и начинаются расчеты с применением БПО. В данной ситуации стороны согласуют:

1) *перечень и содержание данных (сведений) об основной торговой сделке*, который будет служить своеобразным *эталон*ом — тем образцом, соответствие которому данных об исполнении обязательств по сделке — данных, которые будут загружены в систему ЭСД позднее — станет условием исполнения обязательства, составляющего БПО;

2) *условия самого БПО*.

Выясним сначала вопрос (1): что это должны быть за «сведения»? какими соображениями сторонам надлежит руководствоваться, определяя их состав и содержание? Ответ будет очевиден всякому, кто обратит внимание на цель, ради которой отбираются и согласуются сведения — служить *критерием (эталон*ом) *в определении надлежащего качества действий по исполнению обязательств из внешнеэкономической сделки*. Точно такую же функцию выполняют условия самого что ни на есть классического *документарного аккредитива*; значит, сведения и соображения должны быть теми же самыми, которыми руководствуются участники предстоящей аккредитивной операции. Подобно тому как покупатель, выступая в роли приказодателя аккредитива, создает условия для платежа за его счет, предварительно не осмотрев предназначенных для него товаров, не наблюдая факта отгрузки этих товаров в его адрес, не имея возможности убедиться в том, что товары эти снабжены всеми необходимыми принадлежностями (в том числе маркировкой, ярлыками, документами), что они помещены в надлежащую тару и (или) упаковку, что сами товары и их перевозка застрахованы от стандартного набора рисков и т.д., ограничивается выяснением здесь перечисленных, а также всех других важных для него вопросов исключительно на основании документов об исполнении продавцом своего обязательства по передаче товаров, точно так же и покупатель — инициатор БПО должен получить возможность судить о факте и мере надлежащего исполнения продавцом лежащих на нем обязанностей по некоторым сведениям (данным), извлекаемым из документов, оформляемых при таком исполнении, сопутствующих ему и сопровождающих его.

Таким образом, *состав и содержание сведений (данных) о торговой сделке*, необходимых для возбуждения процесса создания БПО, определяются «пересечением» двух следующих требований:

1) с одной стороны, они *должны быть извлекаемы из документов об исполнении обязательства продавцом* (подрядчиком, исполнителем);

2) с другой стороны, они *должны убеждать покупателя в надлежащем исполнении обязательства перед ним*.

Группировку таких сведений целесообразно осуществлять в соответствии с систематизацией тех документов, которые являются их источниками. Последние принято разделять на несколько следующих типов:

1) документы **коммерческие** (инвойс или счет-фактура на отправленный товар + документы о самом товаре (сертификаты происхождения и качества, сертификат предотгрузочного осмотра или предотгрузочной инспекции, сертификат оценки, упаковочные листы и др., смотря по характеру товара));

2) документы **финансовые** (обыкновенно это переводные векселя, требующие оплаты, акцепта, негоциации или (реже) авалья);

3) документы **транспортные** (бортовой коносамент или коносамент с погрузочным ордером на морском транспорте, различные виды накладных на других видах транспорта или единый транспортный мульти-модальный документ на смешанную перевозку + документы о таре, в которой товар принят к перевозке, средствах его пакетирования и крепления (если они применялись));

4) документы **страховые** (страховой полис или сертификат, подтверждающий факт застрахования товара от обычно сопутствующих транзиту рисков и об условиях такого страхования); и, наконец,

5) документы **экспортно-импортного и валютного контроля**, т.е. документы, необходимые для прохождения различного рода таможенных и прочих формальностей при вывозе и (или) ввозе товара через границы государства экспортера, импортера, а также для его перевозки по транзитной территории (различного рода разрешения и лицензии, вывозные, транзитные и ввозные грузовые таможенные декларации, квитанции об уплате таможенных пошлин и т.п.).

Все те данные, которые, с одной стороны, *могут быть извлечены из перечисленных документов*, а с другой — *представляют интерес для покупателя как свидетельства надлежащего исполнения обязательства продавцом*²¹, могут быть включены в эталон будущего сопоставления в рамках отношений по БПО, обслуживающему расчеты по соответствующему коммерческому контракту.

Отдельным — особым — разделом надлежит поставить извлекаемый из условий самого основного коммерческого контракта ответ на вопрос (2), а именно:

б) **сведения об условиях будущего (или будущих, если планируется, что их будет несколько) БПО**²², в том числе:

²¹ Например, какие данные могут быть извлечены из транспортных документов (например, из коносамента и (или) чартера)? Очевидно, это (1) наименование судна; (2) маршрут следования, включая порты погрузки и выгрузки, а также промежуточные порты; (3) наименование товаров; (4) их описание по внешнему виду, включая тару, упаковку и маркировку; (5) факт и время их погрузки; (6) условия перевозки (на палубе, в трюме, в твиндеке и т.д.); (7) имя капитана; (8) наименование фрахтовщика и др. Все они, по общему правилу, небезразличны для покупателя.

²² See: Hennah D.J. Op. cit. P. 61–62. — Как уже отмечалось, система ЭСД может использоваться и сама по себе, безотносительно к отношениям, связанным с БПО. Поэтому, строго говоря, сведения об условиях БПО совсем не обязательно «загружать» в систему ЭСД сразу —

- а) об их количестве;
- б) о сумме;
- в) сроках платежа и
- г) сроках действительности;
- д) об условиях исполнения каждого из них, а также
- е) о составе банков, предполагающихся к вовлечению в операцию с указанием (i) функций каждого из них (должник, реципиент, представляющий банк), и (ii) их банковских идентификационных кодов (БИК / ВИС) и (или) адресов в системе СВИФТ.

О составе согласованного таким образом перечня и содержании соответствующих данных (сведений), стороны ставят в известность свои банки (способом, обычно используемым ими для коммуникаций), после чего начинается самое интересное.

Каждый из банков — банк покупателя и банк продавца²³ — по приведению поступившей от своего клиента информации в формат TSMТ-сообщения кода **019.001.03** и названия «Initial Baseline Submission» получает возможность *загрузить такую информацию в систему ЭСД с целью начала (инициации, открытия) процесса создания отношений по БПО*. ЭСД, получившая такое сообщение от любого из банков, автоматически сгенерирует ответное TSMТ-сообщение **018.001.03**, называемое «Full Push Through Report», т.е. нечто вроде полного отчета о поступившем в Систему перечне и содержании условий основной торговой сделки (абз. 9 ст. 4 УП-БПО). Этот ответ направляется системой ЭСД каждому Вовлеченному Банку. С момента такого направления загруженные в ЭСД сведения получают название *Baseline* (абз. 4 ст. 3 УП-БПО). Если дословно — то это означает «База», «Базовый», а если посмотреть на существо понятия, обозначаемого этим термином, то последний можно перевести как *Условия*.

Какова дальнейшая судьба *Baseline*, созданной таким образом в системе ЭСД? Очевидно, Система должна будет дожидаться реакции других банков, которые предполагается вовлечь в операцию БПО. В какую форму могла бы быть облечена эта реакция? Разработчики ЭСД посчитали, что наиболее оптимальной (с точки зрения программной обработки данных) формой такой реакции должно быть *составление и загрузка в ЭСД ... встречных Baseline* с последующим их автоматическим сравнением. Если, допустим, первым сведения по известной торговой сделке загрузил в ЭСД Банк-Должник: его клиент (покупатель) платит — он и «заказывает музыку», т.е. объявляет, на каких условиях он готов заплатить; а банк, предполагаемый к вовлечению

их можно «догрузить» (или подгрузить) позднее, уже после того, как продавец и покупатель, действуя через свои банки, окончательно согласуют, с одной стороны, те требования, которые покупатель хотел бы выдвинуть к документам (извлекаемым из них сведениям) об исполнении обязательства, с другой — те из этих требований, которые продавец был бы готов исполнить.

²³ See: *Hennah D.J.* Op.cit. P. 101.

в сделку в качестве Реципиента, ознакомившись с этими условиями, доводит их до сведения своего клиента — продавца; последний оценивает предложение покупателя (в том числе с точки зрения его соответствия условию заключенного меж ними договора), после чего формирует (при необходимости — в ходе дополнительных переговоров с покупателем) свой перечень сведений, подлежащих включению в Baseline, который пересылает в обслуживающий банк. Банк-Реципиент облакает полученные сведения в стандартную форму TSMT-сообщения кода 012.001.03, называемого «Baseline Re-Submission», после чего загружает его в систему ЭСД. Все то же самое надлежит проделать каждому банку, вовлеченному в операцию. На каждое подобное повторное представление (Re-Submission) Система должна отреагировать автоматическим ответом, который называется «**Baseline Match Report**» и обозначается кодом 010.001.03. Содержанием такого Отчета является вопрос о *результате сопоставления Условий, содержащихся в актах повторных представлений (Re-Submissions), с Условиями, содержащимися в акте первоначального представления (Initial Baseline Submission)*²⁴.

Если результатом сравнения оказывается **полное соответствие** условий из Re-Submissions условиям Initial Baseline Submission, или, как выражаются УП-БПО, **выявление Нулевого Несоответствия** (см. абз. 9 ст. 3, абз. 6 ст. 4, пункты (i), (ii), (iii) параграфа (d) ст. 9, пункт (i) параграфа (a) ст. 10), то первоначально сформированные просто *Условия (Baseline)* превращаются в **Утвержденные Условия (Established Baseline)** (ср. абз. 4 ст. 3 с абз. 9 той же статьи). Если такого (полного) соответствия налицо нет (т.е. если будут выявлены несоответствия, отличные от нуля), Baseline Match Report описывает эти несоответствия. Реакция на такой Отчет может быть различной и зависит от личности банка, предоставляющего обратную связь. Именно:

1) если **единственным Банком-Должником по БПО является банк покупателя**, то у него нет иного варианта, как загрузить в систему новое Baseline Re-Submission либо (через своего клиента и продавца) воздействовать на Банк-Реципиент, заставив его пересмотреть Initial Baseline Submission. Конечная цель — добиться Baseline Match Report с нулевым несоответствием — только так он сможет создать Утвержденные Условия (пункт (i) параграфа (d) ст. 9 УП-БПО);

2) если **хотя бы одним Банком-Должником по БПО является банк иной, чем банк покупателя**, или если **в БПО вовлечен Представляющий Банк, иной, опять-таки, чем банк покупателя**, то они могут определить свое отношение к предложению поучаствовать в БПО на измененных усло-

²⁴ Возможна, разумеется, и обратная последовательность: Initial Baseline Submission загружает в Систему банк, обслуживающий продавца, а Re-Submissions (после консультаций со своим клиентом) — банк, обслуживающий покупателя. Если Банком-Должником по БПО должен выступить банк иной, чем банк, обслуживающий покупателя, последний, как уже говорилось, неизбежно будет вовлечен в операцию в качестве Представляющего Банка и примет участие в формировании Baseline именно в этом качестве.

виях при помощи (как это уже описывалось выше) сообщения, кодируемого как **049.001.01** и называющегося «Role and Baseline Acceptance» (т.е. об акцепте предложенной функции и условий — см. абз. 14 ст. 4 УП-БПО), либо сообщения кода **050.001.01** под именем «Role and Baseline Rejection» (о сообщении данного типа — см. абз. 16 ст. 4 УП-БПО, а о ситуации в целом — пункты (ii) и (iii) параграфа (d) ст. 9)²⁵.

Если предложенные Re-Submission изменения в функции и данных будут *акцептованы*, система сформирует **новый Baseline Match Report с нулевым несоответствием** и разошлет уведомления об акцепте функций и данных (код **051.001.01** — см. о нем абз. 15 ст. 4 УП-БПО) каждому вовлеченному банку. Если же предложенные изменения в функции и данных будут *отвергнуты*, система сгенерирует Baseline Match Report с несоответствиями, отличными от нуля, и разошлет уведомления об отказе в акцепте (отклонении) функции и данных (код **052.001.01**; см. о нем абз. 17 ст. 4 УП-БПО). Далее — все начнется заново: либо поступят новые Baseline Re-Submission, либо даже Initial Baseline Submission. Результатом более или менее длительного обмена описанными сообщениями в конце концов должны стать **Утвержденные Условия, с содержанием которых** (в т.ч. со своей предполагаемой ролью) **прямо согласился каждый вовлеченный в операцию банк**. Утвержденные Условия и станут тем эталоном, с которым позднее системе ЭСД предстоит сравнить данные, извлеченные из документов об исполнении сделок.

Впрочем, однажды Утвержденные Условия — не догма: при необходимости²⁶ они могут быть *изменены* приблизительно в том же порядке,

²⁵ Вот когда сказывается отмеченное выше техническое различие — из него видно и очень важное отличие юридическое: *банки — участники операции БПО, иные, чем банк продавца и банк покупателя, не имеют возможности инициализировать создание и изменение в системе ЭСД эталона условий об основной торговой сделке, обслуживаемой БПО, а также ограничены в способности решать вопрос об акцепте (неакцепте) несоответствия данных, загруженных в ЭСД, хранящегося в ней эталону (Утвержденным Условиям).*

²⁶ Откуда может взяться такая необходимость? Очевидно, либо из уже достигнутого соглашения сторон торговой сделки, обслуживаемой БПО, об изменении ее условий, либо (что более вероятно) из соглашения, которое пока только предлагается к заключению в рамках инициативы по изменению Утвержденных Условий. Допустим, по каким-то причинам то судно, на котором предполагалось отправлять товар, не может своевременно выйти в плаванье, но у продавца появляется возможность отправить груз на другом, которое хотя и следует иным маршрутом, но все же заходит, среди прочего, в порт назначения, хотя и в иной срок. Вместо того, чтобы совершать два юридических действия (сначала заключать соглашение об изменении условий основной торговой сделки, а потом — об изменении Утвержденных Условий для целей БПО), продавец может совершить одно — обратившись в свой банк инициализировать изменение Утвержденных Условий. Покупатель, который (опять-таки, не непосредственно, а через обслуживающий банк) акцептует предложенные изменения, согласится тем самым и на изменение условий торговой сделки. Понятно, что выступить с инициативой об изменении Утвержденных Условий может и банк покупателя; так, например, он, очевидно, сделает это, получив сообщение от своего клиента о его неготовности предоставить покрытие по БПО в согласованный срок, об изменении согласованного срока (или сроков) платежа по основной торговой сделке, об изменении суммы платежа и т.п.

в котором они формировались и утверждались. Процесс внесения изменений может быть запущен **банком покупателя** или **банком продавца** путем направления в систему ЭСД соответствующего Запроса («Baseline Amendment Request», код TSMT-сообщения **009.001.03** — абз. 5 ст. 4 УП БПО); о его поступлении ЭСД информирует те вовлеченные банки, которых касаются предложенные изменения, делая это при помощи сообщения, называемого «Delta Report» (код **015.001.03**). Банки, получившие Delta Report, рассматривают предложенные изменения и либо соглашаются на них, направляя в Систему различные документы, а именно:

1) **банки, обслуживающие покупателя или продавца**, принимают предложенные изменения с помощью «Amendment Acceptance» (код **005.001.02** — абз. 1 ст. 4 УП БПО), а отклоняют посредством «Amendment Rejection» (код **007.001.02** — абз. 3 ст. 4 УП БПО). Система информирует вовлеченные банки о каждом случае такой реакции, направляя им, соответственно, «Amendment Acceptance Notification» (код **006.001.03** — абз. 2 ст. 4 УП БПО), либо «Amendment Rejection Notification» (код **008.001.03** — абз. 4 ст. 4 УП БПО);

2) иные вовлеченные в операцию банки — т.е. **Банки-Должники, иные чем банк покупателя, а также Представляющие Банки** — принимают или отклоняют предложенные изменения, загружая в систему ЭСД Role and Baseline Acceptance или Role and Baseline Rejection — сообщения уже встречавшихся нам типов.

Вместе с нотификациями об изменениях (Amendments) или (в зависимости от случая) о Функциях и Условиях (Role and Baseline) Система рассылает *новую версию Условий, учитывающую как принятые, так и отклоненные изменения* (сообщение «Baseline Report», код 011.001.03 и уже знакомый нам, но содержательно обновленный Full Push Through Report). В результате постепенно вырабатывается новая редакция Утвержденных Условий — эталона для будущего сопоставления данных.

Но вот торговая сделка вступила в стадию своего исполнения. Продавец отгрузил товар, собрал необходимые документы и — может быть сам, а может быть, поручив это дело обслуживающему банку (Банку-Реципиенту) — извлек из них необходимые данные. Банк, обслуживающий продавца, должен сформировать из этих данных и загрузить в Систему сообщение под названием «Data Set Submission» (код **014.001.03** — абз. 8 ст. 4 УП БПО); система должна подтвердить его получение, разослав всем вовлеченным банкам «Forward Data Set Submission Report» (код **017.001.03**), после чего проинформировать полученных данных с эталоном — Утвержденными Условиями и информировать вовлеченные банки о результатах такого сопоставления с помощью «Data Set Match Report» (код **013.001.03** — абз. 7 ст. 4 УП БПО). Отчет, указывающий на **полное соответствие** (нулевое несоответствие) **данных Утвержденным Условиям** (эталону) является **основани-**

ем для совершения Банком-Должником платежа в соответствии с условиями БПО (пункт (i) параграфа (c) ст. 10 УП-БПО).

Отчет, указывающий на хотя бы одно выявленное несоответствие (mismatch)²⁷, может стать основанием для совершения *банком покупателя* (!) — то есть единственным банком, которого (точнее сказать, клиента которого) это несоответствие касается — одного из следующих действий: посоветовавшись со своим клиентом — покупателем — обслуживающий его банк либо

1) сочтет возможным *обнаруженным несоответствием пренебречь и согласиться на уплату по БПО за счет его клиента, несмотря на такое несоответствие*, т.е. примет (акцептует, одобрит) его с помощью «Mismatch Acceptance» (код 020.001.02 — абз. 10 ст. 4 УП БПО); либо, напротив,

2) *посчитает его существенным и вместо того чтобы одобрять, отклонит* (отвергнет, не примет, не акцептует), посыл в систему «Mismatch Rejection» (код 022.001.02 — абз. 12 ст. 4 УП БПО)²⁸.

В первом случае — при принятии (акцепте) банком покупателя обнаружившегося несоответствия и неучастии в операции каких-либо иных Банков-Должников или Представляющих Банков — налицо *основание для совершения Банком-Должником платежа в соответствии с условиями БПО* (пункт (ii) параграфа (c) ст. 10 УП-БПО).

²⁷ Откуда может взяться такое несоответствие? Очевидно — из отступления от условий основной торговой сделки, допущенного самим продавцом, или, быть может, привлеченным им третьим лицом (перевозчиком, экспедитором, агентом, хранителем, зависимым держателем и т.п.) в процессе исполнения. Так, в ситуации, которая описана в предшествующей сноске, продавец по той или иной причине (например, полагая, что допускаемые им отступления не оказывают негативного влияния на интересы контрагента или, больше того, являются единственно возможным способом надлежащего обеспечения его интересов) может просто не сообщить покупателю о них (об отправке груза на ином судне и об обусловленном этим фактом изменении срока прибытия груза). Другой пример: положим, груз был отправлен на согласованном сторонами судне, но в процессе плавания оно попало в шторм, получило повреждения и было вынуждено зайти в промежуточный порт для ремонта. Фрахтовщик — стремясь обеспечить интересы своих клиентов — отправил в этот порт другое судно, на которое товары, перевозившиеся на первом, были перегружены и продолжили следование запланированным маршрутом.

²⁸ В приведенных выше примерах дело будет обстоять следующим образом: покупатель, скорее всего, не сочтет принципиальной разницу между судном, согласованным в договоре, и судном, реально доставившим его груз; наоборот, разница в сроках доставки (тем более — в портах назначения, и уж тем паче — в предмете доставки) будет им сочтена, скорее всего, существенной. Таким образом, на mismatch первого типа, вероятнее всего, последует акцепт, второго — отклонение. Впрочем, ситуации могут быть разными: так, например, если перевозка груза на ином судне не может осуществляться в условиях, обеспечивающих его сохранность, то существенным окажется несоответствие даже в наименовании судна. Если предметом покупки были товары, предназначенные для дальнейшей перепродажи, и покупатель, получивший уведомление о mismatch в предмете договора, сумеет найти контрагента для его дальнейшего сбыта, то несоответствие даже в предмете договора (!) может быть сочтено непринципиальным и получить (быть может, совершенно неожиданно для других участников операции) Mismatch Acceptance от банка покупателя.

Во втором случае система поступит так же, как и при получении ею запросов о внесении изменений в Утвержденные условия, т.е. разошлет Notifications о получении акцепта или отклонения (коды, соответственно, либо **021.001.03** либо **023.001.03** — абз. 11 и 13 ст. 4 УП БПО) от банка покупателя, а после этого — станет дожидаться уже многократно встречавшихся нам Role and Baseline Acceptances или Role and Baseline Rejections от банков иных, чем банки покупателя и продавца, если таковые участвуют в операции²⁹. Дождавшись этих сообщений, Система (в зависимости от их содержания) просигнализирует либо о нулевом несоответствии и **наличии основания для совершения Банком-Должником платежа в соответствии с условиями БПО** (пункты (iii) и (iv) параграфа (с) ст. 10 УП-БПО), либо *составит и разошлет очередные новые версии Baseline и Full Push Through Reports*.

(Продолжение в следующем номере)

²⁹ Вот, опять-таки, еще один случай проявления специфики технико-правового положения, занимаемого в операции БПО Вовлеченными Банками иными, чем банки продавца и покупателя.

Макаров Аркадий Иванович,
доцент кафедры предпринимательского права юридического
факультета Одинцовского филиала МГИМО (У) МИД России,
кандидат экономических наук

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

В статье исследуются общие положения об обязательствах, рассматриваются обязательства по европейской и англо-саксонской мировым правовым системам, правила исполнения и способы их обеспечения.

Ключевые слова: **виды и основания возникновения обязательств, множество лиц и солидарные обязательства, перемена лиц в обязательствах, ответственность за неисполнение обязательств и способы их обеспечения.**

Makarov Arkadiy Ivanovich,
Associate professor of the department of business law of MGIMO
(Odintsovo branch), PhD in Law

OBLIGATION RULES IN THE LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES

The article deals with general rules concerning obligations, contains the explanation of obligations in common and European law, rules and security of performance of obligations.

Key words: **types and basis of obligations, multiple parties and solidary obligations, change of party on obligation, responsibility for non-performance of obligation, ways of security of performance.**

Существо обязательств состоит в установлении для конкретных лиц определенного режима действий. В рамках данного режима кредитор вправе требовать исполнения, а должник — следовать этому правилу.

В рамках европейской правовой системы обязательство рассматривается как устойчивая правовая связь между должником и кредитором (см. ст. 1101 Французского гражданского кодекса (ФГК); **пар.** 241 Германского граждан-

ского уложения (ГГУ). Швейцарский Обязательственный закон (ШОЗ) придерживается такого же понимания данной правовой категории. Схожие понятия содержатся и в Гражданском кодексе Нидерландов (ГКН).

По английскому праву обязательства вытекают из договора или деликта. Опять же указывается относительный характер обязательств, возникающих из юридических фактов.

В зависимости от причин возникновения обязательств они соответственно классифицируются по ряду основных признаков.

В романо-германской (европейской или континентальной) мировой правовой системе базовым критерием признается классификация обязательств исходя из оснований возникновения. В ряде европейских стран первенство в определении оснований возникновения обязательств принадлежит договору. Иными основаниями возникновения обязательств являются правонарушения (деликт), квазиделикт (как будто, якобы), квазидоговор, а также закон. Обязательства могут возникать и в пользу третьих лиц. Например, при ведении дел без поручения, а также вследствие неосновательного обогащения (ст. 1371 ФГК). Такого рода обязательства классифицируются как возникающие из квазидоговора.

В законодательстве зарубежных стран специально рассматриваются обязательства, возникающих из причинения вреда (деликта). Такого рода основания содержатся в законодательных актах Франции, Германии, Японии, Англии, США и др. В странах континентального права данные обязательства регулируются законом. Например, в Швейцарии — Обязательственным законом (ст. 41–163). В других европейских странах, как правило, кодексами. К числу обязательств, возникающих из закона, относятся также алиментные обязательства, опека и сервитуты. В англо-саксонской правовой системе, прежде всего в Англии и США, правоотношения, возникающие из причинения вреда, регулируются на основании судебных решений.

Значительное внимание отводится в законодательстве зарубежных стран регулированию отношений, когда в них участвует множество лиц. Возможность множества лиц в обязательстве предусматривается в законодательствах европейских стран. Особенность этих обязательств состоит в том, что их могут исполнять несколько лиц, равно как и требовать исполнения может множество лиц. Эти обязательства могут носить солидарный, долевого и совместный характер.

Законодательством европейских стран предусмотрена перемена лиц в обязательствах. По французскому и германскому праву, например, перемена кредитора является уступкой права требования (цессия), а перемена должника влечет перевод долга. Уступка права требования по ФГК применяется в отношении договора купли-продажи. В ГГУ и ГКН уступка права требования допускается и в отношении других договоров.

В английском праве замена лиц в обязательстве рассматривается как одностороннее действие одного из участников договора без согласия другой стороны. Здесь признается возможность цессии по праву справедливости и по общему праву. По Единообразному торговому кодексу (ЕТК) США допускается уступка права требования, но права продавца или покупателя могут быть уступлены, если это не приведет к существенному изменению условий и положения другой стороны и не повлечет обременения или риски. Правила перевода долга содержатся в нормативных правовых актах многих зарубежных стран.

Правила исполнения обязательств содержатся во всех законодательных актах европейских стран. Исполнение обязательств обычно рассматривается как исполнение долга должником и иных возложенных обязанностей.

Надлежащее исполнение обязательств во всех правовых системах характеризуется полным и своевременным обеспечением всех требований в строгом соответствии с условиями договора, закона и иного основания. Эти требования содержатся в кодексах и законах европейских стран. В качестве оснований могут быть как договорные обязательства, так и обязательства из причинения вреда, неосновательного обогащения, выполнения работ без поручения и т.д. В практике исполнения обязательств, разумеется, имеют место особенности.

Требования к установлению срока исполнения обязательств являются существенными во всех правовых системах и подразумеваются. В случае если срок не установлен, то согласно ФГК обязательства исполняются немедленно. Аналогичное правило содержится и в ГГУ.

Исходя из важности соблюдения сроков исполнения обязательств и последствий их несоблюдения в праве европейских стран предусмотрены правила фиксации просрочки исполнения.

По общему правилу, оно фиксируется в договоре, законе, а также вытекает из правовых обычаев. По континентальному и общему праву место исполнения договора является его существенным условием. По континентальному праву это может быть место нахождения предприятия или осуществления предпринимательства, или место жительства должника, или место нахождения вещи (недвижимости). По Закону «О продаже товаров» Англии — это может быть еще и место «деловой операции продавца». Такие же указания содержатся и в ЕТК США. Установлено общее правило об обязанности кредитора принять надлежаще исполненное.

По континентальному праву кредитор вправе требовать исполнения обязательств в натуре или уплаты денежной компенсации, возмещения убытков в связи с их несоблюдением. Исполнение в натуре по обычному праву обеспечивается в судебном порядке.

По правилам всех мировых правовых систем возмещению подлежат прямые убытки в связи с ненадлежащим исполнением обязательств.

Сюда входит имущественный ущерб и упущенная выгода. Бремя доказывания размера убытков лежит на кредиторе. Но доказательство отсутствия вины за несоблюдение обязательств возлагается на должника. В основе таких доказательств, как правило, находится конкретный юридический факт (случай), событие и другие явления непреодолимой силы, возникающие помимо воли должника. В отношении деликтных обязательств допускается возмещение морального вреда. Но это касается договоров с участием граждан-потребителей.

В различных странах унифицированы способы обеспечения обязательств. Среди них такие обеспечительные меры как поручительство, задаток, прекращение обязательств и др. Остановимся на каждой из них.

По договору поручительства поручитель обязывается отвечать перед кредитором за исполнение должником обязательств. Как правило, это денежные обязательства. В отношениях поручительства могут участвовать три лица: поручитель, кредитор и должник. Как способ обеспечения обязательств поручительство во всех правовых системах имеет одинаковое понимание и рассматривается как договор, в котором поручитель берет ответственность перед кредитором по исполнению обязательств за должника. В европейском праве общие положения о поручительстве содержатся в законодательных актах. В англо-саксонской правовой системе отношения по поводу поручительства регулируются на основе судебных решений.

Поручитель по европейскому праву обязывается не перед должником, а за него перед кредитором. Поэтому поручительство в пользу кредитора возникает независимо от осведомленности должника об исполнении обязательств поручителем. По общему правилу обязательства по поручительству не могут превышать размер долга и быть более обременительными, чем обеспечиваемое обязательство.

Имеет место простое и солидарное поручительство. При простом поручительстве требования к поручителю предъявляются в случае, если должник не выполнил обязательства перед кредитором. При солидарном поручительстве требования к поручителю предъявляются независимо от готовности должника их исполнить.

По обычному праву поручитель является основным ответчиком перед кредитором, если должник не исполнил главное обязательство.

По законодательству европейских стран задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее платежей по договору другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения. Тем самым задаток выполняет платежную, доказательную и обеспечительную функцию. Он выдается той стороной, на которой лежит обязанность осуществить денежные платежи за предоставление контрагентом по договору. По английскому праву задаток в виде имущественной ценности передается покупателем

продавцу при заключении договора и засчитывается в счет обязательного платежа.

Главным и наиболее распространенным основанием прекращения обязательств является их надлежащее исполнение, а также зачет, встречное требование, новация, прощение долга. Рассмотрим наиболее типичные основания прекращения обязательств, применяемые в различных странах.

Большинство сделок, разумеется, прекращается путем их надлежащего исполнения. Но имеют место и довольно часто применяются такие основания как зачет, встречное требование, новация.

Имеет место одинаковое понимание условий зачета в различных странах. Во-первых, требования должны быть встречными. Во-вторых, они должны быть однородными. В-третьих, стороны должны иметь готовность осуществить встречные обязательства. Для применения зачета должно иметься взаимное обязательство и задолженность. Зачету подлежат однородные требования.

Новация имеет место тогда, когда первоначальное обязательство заменяется другим и возникает иной предмет и способ исполнения. То есть происходит замена обязательства. По ФГК, например, новация осуществляется путем установления нового долга, если прежний долг погашен путем замены прежнего должника и кредитора с освобождением должника от обязанности перед первым кредитором. В общем праве новация применяется для замены лиц в обязательстве или когда новое обязательство поглощает предшествующее.

В итоге можно отметить, что в странах, принадлежащих к разным мировым правовым системам, применяются сходные правила и средства обеспечения обязательств.

Варламова Алла Николаевна,
профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, профессор
commercial@law.msu.ru

Акопов Георгий Сергеевич,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Кутуев Вадим Ринатович,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Корбонцева Элина Вячеславовна,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Корнеева Виктория Сергеевна,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Павлова Татьяна Владимировна,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Родионов Владимир Игоревич,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Фаттахов Артем Раильевич,
магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

КОНКУРЕНЦИЯ В ТОРГОВЫХ КОДЕКСАХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

В статье представлен сравнительный анализ антимонопольных норм Франции, Германии, Турции, Афганистана, Словакии, Чехии, Эстонии, Новой Зеландии, Макао, Мальты, и Мексики.

Ключевые слова: **конкуренция, антимонопольное право, конкурентное право.**

Varlamova Alla Nikolayevna,
Doctor in Law, professor of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov
commercial@law.msu.ru

Akopov Georgiy Sergeevich,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Kutuev Vadim Rinatovich,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Korbontseva Elina Vyacheslavovna,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Korneeva Victoria Sergeevna,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Pavlova Tatiana Vladimirovna,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Rodionov Vladimir Igorevich,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

Fattakhov Artyom Railevich,
Master student of the department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M.V. Lomonosov

COMPETITION IN THE COMMERCIAL CODES IN FOREIGN COUNTRIES

The article presents the comparative analysis of the antimonopoly rules of France, Germany, Turkey, Afganistan, Slovakia, Czech Republic, Estonia, New Zealand, Makao, Malta, Mexico

Key words: **competition, antimonopoly law, competition law.**

Даже самого поверхностного взгляда на конкурентное законодательство достаточно, чтобы понять, что его терминология основывается на терминология торгового права. *Торговые практики, товар, спрос и предложение, торговые партнеры, условия торговли и, конечно же, товарный рынок.* Перечисленные категории являются основой конкурентного законодательства любой страны.

Взаимосвязь конкуренции и торговых отношений очевидна. Ни один производитель не будет заботиться ни о качестве товара, ни об улучшении его потребительских свойств, ни о возможном снижении себестоимости товара, если не собирается вступать в торговые отношения по продаже данного товара. Именно привлечение большего количества покупателей, возможность максимизации прибыли при реализации товара в торговых отношениях является причиной использования как вполне законных, так и весьма сомнительных конкурентных стратегий.

Более ста лет назад выдающийся российский правовед Г.Ф. Шершеневич также исследовал этот столь не простой институт торгового права. Анализ принципа свободной конкуренции, который провел ученый более ста лет назад, остается актуальным и в настоящее время. В Курсе торгового права Г.Ф. Шеншеневич описывает картину «экономической борьбы торговых предприятий за свое существование»¹. В качестве основы конкурентной борьбы он отмечает *борьбу за сбыт товаров*, когда каждое *торговое предприятие* стремится привлечь к себе и отвлечь от других возможно большее число потребителей.

Настоящая статья посвящена одному из источников конкурентного права — торговым кодексам. Несмотря на то, что в большинстве зарубежных стран помимо регулирования конкурентных отношений торговыми кодексами, имеются и специальные законы о конкуренции, в большинстве стран при наличии торговых кодексов основы регулирования заложены именно в них.

Торговый кодекс Франции, принятый в 2000 г., включает в себя Книгу IV «О свободе цен и конкуренции», основанную на положениях Ордонанса № 86-1243 от 1 декабря 1986 г. «О свободных ценах, конкуренции, о прозрачности коммерческой деятельности, о концентрации и об Антимонопольном совете»². В данном документе провозглашены идеи свободного ценообразования, добросовестной конкуренции и прозрачности торговой деятельности. В семи титулах рассматриваются вопросы антиконкурентных действий, а также экономической концентрации и прозрачности деятельности. Титулы с IV по VII посвящены деятельности Антимонопольного совета.

Титул, содержащий общие положения, определяет круг видов деятельности, на которые распространяются нормы Книги (производственная,

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003. Т. 2. С. 108.

² О Торговом кодексе Франции см.: Захватаев В.Н. Коммерческий кодекс Франции / пер. с французского. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 128.

сбытовая, сервисная, государственная), и устанавливает право государства вмешиваться в ценообразование при строгом соблюдении принципа недопущения чрезмерности такого вмешательства — оно устанавливается в исключительных случаях и на определенный срок.

Титул II посвящен запретам на ограничивающие конкуренцию действия и сговоры — явные или молчаливые, он устанавливает признаки их противоправности по критерию причинения вреда конкуренции на рынке. В Разделе также содержатся нормы об ответственности субъектов таких сговоров, вплоть до уголовной ответственности для физических лиц. Предусмотрена возможность признания соглашений допустимыми по причине полезного эффекта, который ими достигнут или на который они направлены, включены положения о полномочиях ряда органов и разграничении их компетенции.

Титул III регулирует вопросы экономической концентрации путем перечисления случаев, когда таковая имеет место (например, слияние двух предприятий в одно или создание двумя независимыми предприятиями совместного), и установления способов контроля за концентрацией. В Разделе установлены также условия отнесения сделок к контролируемым, условия, при которых сделка может быть утверждена, порядок согласования, полномочия государственных органов в этой сфере, а также ответственность за заключение сделки без получения необходимого согласования.

Среди действий, ограничивающих конкуренцию, кодекс рассматривает необоснованный отказ от заключения договора, навязывание условий договора. За подобные нарушения предусматривается уголовная и административная ответственность. Здесь же устанавливаются требования для проведения торгов (ст. L442-10). В частности, до начала аукциона лицо, организующее аукцион от имени покупателя, обязано (в целях соблюдения недискриминационного доступа) сообщить всем потенциальным участникам торгов требования к продукции или услугам, которые он желает приобрести, условия покупки, подробные критерии отбора поставщика и правила проведения аукциона.

Применительно к Антимонопольному совету кодекс детально устанавливает его организацию, полномочия, порядок рассмотрения дел (включая вопросы проведения экспертизы и способы защиты деловых секретов), вынесение решений и порядок их обжалования в Парижском апелляционном суде. Несмотря на установление этих правил в кодексе, кодекс допускает принятие Антимонопольным советом собственного Регламента.

В **Германском торговом уложении (Handelsgesetzbuch)** детально-го регулирования конкуренции нет, однако слово «конкуренция» и разного рода производные от него встречаются более десяти раз. Так, к примеру, в параграфе 90а говорится, что между принципалом и торговым представителем (агентом) может быть заключено соглашение о неконкуренции. Запрет агенту конкурировать по окончании договорных отношений

с бывшим принципалом может действовать не более двух лет, также принципал обязан выплатить торговому представителю соответствующую компенсацию.

Не менее интересен запрет на конкуренцию между принципалом и его бывшим торговым помощником (абз. 2 параграфа 74). Запрещение конкуренции имеет силу, только если принципал обязуется платить возмещение, составляющее половину содержания, которое раньше он выдавал помощнику.

Торговый **кодекс Турции**³ содержит положения о недобросовестной конкуренции (ст. 56–65). В этой главе указаны акты недобросовестной конкуренции. Это, к примеру, введение в заблуждение, смешение товаров, публичное ложное заявление о своей коммерческой деятельности и товаре, некорректное сравнение, незаконное использование коммерчески значимой информации и т.д. (ст. 56–60 Кодекса). Касательно мер ответственности Кодекс предусматривает как гражданско-правовую в виде возмещения убытков, так и уголовную — до одного года лишения свободы (ст. 64 Кодекса).

В **Торговом кодексе Афганистана**⁴ вопросам конкуренции посвящена Глава 5 (ст. 55–64). В кодексе установлен целый ряд запретов, в том числе запрет на распространение ложных сведений, которые способны причинить вред другим торговцам на данном рынке (*fellow merchant*); запрет распространять ложные сведения о происхождении товара, его качестве с целью привлечения клиентов других торговцев, продающих тот же товар; запрет на использование торговцем товарного знака или фирменного наименования, если права на них принадлежат другому торговцу или если в результате использования собственного товарного знака или имени происходит смешение с товарами другого торговца; запрет на использование товарного знака или фирменного наименования при его использовании другим торговцем.

В главе 5 установлены санкции за данные нарушения в виде возмещения вреда и публичного опровержения информации (ст. 62), штрафа и лишения свободы (ст. 63). В случае же повторного нарушения заинтересованное лицо может требовать возмещения убытков в двойном размере (ст. 65).

Коммерческий **Кодекс Словакии** рассматривает «недобросовестную конкуренцию» как любое поведение, которое противоречит требованиям добропорядочности («*good mapper*») и может причинить вред другим конкурентам или потребителям⁵.

Сравнивая российское законодательство, которое под «недобросовестной конкуренцией» понимает «любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить

³ URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11080> (дата обращения: 20.03.2017).

⁴ URL: <http://www.asianlii.org/af/legis/laws/clcoa1955uotcloa713/> (дата обращения: 20.03.2017).

⁵ Section 40 (1) Commercial Code of Slovakia АСТ 513/1991 (Obchodny zakonnik 513/1991).

убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации»⁶, можно сделать вывод, что сама формулировка Коммерческого Кодекса Словакии выглядит достаточно абстрактной и оценочной, что расширяет область судебного усмотрения в сфере пресечения различных форм недобросовестной конкуренции.

Аналогично многим европейским торговым кодексам Словацкий коммерческий кодекс устанавливает открытый перечень тех действий, которые относятся к недобросовестной конкуренции:

- a) реклама, вводящая в заблуждение («misleading advertising»);
- b) обман при описании товаров и услуг («deceitful description of goods and services»);
- c) содействие смещению («contributing towards mistaken identity»);
- d) использование репутации конкурентов («parasitic exploitation of a competitors reputation»);
- e) коммерческий подкуп («bribery»);
- f) дискредитация («discrediting»);
- g) разглашение деловой информации («disclosure of business secrets»);
- h) угроза здоровью и окружающей среде («endangering of health and environment»)⁷.

Положения о недобросовестной конкуренции в форме дискредитации по Коммерческому Кодексу Словакии практически идентичны ст. 14.1 ФЗ «О защите конкуренции». При этом в отличие от российского регулирования под дискредитацию будут подпадать не только ложные, неточные или искаженные сведения, но и правдивая информация, которая потенциально может нанести вред конкуренту.

Интерес представляет положение Торгового Кодекса Словакии, запрещающее такую форму недобросовестной конкуренции как «коммерческий подкуп» («bribery»). Согласно Section 49 Коммерческого Кодекса Словакии запрещается поведение субъекта, который прямо или косвенно предлагает или обещает какую-либо выгоду члену (участнику) органа управления конкурента в целях получения конкурентного преимущества или иной незаконной выгоды для себя или иного конкурента⁸.

Особое внимание многие европейские торговые кодексы уделяют защите окружающей среды при осуществлении конкуренции. Коммерческий Кодекс Словакии не является исключением, т.к. Section 52 запрещает конкуренцию путем производства, введения продуктов на рынок, выполнения услуг в ущерб законным интересам охраны здоровья и окружающей среды в целях получения выгоды и нанесения ущерба другим конкурентам⁹.

⁶ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» № 135-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

⁷ Section 40 (2) Commercial Code of Slovakia ACT 513/1991 (Obchodny zakonnik 513/1991).

⁸ Section 49 Commercial Code of Slovakia ACT 513/1991 (Obchodny zakonnik 513/1991).

⁹ Section 52 Commercial Code of Slovakia ACT 513/1991 (Obchodny zakonnik 513/1991).

Более того, Коммерческий Кодекс Словакии, следуя европейской традиции, содержит отдельные правовые нормы, посвященные средствам правовой защиты конкурентов. Так, согласно Section 54 сторона, чьи права нарушены, может потребовать воздержаться от такого поведения и обеспечить восстановление нарушенных прав. В дополнение к этому сторона имеет право потребовать соответствующего освобождения от уплаты штрафа, возмещения и лишения необоснованных льгот.

Регулирование вопросов конкуренции в **Коммерческом кодексе Чехии** осуществляется в Разделе 1 Общих положений (Part One: General Provisions § 1–55) главы 5 (Chapter V: Economic Competition § 41–55), который содержит три секции (Division). Первая секция (Division I Participation in Economic Competition) определяет общие признаки конкуренции.

Более детальное регулирование Кодекс устанавливает применительно к недобросовестной конкуренции. Как и большинство торговых кодексов, Чешское законодательство устанавливает открытый перечень форм недобросовестной конкуренции, к которой относятся:

- 1) реклама, вводящая в заблуждение (misleading advertising);
- 2) маркировка товаров и услуг, вводящая в заблуждение (misleading marking of goods and services);
- 3) способствование (содействие) смешению (conduct contributing to mistaken identity);
- 4) недобросовестное использование репутации конкурента, товаров и услуг (parasitic use of the reputation of another competitor's enterprise, products or services);
- 5) коммерческий подкуп (bribery);
- 6) умаление (принижение) (disparagement);
- 7) сравнительная реклама (некорректное сравнение) (comparative advertising);
- 8) нарушение коммерческой тайны (violation of trade secrets);
- 9) угроза здоровью потребителей и окружающей среде (endangering the health of consumers and the environment).

Недобросовестная конкуренция в форме умаления (принижения) в Section 50 Коммерческого кодекса Чехии представляет собой поведение, в результате которого утверждается или распространяется заведомо ложная информация относительно обстоятельств, товаров или услуг другого конкурента, если такая информация может нанести ему вред. По содержанию данная форма подпадает под российскую «дискредитацию» по ст. 14.1 Закона о защите конкуренции. Однако отличительным признаком этой формы по Кодексу Чехии является утверждение и распространение еще и правдивой информации об обстоятельствах, товарах или услугах другого конкурента, если такая информация способна причинить вред конкуренту.

Положения Коммерческого кодекса Чехии о «недобросовестной конкуренции» во многом схожи с Торговым кодексом Словакии.

В Эстонии помимо основного закона о конкуренции, нормы о конкуренции содержатся и в **Коммерческом кодексе Эстонии**, который был принят 15 февраля 1995 года, позже подвергался некоторым изменениям, последние из которых вступили в силу в 2015 г.¹⁰

Закрепленные нормы о конкуренции делают упор в основном на контроль над поведением хозяйствующих субъектов, посредством наложения ограничений в отношении его участников. Например, Коммерческий кодекс содержит запрет, относящийся к участникам полного товарищества: они не могут без согласия других участников конкурировать с полным товариществом в одной и той же сфере деятельности и являться членами руководящего органа другого товарищества, конкурирующего с полным товариществом в одной и той же сфере деятельности (ст. 95). Причем данное положение применяется и к бывшим участникам товарищества. Договором о создании товарищества может предусматриваться срок, не превышающий 5 лет, в течение которого указанный запрет на конкуренцию действует в отношении бывшего участника товарищества. Кодекс предусматривает правовые последствия за нарушение участником запрета на конкуренцию. Полное товарищество может потребовать прекращения запрещенной деятельности лица, передачи полному товариществу дохода, извлеченного из запрещенной деятельности, а также возмещения ущерба в размере, превышающем взысканный доход. Аналогичные нормы применяются также к командитному товариществу, акционерному обществу и обществу с ограниченной ответственностью.

Аналогичные нормы закреплены в российском законодательстве, однако не в ФЗ «О защите конкуренции», а в Гражданском кодексе РФ. В частности, такой запрет закреплен в отношении участников полного товарищества в п. 3 ст. 73 ГК РФ, в соответствии с которым он не вправе без согласия остальных участников совершать сделки в своих интересах или интересах третьих лиц, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества.

Несмотря на то, что в **Новой Зеландии** как таковой Торговый кодекс отсутствует, однако столь широкое регулирование вопросов конкуренции, которое дано в Законе о торговле 1986 г.¹¹, позволяет рассмотреть данный акт наряду с торговыми кодексами.

Данный акт устанавливает основные запреты в сфере конкуренции и является главным источником антимонопольного законодательства Новой

¹⁰ [Электронный ресурс]. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13334866?leiaKehtiv> (дата обращения: 20.03.2017).

¹¹ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0005/latest/DLM87623.html> (дата обращения: 20.03.2017).

Зеландии. Целью данного документа является способствование развитию конкуренции на товарных рынках для долгосрочной выгоды потребителей в Новой Зеландии (раздел 2А). В нем содержатся нормы о запрете соглашений, существенно ограничивающих конкуренцию (раздел 27). Также установлены запреты в отношении соглашений об установлении цен (раздел 30) и использования рыночной власти в целях ограничения входа на рынок (раздел 30); предотвращения или сдерживания конкуренции, а также устранения конкурентов (раздел 36).

Данный закон регулирует вопросы слияния и запрещает приобретение акций или активов, которые будут иметь эффект или вероятный результат существенного уменьшения конкуренции на товарном рынке в Новой Зеландии. При этом обязательной процедуры уведомления о слиянии, в отличие от российского законодательства о конкуренции, Закон о торговле Новой Зеландии не содержит.

Закон о торговле также запрещает поддержание цен путем заключения вертикальных соглашений (разделы 37–42), в частности, установлен запрет поставщикам давать указания или обеспечивать соблюдение минимальной цены поставки или ограничивать возможность своих покупателей перепродавать товар ниже определенной цены.

В законе есть указание о таком антимонопольном органе как Комиссия по торговле (The Commerce Commission), которая имеет квазисудебные функции при вынесении решения в связи с нарушениями антимонопольного законодательства¹².

Часть 4 Закона о торговле регулирует вопросы естественных монополий и направлена на регулирование цены, качества товаров и услуг на рынках, где конкуренция минимальна или отсутствует полностью. Это рынок передачи электроэнергии, транспортировки газа, услуги аэропортов. Здесь прослеживается явное сходство с российским законом «О естественных монополиях»¹³, который регулирует подобные вопросы в данных сферах.

В Торговом Акте имеются положения, описывающие процедуру разбирательства дел о нарушении антимонопольного законодательства и санкции за них (ч. 6 Закона).

Коммерческий **кодекс Макао**¹⁴ также содержит нормы конкурентного права. При этом имеются запреты в целом на антиконкурентное поведение и на недобросовестную конкуренцию. Данные нормы содержатся в Разделе Х «Регулирование конкуренции между предпринимателями». Данный раздел состоит из двух глав: «Конкуренция между предпринимателями»,

¹² [Электронный ресурс]. URL: <http://www.antitrust.co.nz/Attachments/ATTACHMENT1.pdf> (дата обращения: 20.03.2017).

¹³ Федеральный закон от 17 августа 1995 г. «О естественных монополиях» № 147-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ [Электронный ресурс]. URL: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcomen> (дата обращения: 20.03.2017).

«Недобросовестная конкуренция». В первой главе описаны запреты на недопущение нанесения вреда экономики Макао при ведении конкурентной борьбы. Даны исключения, при которых в определенных случаях запрещенные действия могут быть признаны допустимыми (ст. 153 Коммерческого кодекса Макао).

Допустимые соглашения, ограничивающие конкуренцию, должны действовать на ограниченной территории и в рамках строго определенной деятельности. Срок действия данного соглашения должен составлять не более пяти лет. В случае несоблюдения данных условий такие соглашения признаются недействительными (ст. 154 Кодекса).

Отдельно прописаны антимонопольные ограничения для законной монополии. Устанавливается обязанность для законной монополии (*legal monopoly*) заключать договоры со всеми, кто к ней обратится, на принципе равенства (ст. 155 Кодекса).

Вторая глава описывает субъектный состав нарушений в сфере недобросовестной конкуренции, а также сами запреты. К таковым относятся смешение товаров правонарушителя с товарами конкурентов (ст. 159), введение в заблуждение относительно товара, его свойств и условий продажи (ст. 160), некорректное сравнение с другими товарами (ст. 163), незаконное использование промышленных секретов и иной коммерчески значимой информации (ст. 166) и др. В Коммерческом кодексе Макао также предусмотрена мера воздействия в виде пресечения незаконного поведения и устранение его негативных последствий (ст. 171). Устанавливается такая мера ответственности для нарушителей как компенсация убытков (ст. 172).

В **Коммерческом кодексе Мальты**¹⁵ вопросы конкуренции урегулированы в Главе II «Ограничения конкуренции». В качестве специального субъекта в данных нормах указан коммерсант (*trader*).

Вопросы конкуренции регулируются и в **Торговом кодексе Мексики**, действующем в новой редакции с 13 июня 2014 г. — *Código de Comercio*. В ст. 6 бис¹⁶ содержится запрет на такие действия как дискредитация, введение в заблуждение, смешение в иной форме. По сути, в Торговом кодексе Мексики воспроизведены положения Парижской конвенции об охране промышленной собственности в ее ст. 10 бис.

Библиографический список

1. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права / Г.Ф. Шершеневич. Т. 2. М., 2003.
2. Захватаев В.Н. Коммерческий кодекс Франции / В.Н. Захватаев; пер. с французского. М. : Волтерс Клувер, 2008.

¹⁵ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8578&l=1>(дата обращения: 20.03.2017).

¹⁶ URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/mx/mx102es.pdf>

Панарина Мария Михайловна
аспирантка кафедры коммерческого права и основ правоведения
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова
commercial@law.msu.ru

СПОСОБЫ И ФОРМЫ КОДИФИКАЦИИ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ В ТОРГОВЛЕ

Будучи способом систематизации, кодификация направлена на установление новых норм, отражающих назревшие потребности общественной практики, восполняющих пробелы, заменяющих устаревшие правовые предписания новыми. Вопрос о возможности распространения этого положения на деятельность по кодификации правовых обычаев нуждается в осмыслении. Наличие объективных факторов формирования торговых обычаев и их использование в предпринимательской деятельности свидетельствует о необходимости создания свода торговых (деловых) практик РФ.

Ключевые слова: **кодификация права, правовой обычай, российское право, юридическая наука.**

Panarina Maria Mikhailovna,
Post-graduate student of the Department of commercial law
and the fundamentals of jurisprudence of the Law School
of the MSU by M. V. Lomonosov

WAYS AND FORMS OF CODIFICATION OF LEGAL CUSTOMS IN TRADE

The codification as one of the methods of systematization is aimed at establishing the new norms which would reflect the vital requirements of business practice, meet the lack and replace outdated legal instructions with the new ones. The question of future development of custom codifying activities requires further discussion. Existence of objective factors of formation of trade customs and their wide use confirms the existing need for unification of trade practices in Russia.

Key words: **codification of law, legal custom, the Russian law, the legal science.**

Современный товарооборот охватывает столь обширный спектр различных торговых сделок, что ни одна национально-правовая система не может воплотить в себе механизмы разрешения всех возможных ситуаций¹. Более того, экономические процессы столь стремительны, что появляются все новые и новые виды и формы торговых операций. Именно поэтому особую роль в сфере регулирования торговли приобретают негосударственные формы регулирования — торговые обычаи.

В реализационных договорах возможность использования торговых обычаев выражается максимально. Интересно отметить, что в рамках обычного права именно в торговых обычаях мы находим истинную волю коммерсантов на выражение и закрепление «особых форм торговли», подробное описание предмета договора купли-продажи, способа исполнения договора. К примеру, в постановлении Шестого арбитражного апелляционного суда от 15 ноября 2011 г. № 06АП-4393/2011 по делу № А04-2724/2010² о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, за нарушение сроков оплаты по договору купли-продажи электрической энергии (мощности) суд пришел к выводу, что между истцом и ответчиком сложился обычай делового оборота по оплате поставленной энергии не позднее 10 числа следующего месяца. Следовательно, суд признал расчет процентов за пользование чужими денежными средствами правильным. В постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 4 мая 2008 г. № 07АП-1869/08 по делу № А45-11717/07-15/351 указано, что стороны согласовали условие договора о товаре договора, определив его наименование и количество. При этом законодательством не предусмотрена обязанность сторон при купле-продаже сотовых телефонов согласовывать в договоре формат передачи данных, в рамках которого функционируют сотовые телефоны. Сторонами не оспаривается правомерность заключения дополнительного соглашения № 9, в соответствии с условиями которого возникло обязательство по передаче ОАО «Вымпел-Коммуникации» 1000 штук сотовых телефонов соответствующей марки. При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции констатировал, что между сторонами сложились в силу ст. 5 Гражданского кодекса РФ отношения купли-продажи именно сотовых телефонов указанной марки и стандарта как обычай делового оборота. Также появилась первая практика Севастопольского суда: «Типовые условия, которые отсутствуют в оспариваемом договоре, могут

¹ По оценкам зарубежных экспертов агентства eMarketer's, в 2013 г. внешняя торговля достигла отметки в 1,251 триллион долларов, увеличившись по сравнению с предыдущим годом на 18,3%, что немного ниже темпов роста в 2012 г. В 2014 г. также прогнозируется рост, но уже более существенный — оборот интернет-покупок составит 1,5 триллионов долларов [Электронный ресурс]. URL: <http://www.shopolog.ru/metodichka/analytics/statistika-internet-torgovli-v-stranakh-mira> (дата обращения: 10.01.2017).

² СПС «КонсультантПлюс».

применяться как обычай делового оборота, поэтому их отсутствие не влечет за собой признание недействительным оспариваемого договора»³.

Представляется, что назревает необходимость переоценки регулятивного потенциала обычая как источника права. Формирование субкультуры российского бизнеса должно происходить параллельно с формированием системы соответствующих правовых обычаев. Обычное право способно эффективно выполнять функцию «проводника нормотворчества», обеспечивать гармоничное взаимодействие норм морали, бизнес-этики и законодательства путем разработки обычных регуляторов.

Цель кодификационных работ юристов состоит в том, чтобы содействовать избавлению системы от противоречий и пробелов и заботиться о более совершенном словесном и смысловом содержании юридических текстов. Еще Иеремия Бентам, дискутируя по поводу движения за кодификацию договорного права, которое другие английские юристы встречали в штыки, отмечал: «Сказать, что юрист не заинтересован в неопределенности права — это все равно что сказать, будто производитель пороха не заинтересован в войне, а стекольщик в битье окон»⁴. Правовой обычай в таких случаях выступает в роли искусного толкователя и помощника, необходимого для правильной квалификации отношений в профессиональной, специфической среде⁵. Именно благодаря правовому обычаю из такого анализа и толкования рождается то совокупное знание и умение и в конечном счете образуется стройная система источников права⁶.

Правовой обычай как особая разновидность обычаев является формой (источником) права, это есть правило, положение или рекомендация с элементами нормативности, основанное на обобщении социальной практики, определяемое в соответствии с велениями групп, его практикующих, и определяющее направленность на правовой результат в рамках группы и за ее пределами предложений и рекомендации обычной практики. Он должен соответствовать, по нашему мнению, следующим критериям: 1) объективное распространение в значительной группе (в сообществе), вовлечение значительного числа субъектов; 2) субъективная детерминация, подтверж-

³ Постановление Севастопольского апелляционного хозяйственного суда от 24 сентября 2014 г. по делу № А84-201/2013(919/201/13-г) [Электронный ресурс]. <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=RAPS021;n=312;div=ARB;mb=LAW;opt=1;ts=F7C06BE8F53F50D77727A97DA83E9C6;rnd=0.6359674273990095> (дата обращения: 10.01.2017).

⁴ Бентама И. Введение в основания нравственности и законодательства. Т. 1. Основные начала гражданского кодекса. СПб., 1867.

⁵ Об этом, в частности, говорил еще Г.Ф. Шершеневич в «Общей теории права»: «По самому характеру такой нормы (обычной нормы) она всегда может остаться неизвестной для судьи, который, по условиям своей личной жизни, находится нередко вне соприкосновения с правообразующей средой. Когда случайное дело откроет ему существование правового обычая, он должен найти и выбрать средства ознакомления с содержанием нормы».

⁶ По мнению Г.Ф. Шершеневича, в состав положительного (позитивного) права входят как законодательные, так и обычные правовые нормы. Помимо этого, обычай является достаточным источником для догматического изучения и анализа права в целом.

дающая ценность данной обычной нормы (субъект считает, что она является важной; данный обычай должен быть единственным по вопросу, который он регулирует) посредством (а) юридической обязательности нормы, (б) обоснованности и разумности ее применения; 3) стереотипность (однообразность применения со стороны субъектов, что не обязательно означает неоднократное применение — возможна диаметрально противоположная ситуация); 4) модель закрепления правового обычая в форме правил, предложений и рекомендаций; 5) преследование общего интереса для правового сообщества или социальной группы. Не всякий правовой обычай признается имеющим правовую силу. Обычай не должен был противоречить закону, подразумевая, что он его дополняет и своего рода «оживляет»; безусловным считается, что обычай не в силах отменять указание закона⁷.

Изначально законодательная власть вообще не касалась многих отношений, не считала своей задачей их определение, не решалась самостоятельно творить право и долгое время ограничивалась закреплением обычаев, поэтому «юридическое воззрение прокладывало себе дорогу» именно путем обычая: первые нормативно-правовые акты формализовали обычаи, а ранние кодификации систематизировали их. Позднее закон вытеснил обычное право, став господствующей формой, однако немало современных явлений преимущественно в сфере частного (гражданского) права имеют «обычное происхождение»⁸.

Кодификация является процессом, при котором сборник норм собран в логическую, когерентную структуру, при этом она может быть выражена: а) путем использования или заимствования обычных правовых норм, б) путем допущения автономного функционирования элементов обычного права. Кодификация обычной нормы, по нашему мнению, происходит, когда две или более стороны применяют особое толкование более общего правила между собой. Далее другие члены сообщества рационально предполагают использование данного правила в порядке и в качестве общеприменимого⁹.

⁷ Пункт 7, абзац 1 и 3 Постановления Пленума ВАС России о свободе договора — ВАС фактически приравнял примерные условия к правовому обычаю, если они отвечают требованиям, установленным в ст. 5 ГК РФ. Суд по интеллектуальным спорам, обобщая практику рассмотрения доменных споров, указал в справке: «...Согласно закону обычай распространяется не только на сферу предпринимательской деятельности... для установления честных (или частных) обычаев при регистрации и использовании имен можно использовать положения, сформулированные в Единой политике по разрешению споров в связи с доменными именами, одобренной Интернет-корпорацией по присвоению названий и номеров (ICANN)...». Данные примеры, с одной стороны, демонстрируют длительные попытки со стороны нашей практики рассматривать правовой обычай как самостоятельный источник права, что, с другой стороны, еще раз подчеркивает актуальность данного источника права.

⁸ Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 5 : сборник научных статей / Санкт-Петербургский государственный университет; под общ. ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. СПб. : Волтерс Клаувер, 2005. С. 258.

⁹ Так, Е.В. Васильковский полагал, что под обычаем вообще понимается юридическая норма, живущая в сознании всего народа или его части и постоянно применяемая в жизни.

Так, например, страховое общество А1 или банк Б1 изобретают новую сделку для привлечения клиентов. Если операция дала хороший результат, одно за другим страховые общества и банки вводят у себя данную операцию. Соответственно, любая операция может стать обычной. Использование правила предпочтительнее для сторон. Кодификация позволит им либо переместить обычную норму в благоприятную для их интересов среду, или зафиксировать свои «любимые» правила для защиты от будущих изменений в обычной норме¹⁰.

Возникшее таким образом правило затем применяется к ряду однородных случаев и становится сводом правовых обычаев. В качестве примера можно привести обычаи морских торговых портов. В настоящее время в каждом российском морском торговом порту действует Свод обычаев, который принимается Морской администрацией порта (далее — МАП). Свод обычаев морского торгового порта представляет собой собрание обычаев делового оборота, не закрепленных в действующем законодательстве, сложившихся на основе многолетней практики работы порта и применяемых на практике в морском торговом порту. В нем учитываются интересы порта, судовладельцев, потребителей портовых услуг и иных клиентов морского торгового порта. В каждом порту действует свой Свод обычаев (например, Свод обычаев ОАО «Петропавловск-Камчатский морской торговый порт»)¹¹.

В других случаях кодификация распространяется на процесс, осуществляемый другими участниками: к примеру — международными организациями, такими как УНИДРУА или Гаагской конференцией, а также частными организациями, такими как Международная торговая палата и пр. Благодаря глобализации¹² появляются новые нормы, охватывающие юрисдикцию нескольких государств по межотраслевым областям прав и имеющие наименование *lex mercatoria* («мягкое право»), такие нормы развиваются гораздо быстрее, чем нормы национальных государств в пределах своих национальных границ. Сложившаяся практика арбитражных разбирательств

Следовательно, гражданский обычай представляет собой: 1) норму, т.е. обязательное правило; 2) норму частно-правую, т.е. касающуюся юридических отношений между людьми в их частной жизни; 3) существующую в сознании народа или части его (напр., ремесленные, торговые обычаи), а не изданную законодателем, и 4) постоянно применяемую на практике, а не вытесненную другой нормой...

¹⁰ Данное правило используется, например, в Единообразном торговом кодексе (ЕТК) США (ст. 1–205): «...(course of dealing) признается единообразие поведения сторон в предшествующих сделках между ними, которое позволяет рассматривать его как основу выяснения их намерений в конкретной сделке. Допустимо признавать таковым и повторяющееся поведение участников сделки в ходе ее исполнения, который иногда обозначается специальным термином «порядок исполнения» (course of performance)...»

¹¹ Мамедов Р. Об обычаях морских торговых портов. М., 2004. Аннотация. Опубликовано: Морское право. 2004. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Габриэль Кауфман Колер. Глобализация: вызовы режиму международного коммерческого арбитража (2003) (Wolter Law 2003), в частности глава II. С. 56.

демонстрирует, что арбитры обычно занимают положительную позицию в отношении выбора сторонами *lex mercatoria* как свода обычаев торговых практик¹³.

Мы выделяем следующие типы кодификации правовых обычаев в зависимости от цели сбора обычных норм.

В процессе сбора субъект стремится собрать нормы в единый акт («кодификация как сборник»). Целью подобной кодификации является желание отразить текущее состояние обычаев путем сбора и организации существующих правил. Этот подход использовался в глубокой древности и в Средние века. Самой известной иллюстрацией является Кодекс Юстиниана, который направлен на систематизацию римского права. Помимо этого, торговые и портовые обычаи в Российской Федерации учитываются, публикуются и принимаются Торгово-промышленной палатой РФ. Этот же властный орган вправе давать свои компетентные разъяснения относительно признаваемых и публикуемых им обычаев. Согласно ст. 15 ФЗ РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» «ТПП свидетельствует торговые и портовые обычаи, принятые в Российской Федерации и, следовательно, может давать заключения по этому вопросу. Письменным подтверждением обычая могут быть условия публикуемых примерных договоров, что допускается п. 2 ст. 427 ГК РФ. В иных случаях сторона вправе доказывать существование обычаями и, напротив, его отсутствие, используя любые допускаемые правом доказательства»¹⁴.

С другой стороны, кодификация под влиянием потребностей экономики стремится к инновациям («кодификации как инновация»). Постоянно расширяющееся «правовое сообщество» выработало свои собственные правила поведения. Абсолютное большинство организаций следует им без властного воздействия со стороны каких-либо государственных структур. Очевидно, что складывающиеся в результате саморегуляции «правовых сообществ» нормы и правила поведения можно уточнять или обобщать, наконец, можно придать им юридическую силу, но было бы неправильно стараться их на государственном уровне отменять или заменять иными, заранее разработанными нормативными актами. Система законодательных и обычных норм представляет собой в определенном смысле единое целое, включение норм в которое происходит параллельно в обеих системах — взаимодействуя друг с другом. Правовой обычай вводит новое в уже существующие общественные отношения, дополняет и конкретизирует закон, в свою очередь законодатель реагирует на современные правовые формы

¹³ Панасенко М.А. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria* // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001. № 3. С. 6

¹⁴ Федоров А. Обычай делового оборота // Финансовая газета. 2003. № 2 [Электронный ресурс]. URL: http://www.cargobay.ru/news/finansovaja_gazeta_mezhdunar_/2003/1/9/id_10... (дата обращения: 10.01.2017).

воздействия обычая на профессиональную среду, отражая и способствуя их применению в гражданском и торговом обороте.

Так, например, п. 1.1 Стандартов российской гильдии риелторов¹⁵, регулирующих отношения членов Воронежского общества риелторов, оценщиков и клиентов, предусматривает, что риелтор не должен отказывать в предоставлении профессиональных услуг кому-либо по причинам национальности, религии, пола, умственных или физических недостатков, семейного положения, расы или цвета кожи. Если продавец, поручивший риелтору продажу объекта, вводит подобные ограничения в отношении личности покупателя, то риелтор, принимая поручение от продавца как конфиденциальное, не должен делать выдвинутые ограничения достоянием гласности в средствах массовой информации, рекламе или излагать их в переговорах с потенциальными покупателями. Помимо этого, стандарты регулируют заключение эксклюзивных агентских договоров риелторов с клиентами, а также предусматривают порядок рассмотрения и разрешения споров о профессиональной этике в рамках общества.

Разумеется, дать однозначную оценку приведенному выше документу не представляется возможным, поскольку в нем наряду с положениями, имеющими правовую природу, содержатся нормы этического характера. Подобные стандарты в их правовой части, на наш взгляд, вполне можно признавать в качестве сложившихся правовых обычаев, поскольку их становление произошло в результате систематического и единообразного применения. Подобных стандартов и типовых правил можно обнаружить большое количество, однако их необходимо систематизировать и проанализировать на соответствие гражданскому законодательству. Поэтому мы предлагаем осуществить такой анализ соответствующим контролирующим органам в крупных ассоциациях, организованных по профессиональному признаку — ассоциациям предпринимателей, страхователей и пр.

По способам формирования обычных норм мы выделяем следующие.

1. Создаваемые путем разработки правила. В качестве иллюстрации данного положения приведем яркий исторический пример классика российской цивилистики Г.Ф. Шершеневича, рассмотренный им в «Общей теории права»¹⁶, договор «раббата», т.е. скидки с покупной цены при платеже до срока. Создался такой правовой обычай, по словам Габриэля Феликсевича, «уже, конечно, не потому, что распространению такой операции предшествовало ясное экономическое представление о влиянии кредита на цены товаров. Скорее, возникновение этого обычая может быть объяснено находчивостью того, кто впервые, имея свободные деньги, предложил досрочный платеж под условием некоторой скидки и достиг согласия ввиду

¹⁵ Стандарты российской гильдии риелторов [Электронный ресурс]. URL: <http://gildia-realtor.narod.ru/codex/standmemclients.php3.htm> (дата обращения: 10.01.2017).

¹⁶ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. М.: Издание Бр. Башмаковых. 1910. 53 с.

обоюдной выгоды...». Уже под влиянием массового повторения данного порядка действий у членов сообщества могло развиться представление о правовой целесообразности такого поведения и возможности его использования впоследствии.

Тем самым правовой обычай проходит свои, отличные от закона и судебной практики, этапы формирования и затем уже предстает перед обществом, как и другие источники права, находя свои собственные условия и механизмы применения в деловой и общественной жизни. Обычная практика тем самым появляется и направляется в целях решения конкретных практических задач. При этой точке зрения мы находим, что правовой обычай формируется объективно, ни одна деятельность субъекта по его созданию не является определяющей. Тем самым появляется совершенно уникальный источник права, отражающий действительные интересы общества, социальных групп, правового сообщества, которые применяют его, являясь сами по себе субъектами правотворчества.

2. Прямо устанавливается, что будет применяться другой источник, тогда как на самом деле используется обычай. Возникшее таким образом правило затем применяется к ряду однородных случаев и становится сводом правовых обычаев. Свод правовых норм и обычаев, применимых к сделкам в сфере профессиональной, в том числе предпринимательской, деятельности, созданный ее участниками для внутреннего пользования и применяемый арбитрами для урегулирования споров на основании намерений сторон и функционального сравнительно-правового анализа с учетом текущего состояния дел в сфере организации гражданского и торгового оборота. В качестве примера можно привести обычаи морских торговых портов. Свод обычаев и правила терминалов ОАО «Мурманский морской торговый порт» и ЗАО «Агросфера» (далее — Свод обычаев порта) обязательны для всех работников терминалов, грузовладельцев, предъявляющих груз к перевозке, а также для судовладельцев и владельцев транспортных средств, погрузка или выгрузка которых осуществляется в Мурманском морском торговом порту. Свод обычаев порта определяет режим работы, предоставляемые услуги, правила, нормы обработки судов и грузов, производственные возможности порта, требования к участникам транспортного процесса. Соответственно, данная практика становится повсеместной, имеет нормативную основу и обязательна для всех участников, вступающих в торговые отношения с ОАО «Мурманский морской торговый порт»¹⁷.

Из данных примеров мы можем заключить, что только если ненормативный, квазиправовой обычай получает самостоятельное правовое содержание как авторитетный источник правового регулирования сложившихся

¹⁷ Свод правил и обычаев Терминала ОАО «Мурманский морской торговый порт» [Электронный ресурс]. URL: <http://www.portmurmansk.ru/index.phtml?60> (дата обращения: 10.01.2017).

отношений, то это будет означать, что природа данного обычного правила как источника права признается сообществом.

В науке торгового права отношение к практике составления сводов неоднозначно. В частности, Г.Ф. Шершеневич весьма скептически относился к распространенной практике создания сборников обычаев, имея в виду сборники, применяемые в различных морских портах. Он называл такую практику сомнительной и не заслуживающей предпочтения. Видимо, ученый исходил из того, что обязательную силу правовой обычай приобретает с санкции государства и, соответственно, новым обычаям необходимо руководствоваться и в силу ранее изданного закона, если в новом законе не предусмотрено иное¹⁸. Другие говорят, что кодификация обеспечивает единообразие регулирования и придает идею «законченности» формированию определенной сферы общественных отношений. Так, торговые обычаи и обыкновения коммерческих отношений в электронной среде, постоянно увеличивающиеся благодаря количеству оформляемых в Сети сделок, порождают быстрое развитие складывающихся в данной среде обычаев¹⁹. То есть кодификация позволяет обеспечить динамику развития тех областей деятельности, где еще нет структурированного законодательства: биржа, электронная торговля и т.д.

Одним из самых важных вопросов становления и обеспечения нормального функционирования рыночных отношений является создание необходимых условий для развития предпринимательства, в том числе торговли, укрепление правовых гарантий инициативы и предприимчивости, недопустимости необоснованного вмешательства государства в частную предпринимательскую деятельность. Предлагаемое более детальное регулирование «порядка образования и имущественного положения» «специальных субъектов торговли» объективно способствовало бы развитию инициативы торговых предпринимателей, обеспечило бы их возможностями для выживания в условиях острой конкурентной борьбы, не говоря уже о том, что регулировало бы отношения должностных органов и предпринимателей на основе принципа законности и добросовестности, предоставляя только легальные правовые основания для предъявления все новых и новых требований к торговым фирмам и индивидуальным предпринимателям. Так, А.И. Каминка отмечал, что торговое право часто является пионером новых идей, оно «постоянно увеличивается новыми нормами, соответствующими вновь возникающим отношениям в области торгового оборота»²⁰.

По мнению Б.И. Пугинского: «Изучение российского законодательства о торговой деятельности свидетельствует о его ненормальном состоянии.

¹⁸ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права: по изданию 1907 г. М. : Спарк, 1995. С. 9.

¹⁹ Пяткина С.А. О теории источников права в английской юриспруденции // Правоведение. 2003. № 7 // СПС «КонсультантПлюс»; Сергеева Т.В. Обычай как источник права // Правоведение. 1997. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Каминка А.И. Очерки торгового права. М. : Зерцало, 2007. С. 70.

Во многом не закончено формирование законодательной основы товарного обращения. Имеющиеся нормативные акты носят разрозненный характер, содержат противоречия. Отсутствует единая направленность нормативных установлений, четкая и обоснованная система регулирования рыночных отношений. Недостаточность законодательной базы влечет массовое издание ведомственных и региональных актов»²¹.

В такой ситуации целесообразность в создании Сводов обычаев как неофициальных сборников все-таки есть. Своды «сглаживают» отрицательные черты обычаев (их несогласованность, разрозненность, трудность распознавания и доказывания) и сохраняют положительные черты, связанные с регулированием конкретных торговых и предпринимательских отношений. Как отмечал Ю.С. Гамбаров²², самостоятельное развитие торгового права происходит потому, что торговля особенно нуждается в специальных нормах и учреждениях, способствующих быстроте заключения сделок, легкости их доказательства и др. Обычаи, включенные в Своды, соответствующим образом редактируются и доводятся до сведения лиц, заключающих договоры, а также суда, т.е. упрощается процедура доказывания факта наличия обычая, регулирующего конкретные отношения. Вместе с тем включение обычаев в сборник и формулировка соответствующего правила в определенной степени зависит от воли того органа или организации, которые создают соответствующий сборник. Тем самым, по мнению М.И. Брагинского, помещение в сборник обычаев «в известной мере уравнивает их по результатам с кодификацией законов (имеется в виду, что в подобных случаях юридическое значение обычая будет опираться на силу авторитета собравшего обычая органа)»²³.

Таким образом, мы делаем следующие выводы: 1. Кодификация позволит либо переместить обычную норму в благоприятную для интересов предпринимателей среду, или зафиксировать свои «любимые» правила для защиты от будущих изменений в обычной норме. 2. Решающим моментом для понятия торгового обычая является его применение: без него само формулирование тех или иных положений нельзя рассматривать как обычай. 3. Кодификация представляет собой явную возможность определить динамику развития тех областей деятельности, где еще нет структурированного законодательства: кодификация биржи, электронной торговли, регламентация внутренней деятельности профессиональных сообществ. 4. Кодификация является процессом, при котором совокупность норм собрана в логическую, когерентную структуру. При этом она может быть выражена: а) путем использования или заимствования обычных правовых норм, б) путем допущения автономного функционирования элементов обычного права.

²¹ Пугинский Б.И. Коммерческое право. М. : Изд-во «Зерцало», 2014. С. 35.

²² Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 42.

²³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право М. : Статут. С. 64.

5. Кодификация торговых обычаев есть реализация так называемой автономии корпораций по установлению или собиранию нормативных условий и торговых договоренностей, используемых в торговой практике и в деловых контактах.

Для совершенствования и развития этого процесса предлагается:

1) концентрировать процесс выборки обычных норм в инструментах универсального применения. Среди них следует выбирать инструменты, происходящие из разных источников, в частности, профессиональных ассоциаций, международных организаций и арбитражных учреждений;

2) осуществлять кодификацию и консолидацию обычной практики, типовых правил, проформ, правил ведения бизнеса, лучших деловых практик профессиональных сообществ в первую очередь;

3) использовать инициативу ассоциаций, союзов предпринимателей для создания свода правил лучших практик, собранных самими предпринимателями;

4) в целях развития системы договорного права ассоциациям, союзам юристов и юридическим клиникам необходимо рассмотреть вопрос об изучении функционирования существующих договорных моделей, основанных на рекомендательных нормах, различных тематических механизмов (типовых формах, регламентах, правилах осуществления деятельности, электронных проформах) и процедур с целью разработки общих рекомендаций взаимодействия и сотрудничества закона и правового обычая в рамках одного правового поля;

5) осуществлять анализ типовых договоров, разрабатываемых профессиональными организациями на соответствие Гражданскому кодексу и обычаям делового оборота. Проверить, отражают ли они действительное положение дел на рынке и обеспечивают ли соблюдение интересов сторон.

Библиографический список

1. Колер Г.К. Глобализация: вызовы режиму международного коммерческого арбитража / Г.К. Колер. Wolter law, 2003.

2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. М. : Статут, 2003.

3. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / Ю.С. Гамбаров, М., 2003.

4. Бентама И., Введение в основания нравственности и законодательства. Основные начала гражданского кодекса / И. Бентама. СПб., 1867.

5. Каминка А.И. Очерки торгового права / А.И. Каминка. М. : Центр ЮрИнфоР, 2002.

6. Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 5 : сборник научных статей / под ред. В.Ф. Попондопуло. О.Ю. Скворцова. СПб. : Волтерс Клаувер, 2005.

7. Панасенко М.А. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria* / Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001. № 3. С. 3–6.

8. Пугинский Б.И. Коммерческое право / Б.И. Пугинский. М. : Зерцало, 2014.

9. Тарасенко О.А. Обычаи делового оборота, применяемые в банковской практике / О.А. Тарасенко // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2.

10. Мамедов Р.М. Об обычаях в морских торговых портах / Р.М. Мамедов // Морское право. 2004. № 2.

11. Федоров А. Обычай делового оборота / А. Федоров // Финансовая газета. 2003. № 2.

12. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. Т. 1. М. : Издание Бр. Башмаковых, 1910.

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮРИСТ»

Технический редактор:

Стручалина А.Г.

Корректор:

Швечкова О.А., к.ю.н.

Компьютерная верстка

Троицкая Е.М.

Адрес

Почтовый: 115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

Печать

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа».
248031, г. Калуга, п. Северный, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37

Формат 70x100/16. Бумага офсетная Печать офсетная.

Общий тираж 250 экз.

Номер подписан в печать: апрель 2016

ISBN 978-5-8078-0256-9



9 785807 802569