

ISSN 2221-8351

КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

научно-практический журнал



№ 3 (Том 22) — 2016

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
Белов В.А., д.ю.н., профессор
Белова Д.А., к.ю.н., доцент
Булатецкий Ю.Е., д.ю.н., профессор
Гуреев В.И., д.ю.н., профессор
Измайлова Е.В., к.ю.н., доцент
Олейник О.М., д.ю.н., профессор
Постовой Н.В., д.ю.н., профессор
Рассолов И.М., д.ю.н., профессор
Северин В.А., д.ю.н., профессор
Сидорова Т.А., к.ю.н., доцент
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 сносков.

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

Северин В.А. Система защиты коммерчески значимой информации: тенденции и проблемы 4

Калачев Я.В. Способы обеспечения исполнения контракта..... 17

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ КОНКУРЕНЦИИ

Харитонов Ю.С. Защита от недобросовестной конкуренции путем запрета копирования фирменного стиля 22

Демиева А.Г. Конкуренция как стимул осуществления предпринимательской деятельности..... 32

МЕЖДУНАРОДНОЕ ТОРГОВОЕ ПРАВО

Белов В.А. Основные проблемы международного торгового права..... 38

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

СИСТЕМА ЗАЩИТЫ КОММЕРЧЕСКИ ЗНАЧИМОЙ ИНФОРМАЦИИ: ТЕНДЕНЦИИ И ПРОБЛЕМЫ

Система защиты информации предпринимателей (коммерсантов), сложившаяся в России за последние 20 лет, имеет свои плюсы и минусы. В стране не разработан механизм, обеспечивающий учет важности получаемой коммерчески значимой информации технического и технологического характера для национальных интересов России. Режим коммерческой тайны, устанавливаемый в ряде организаций под видом необходимости сохранения интересов производства и реализации товаров, может привести к нарушению прав работников и контрагентов.

Порядок, обеспечивающий режим коммерческой тайны, устанавливается во всех коммерческих организациях, где ведутся работы (оказываются услуги) с использованием коммерчески значимой информации. С учетом особенностей деятельности организаций и их размеров разработаны и осуществляются различные мероприятия по обеспечению режима конфиденциальности информации. В статье анализируются правовые, организационные и иные меры, направленные на установление и обеспечение режима коммерческой тайны. Структурно рассмотрены режимные меры, устанавливающие охрану конфиденциальности информации до начала производства и реализации товаров, и режимные меры, обеспечивающие информационную безопасность организации в процессе обращения информации при производстве и реализации товаров (работ, услуг). Определены типичные направления работы по обеспечению режима конфиденциальности в организациях и основные требования, предъявляемые к системе защиты информации.

Ключевые слова: система защиты секретов, коммерчески значимая информация, конкурентная разведка, режим коммерческой тайны, режимные меры, информационная безопасность, промышленный шпионаж, обеспечение режима конфиденциальности.

Severin Vitaliy Andreevich,
professor of the Department of commercial law and law fundamentals
of Lomonosov Moscow State University, Doctor in Law
commercial@law.msu.ru

SYSTEM TO PROTECT COMMERCIALY SIGNIFICANT INFORMATION:
TRENDS AND CHALLENGES

The data protection system developed by business in Russia over the last 20 years has both strong and weak points. The country has not developed any mechanism to protect technical and technological commercial information taking into account national interests of Russia. The commercial secret regime established in a number of organizations under the guise of the need to preserve the interests of the production and sale of goods, may lead to violation of the rights of employees and contractors.

The commercial data protection regime is to be provided in all commercial organizations rendering services (works) with the use of commercial secret. Measures to keep data secret are designed and implemented considering the peculiarities of the company and its size. The author analyses legal, organizational and other measures establishing commercial data protection. Both data protection methods are considered — the pre-production measures and those which provide data protection on the sale of goods and services stage. Typical work directions are defined together with the basic requirements to the system of data protection.

Key words: protection of secrets, data protection, commercial information, competitive intelligence, trade secrets, security measures, information security, industrial espionage, providing confidentiality

Тенденция открытости в современной российской политике и расширение мер доверия, которые подкрепляются действенным взаимным контролем и одобрением ряда ведущих мировых государств, вместе с тем не должны ставить знак равенства между гласностью и секретностью либо исключать друг друга. В настоящее время система защиты секретов в стране представляет комплекс взаимосвязанных по цели, месту, субъектам и единому замыслу правовых, организационных, инженерно-технических, оперативных и других мероприятий, проводимых на основе принятых нормативно-правовых актов и направленных на сохранение государственной, служебной, коммерческой и иных тайн.

Серьезную озабоченность вызывает тенденция к снижению ответственности за невыполнение режимных требований, а также правовой нигилизм в вопросах режима секретности (конфиденциальности). Здесь отмечаются иногда промахи в деле защиты наших национальных интересов.

Определенными кругами навязывается мнение о том, что у нас якобы нет технической и технологической информации, которая может представлять интерес для иностранных государств и конкурентов. При этом отмечается, что большинство секретных сведений конкуренты получают в результате проведения технической конкурентной разведки и анализа открытых источников. Поэтому следует констатировать неэффективность проводимых организациями режимных мероприятий. Это серьезное недопонимание чревато причинением ущерба не только интересам коммерческих организаций, но и национальным интересам России.

Надо признать, что система защиты коммерческих секретов в отличие от института государственной тайны начала формироваться с нулевой отметки в 1991 году. Она не всегда обеспечивает необходимую оперативность, что отмечалось еще в начальный период ее формирования¹. Порой функционирование системы сковывает новаторскую инициативу работников. Реалии сегодня таковы, что требуют более обоснованного определения пределов (границ) устанавливаемого в организациях режима конфиденциальности информации. Надежная защита коммерческих секретов должна исключать нарушение прав работников под видом необходимости сохранения интересов производства и реализации товаров.

Здесь, возможно, необходимо ввести меры государственного регулирования и защиты работников от чрезмерной конфиденциальности, то есть секретности работ, устанавливаемой администрацией организаций. Проблема состоит также в том, что в стране не разработан механизм, обеспечивающий учет важности получаемой коммерчески значимой информации (КЗИ) технического и технологического характера для национальных интересов России и отнесения такой информации к государственной тайне.

Анализ результатов проверок режима конфиденциальности на ряде крупных предприятий показывает, что уровень организаторской работы по обеспечению защиты коммерческих секретов не везде отвечает современным требованиям, предъявляемым к такой работе. Деятельность некоторых руководителей подразделений по-прежнему сводится, как правило, только к доведению до подчиненных приказов и необходимой практической помощи работникам, осуществляющим непосредственную защиту на рабочих местах. Возможности конкурентных разведок применительно к конкурентным объектам защиты КЗИ не учитываются. Режимные мероприятия зачастую проводятся без учета специфики решаемых подразделениями задач.

Специальные службы иностранных государств стремятся использовать расширяющиеся контакты с государственными корпорациями и бизнесом нашей страны для реализации своих приоритетных разведывательных программ с использованием возможностей промышленного шпионажа. Боль-

¹ См.: Северин В.А. Правовое регулирование охраны государственных секретов в СССР // Советское государство и право. 1991. № 1. С. 39–47.

шинство прибывающих на наши важные промышленные объекты иностранцев, как установлено компетентными органами, активно занимаются сбором коммерческой информации.

В современный период государство уделяет большое внимание формированию инновационной экономики и развитию предпринимательства, участие которого в производстве высокотехнологичной продукции становится все более заметным. При наличии допуска к сведениям, составляющим государственную тайну, отдельные коммерческие организации выполняют договорные работы с научно-исследовательскими организациями Минобороны России и другими режимными промышленными объектами, осуществляют поставки для государственных нужд, включая научно-технические разработки, электронно-вычислительную технику и программное обеспечение, что может быть использовано спецслужбами для внедрения закладок и съема важной информации.

Учитывая самостоятельность коммерческих организаций в установлении свободных экономических связей с зарубежными партнерами, существует проблема защиты КЗИ, охраняемой в режиме коммерческой тайны. Судя по публикациям в СМИ, отмечается интерес иностранных специалистов к ознакомлению с технологией, используемой при создании перспективной продукции двойного назначения, а также планами поставки отдельных систем вооружения, реализуемых в рамках ФГУП «Рособоронэкспорт». Руководители ряда предприятий для выхода на международный рынок и получения валюты порой в ущерб национальным интересам принимают не всегда правильные решения по данным вопросам. Представляется, что государство должно контролировать процесс создания и передачи КЗИ технического и технологического характера, используемой при разработке изделий двойного назначения для гражданских и военных целей.

С учетом актуальности и практической значимости защиты КЗИ представляется важным рассмотрение системы мер правового режима, устанавливаемого и осуществляемого в целях сохранности коммерческих секретов. Система обеспечения национальных интересов страны, включающая и такой важный элемент, как защита коммерческих секретов, представляет собой комплекс правовых, организационных, технических, воспитательно-профилактических и иных мер, направленных на сохранение государственных, служебных, коммерческих и иных секретов от спецслужб иностранных государств и организаций, ведущих конкурентную разведку.

Государством законодательно установлен соответствующий порядок режима секретности в деятельности государственных органов, предприятий и учреждений по обращению со сведениями, составляющими государственную, военную и служебную тайну. Порядок, обеспечивающий режим коммерческой тайны (далее — конфиденциальности), устанавливается во всех коммерческих организациях, где ведутся работы по разработке, производству и использованию специальной продукции и изделий, где обращается КЗИ.

С учетом особенностей деятельности коммерческих организаций и их размеров разработаны и осуществляются различные мероприятия по обеспечению режима конфиденциальности КЗИ. Анализ функционирования систем защиты КЗИ в организациях показывает, что, несмотря на их разнообразие и степень использования правовых средств, форм и методов, их объединяет цель и назначение работы.

Элементы системы составляют основное содержание понятия обеспечения режима конфиденциальности КЗИ. Под обеспечением режима конфиденциальности КЗИ понимается разработка и осуществление в коммерческих организациях правовых, организационных, воспитательных и иных мер, направленных на поддержание установленного порядка выполнения конфиденциальных работ и обращения с документами и изделиями, содержащими КЗИ, в целях предотвращения их утечки, что может причинить ущерб интересам организации. Установленный порядок обращения со сведениями, составляющими коммерческие секреты, должен действовать в условиях, исключающих утечку этих сведений к конкурентам либо нейтрализующих их усилия по добыванию таких сведений, способствующих надежной сохранности такого рода сведений, важных для организации. Эти условия формируются в результате разработки и осуществления различных по своему характеру и назначению мер. Поэтому представляется необходимым более подробное рассмотрение этого вопроса.

Определяющее значение имеют **организационные меры, направленные на установление режима конфиденциальности КЗИ**. Реализация мер должна с максимальной эффективностью обеспечивать решение задачи по предотвращению разглашения и утечки конфиденциальных сведений. Основные меры по охране конфиденциальности информации перечислены в ст. 10 Федерального закона «О коммерческой тайне»² (далее — Закон о коммерческой тайне) в рамках процедуры установления организацией режима коммерческой тайны. Вместе с тем в названном Законе ничего не сказано о силах, которые используются организациями. Речь идет о создании в коммерческих организациях служб безопасности (СБ) на основании Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности»³.

Важное значение в деятельности СБ принадлежит работе с кадрами, предусматривающей правильный подбор, расстановку и воспитание работников, участвующих в обеспечении режима конфиденциальности КЗИ. Особое внимание нужно обращать на укомплектование подразделений СБ работниками, проверенными в профессиональном отношении. Главным направлением деятельности работников СБ является выявление и предупрежде-

² См.: Федеральный закон «О коммерческой тайне» от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48699/ (дата обращения: 10.12.2016).

³ См.: Закон РФ от 11 марта 1992 г. № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_385/ (дата обращения: 10.12.2016).

дение угроз информационной безопасности организации. Для решения этой задачи осуществляется проверка лиц, допускаемых к коммерческой тайне, ведется работа по определению перечня сведений, составляющих коммерческую тайну, планируются и реализуются различные меры по охране конфиденциальности информации. В числе этих мер важное место занимает контроль за сохранением коммерческих секретов в местах их сосредоточения, связанных с выполнением производственных, коммерческих и иных задач.

С переходом страны к инновационной рыночной экономике меры гражданско-правового характера в основном заменили административно-правовые меры. Эти меры включают деятельность организации по использованию правовых средств, которые предусмотрены гражданским, предпринимательским и торговым законодательством. Построение системы защиты КЗИ основывается на использовании правовых средств на уровне организации (внутренние) и во взаимоотношениях с внешними организациями (внешние). В правовой регламентации обеспечения режима конфиденциальности значительное место занимают вопросы организации непосредственной работы, связанной с изделиями и документами, содержащими КЗИ, обеспечением режимными мерами защиты коммерческих секретов при осуществлении внутренних и международных экономических, научно-технических, торговых и иных связей с другими организациями. За нарушение требований режима конфиденциальности, в том числе разглашение (утечку) охраняемых сведений или утрату документов, изделий, содержащих такие сведения, к нарушителям применяются в основном меры дисциплинарной и гражданско-правовой ответственности.

В тесной связи с организационными и правовыми мерами находятся инженерно-технические меры, которые служат материальной основой названных выше мер, обеспечивающих режим конфиденциальности. По своему значению эти меры можно подразделить на три группы. Во-первых, это оборудование техническими средствами различных мест проведения работ по разработке, обращению и эксплуатации изделий и документов, содержащих КЗИ, которые должны исключать утечку такого рода сведений (например, экранизация помещений, безэховые камеры и т.д.);

Во-вторых, это оборудование техническими средствами защиты помещений, зданий, хранилищ, где проводятся конфиденциальные работы, или хранятся такого рода изделия и документы (шифр-замки, системы сигнализации и блокирования и т.д.). В-третьих, это оборудование инженерно-техническими средствами охраны периметра режимных территорий организации (пропускной режим).

Каждая группа мер предполагает необходимость оснащения при их реализации специальными приборами, аппаратурой и другими механизмами, предназначенными для активного использования в процессе обеспечения

режима конфиденциальности. Например, при организации противодействия иностранным техническим разведкам (ПД ИТР), ведению промышленного шпионажа, маскировке и легендированию конфиденциальных работ по оборонной тематике, выполняемых по госзаказу, а также осуществляемых транспортных перевозок специальной продукции. Наиболее наглядно можно представить применение инженерно-технических мер в системе организации пропускного режима и охраны организаций, где ведутся конфиденциальные работы.

Понятие обеспечения режима конфиденциальности включает и **воспитательные меры**, которые обращены к лицам, допущенным к работам, документам и изделиям, составляющим КЗИ. Роль этих мер определяется тем, что указанные лица, являясь осведомленными в коммерческих секретах, представляют наиболее вероятный канал утечки таких сведений в случаях нарушения правил режима. Поэтому хорошо организованная индивидуально-воспитательная работа по повышению ответственности лиц, имеющих отношение к КЗИ, в сочетании с другими мерами (беседы, инструктажи, наглядные пособия и т.д.) создает необходимые условия для надежного сохранения коммерческих секретов. Решению этой задачи может способствовать проведение общих воспитательных мер, направленных на укрепление дисциплины и порядка. В частности, договорная дисциплина и общественное воздействие на работников, нарушающих трудовую дисциплину, способствует укреплению режима конфиденциальности.

При всем многообразии рассмотренных мер по обеспечению режима конфиденциальности все они могут быть охарактеризованы как «режимные меры». Под словосочетанием «режимные меры» понимается порядок, устанавливаемый организацией с помощью правовых средств, обеспечивающих сохранность коммерческих секретов в деятельности организаций при обращении КЗИ, используемой при производстве и реализации товаров (работ, услуг).

Разработка режимных мер определяется дозволениями, которые содержатся в Законе о коммерческой тайне, их назначением и целевой направленностью, степенью важности охраняемых секретов, обусловленных особенностями производственной, научно-технической, коммерческой и иной деятельности организаций. Содержание режимных мер зависит от устремлений конкурентов, методов их разведывательной деятельности и иных факторов, определяющих оперативную обстановку внутри организаций. В зависимости от этого режимные меры могут охватывать деятельность одного или нескольких направлений организации или ограничиваться обеспечением режима конфиденциальности при проведении конкретных работ, например, связанных с выполнением научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ (НИОКР).

Изучение практики защиты информации в коммерческих структурах подтверждает вывод, что сложилась определенная система режимных мер,

которая включает две группы: 1) режимные меры, устанавливающие охрану конфиденциальности КЗИ до начала производства и реализации товаров, выполнения работ и оказания услуг; 2) режимные меры, обеспечивающие информационную безопасность организации в процессе обращения КЗИ при производстве и реализации товаров (работ, услуг).

В основу деления режимных мер положен принцип разделения охраны и защиты коммерческих секретов, определяющих необходимость первоначального установления правового режима, а затем правового и иного обеспечения проводимых конфиденциальных работ. Смысл принципа сводится к тому, что организация должна заранее предпринять усилия по созданию необходимых материальных и иных условий сохранения в тайне коммерческих секретов и тем самым обеспечить в режимном отношении деятельность до начала выполнения конфиденциальных работ, связанных с перекрытием всех возможных каналов утечки КЗИ.

Поэтому первая группа режимных мер, по сути дела, образует режим коммерческой тайны со всеми его составляющими элементами, о которых говорится в п. 1 и 2 ст. 10 ФЗ «О коммерческой тайне».

Эффективность этих режимных мер определяется условиями, определенными в п. 5 ст. 10 Закона о коммерческой тайне и широко используемыми на практике. Речь идет о признании мер по охране конфиденциальности информации разумно достаточными в том случае, если исключается доступ к КЗИ любых лиц без согласия ее обладателя и обеспечивается возможность использования КЗИ. К этому нужно добавить следующее. Если установленный режим конфиденциальности обеспечивает сохранность коммерческих секретов, то это означает, что он отвечает своему назначению и сформирован с помощью правильно выбранных правовых средств охраны конфиденциальности КЗИ.

С другой стороны, если установленный режим конфиденциальности не гарантирует полную сохранность коммерческих секретов, не исключает их утечку, разглашение или утрату документов и изделий, содержащих такого рода сведения, то это означает, что такой режим конфиденциальности не выполняет своих функций, нуждается в дополнительных режимных мерах и подлежит совершенствованию.

Функционирование системы защиты информации проверяется, а точнее, оценивается с помощью мер второй группы. В этом же контексте следует рассматривать режимные меры данной группы как надежное средство предотвращения ущерба организации, который может быть причинен ей в результате разглашения (утечки) коммерческих секретов. Представляется важным отметить, что режимные меры первой группы, с другой стороны, могут привести к определенному ограничению прав работников и иных лиц, допущенных к КЗИ, а также ограничить сферу взаимодействия с партнерами по поводу передачи им КЗИ, что может отразиться на деловом

сотрудничестве. Поэтому должна быть разработана взвешенная и научно обоснованная методика, применяемая при выборе режимных мер (по сферам использования, количеству и содержанию) в конкретной организации.

Что касается режимных мер второй группы, то их основное назначение сводится к выявлению, предупреждению и пресечению правонарушений, посягающих на безопасность КЗИ, и обеспечению, таким образом, информационной безопасности организаций в процессе обращения информации. Эти режимные меры рассредоточены, как правило, по точкам приложения тех или иных требований режима конфиденциальности при производстве и реализации товаров на конкретных участках обращения КЗИ. Например, конфиденциальное делопроизводство осуществляется с соблюдением специальных правил при условии оснащения его соответствующими материально-техническими средствами (ЭВМ, оргтехника, сейфы, выделение специального транспорта для перевозки изделий и т.д.) и обеспечения служебными помещениями, отвечающими требованиям режима конфиденциальности.

Рассмотрим **содержание каждой из названных выше групп режимных мер**. Во-первых, это *меры, устанавливающие охрану конфиденциальности до начала производства работ*. Эта группа мер включает в себя следующие мероприятия:

- изучение оперативной обстановки в организации в целях выявления угроз ее безопасности, и на этой основе определение перечня сведений, относимых в КЗИ, охраняемых в режиме коммерческой тайны;

- установление организацией самостоятельно порядка допуска к конфиденциальным работам, документам и сведениям;

- определение порядка засекречивания, рассекречивания, изменения степени конфиденциальности документов, работ и изделий с грифом «Коммерческая тайна»;

- определение порядка издания, учета, хранения, обращения, пересылки и уничтожения конфиденциальных документов, создание материально-технических условий для их хранения;

- установление порядка учета, хранения, транспортировки, испытания, уничтожения изделий, содержащих КЗИ, и создание условий их надежного хранения;

- организационно-технические меры защиты коммерческих секретов при использовании технических средств для обработки, хранения, выдачи и передачи материальных носителей, содержащих КЗИ;

- установление порядка охраны режимных хранилищ с конфиденциальными документами и изделиями, поддержание на должном уровне пропускного и внутриобъектового режима;

- организационно-технические меры противодействия разведывательной деятельности конкурентов, которые используют технические, программные и иные средства для незаконного получения (съема) информации;

— соблюдение порядка легендирования, зашифровки и маскировки важных исследований и работ;

— меры защиты коммерческих секретов при осуществлении организациями научно-технических, экономических и иных связей с зарубежными странами и фирмами;

— установление в организации порядка подготовки материалов, предназначенных для опубликования в открытой печати, вывоза за границу, исключающего возможность утечки конфиденциальных сведений;

— установление конфиденциальности при выполнении государственно-го контракта для государственных нужд;

— условия о соблюдении конфиденциальности в трудовых и гражданско-правовых отношениях.

Во-вторых, это *меры, обеспечивающие информационную безопасность организаций в процессе обращения КЗИ*. Речь идет о таких мероприятиях, как: разработка и внедрение методики выявления нарушений в информационной сфере; проведение должного контроля за состоянием режима конфиденциальности информации и воспитательно-профилактической работы в трудовых коллективах; организация предупреждения нарушений режима в информационной сфере на основе полученных данных аналитических и маркетинговых исследований.

Отдельно нужно выделить сложные вопросы моделирования возможных каналов утечки КЗИ с использованием математических методов и ликвидации слабых мест в охране коммерческих секретов в процессе производства и реализации товаров.

Пресечение незаконных действий конкурентов и других лиц в сфере обращения КЗИ отличается определенной сложностью. Имеется специфика проведения служебных расследований по фактам разглашения коммерческих секретов и утраты документов, содержащих такие секреты. Принятие решений о передаче материалов в следственные органы, обращение с иском в арбитражный суд по возмещению убытков, причиненных разглашением (утечкой) КЗИ, зависит полностью от инициативы и воли руководителя организации.

Говоря об **основных направлениях обеспечения режима конфиденциальности**, следует подчеркнуть, что речь идет о целенаправленной деятельности по защите КЗИ, обусловленной задачами конкретной организации. В этом смысле можно говорить об избирательном характере установления режима конфиденциальности в любой организации. Поэтому задачи установления и обеспечения режима конфиденциальности в научно-исследовательских организациях и учреждениях будут отличаться от задач на промышленных предприятиях.

Следовательно, обеспечение режима конфиденциальности имеет свои особенности с учетом отраслевой специфики и направлений деятельности

организаций. Допустим, на промышленном предприятии, где используются при изготовлении оборонной продукции излучающая аппаратура и химические продукты, в качестве одного из основных направлений работы по обеспечению режима конфиденциальности будет противодействие иностранным техническим разведкам (промышленному шпионажу) и осуществление мер по маскировке работ на объекте. Другой пример. На испытательном полигоне образцов вооружения режим секретности обеспечивается главным образом путем принятия мер по организации работы в направлении выявления, предупреждения и пресечения утечки сведений о результатах производственных испытаний и сохранения остатков использованных образцов вооружения.

По мере укрупнения целей и задач режима конфиденциальности (организациям, видам их работ и научных разработок и т.д.) можно выделить в обобщенном виде наиболее характерные и **типичные направления работы по обеспечению режима конфиденциальности.**

Во-первых, это установление порядка оформления и переоформления допуска лиц к коммерческим секретам. Этот порядок на практике получил название разрешительной системы и конкретизируется применительно к условиям деятельности той или иной организации. Службы безопасности тесно взаимодействуют с кадровыми подразделениями организаций, однако прямых норм закона в части требований подбора лиц, которые могут быть допущены к коммерческим секретам, не существует. Субъективный подход, касающийся допуска граждан к КЗИ, порой ущемляет их права и гарантии.

Во-вторых, это установление, поддержание и совершенствование порядка ведения конфиденциального делопроизводства. Объем проводимой на этом направлении работы зависит от двух основных обстоятельств: 1) степени конфиденциальности находящихся в обращении документов с грифом «Коммерческая тайна»; 2) количества таких документов, составляющих ежегодный документооборот. Определенное влияние на характер работы по обеспечению режима конфиденциальности на данном направлении оказывают материально-технические условия, в которых осуществляется делопроизводство (состояние и оборудование режимных помещений техническими средствами защиты, наличие ЭВМ, оргтехники, множительной техники и т.д.).

В-третьих, организация защиты конфиденциальной информации в период создания и использования информационных систем. В условиях информатизации научного, производственного и торгового процессов, в том числе в области оборонного промышленного производства это направление по обеспечению режима конфиденциальности приобретает первостепенное значение как по характеру решаемых задач, так и по насыщенности современными техническими средствами защиты. Особенности технологии вычислительных и автоматизированных систем не позволяют органи-

зывать надежное перекрытие возможных каналов утечки КЗИ. Поэтому защита КЗИ осуществляется с помощью программных, технических и других мер.

В-четвертых, организация внутриобъектового и пропускного режима на предприятиях, поддержание надежной охраны режимных объектов и изделий в процессе их изготовления и транспортировки. Особенность этого направления состоит в том, что режим конфиденциальности обеспечивается во взаимодействии с органами МВД России и соответствующих транспортных организаций.

В-пятых, установление порядка обращения с коммерческими секретами в процессе осуществления международных экономических, торговых, научно-технических и иных связей, а также связей с внутренними контрагентами. Учитывая, что за последние годы в мире произошли существенные изменения в практике воздействия на Россию в процессе установления и осуществления международных контактов⁴, есть необходимость в уточнении режима конфиденциальности в отдельных нормативных правовых актах, регулирующих отношения при решении задач экспорта-импорта товаров и научно-технического сотрудничества. Кроме того, должны быть приняты меры на уровне организаций по приведению режима конфиденциальности в соответствие с современной обстановкой. К сожалению, в Законе о коммерческой тайне отсутствуют какие-либо положения, регулирующие вопросы сохранения коммерческих секретов при взаимоотношениях с иностранными фирмами.

Говоря **о совершенствовании системы защиты коммерчески значимой информации**, следует иметь в виду следующее.

Модернизация системы защиты конфиденциальной информации в России осуществляется в условиях перехода страны к инновационной экономике. Учитывая это обстоятельство, можно сформулировать ряд основных требований, предъявляемых к системе защиты КЗИ.

Во-первых, система должна стремиться в своем развитии к обеспечению минимального ущерба. Это подразумевает надежную защиту КЗИ от ее разглашения и утечки к конкурентам, с одной стороны, и реализацию мер, предусматривающих защиту научно-технической информации от необоснованного засекречивания, с другой стороны. Представляется, что в этом случае причинение экономического ущерба другим организациям и целым отраслям производства по своим размерам может быть значительно выше, чем при утечке КЗИ.

Во-вторых, система защиты КЗИ должна быть экономически обоснованной. Иными словами, допустимый ущерб от утечки закрытой или не-

⁴ См.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (утверждена Указом Президента РФ № 646 от 5 декабря 2016 г.) URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/5.html> (дата обращения: 10.12.2016).

обоснованно засекреченной информации должен быть значительно меньше материальных затрат, направляемых на создание и эксплуатацию системы защиты конфиденциальной информации.

В-третьих, при построении системы режимных мер следует учитывать, что конкурентная разведка обеспечивает аналитической информацией свою фирму об «угрозах», исходящих от конкурентов, и возможностях использования научно-технических достижений при создании и модернизации конкурентоспособных товаров.

В-четвертых, система должна быть гибкой, динамичной, то есть своевременно учитывать влияние политических и экономических изменений в мире на развитие экономики нашей страны.

Библиографический список

1. Борисов М.А. Основы организационно-правовой защиты информации : учебное пособие / М.А. Борисов, О.А. Романов. М. : Книжный дом «Либроком»/URSS, 2012.

2. Введение в информационную безопасность : учебное пособие для вузов / А.А. Малюк, В.С. Горбатов, В.И. Королев и др.; под ред. В.С. Горбатова. М. : Горячая линия — Телеком, 2011.

3. Нашинец-Наумова А.Ю. Информационно-правовые аспекты обеспечения безопасности предприятия / А.Ю. Нашинец-Наумова // Информационное право. 2015. № 4. СПС «КонсультантПлюс».

4. Организационно-правовое обеспечение информационной безопасности : учебное пособие / А.А. Стрельцов, В.С. Горбатов, Т.А. Кондратьева и др.; под общ. ред. А.А. Стрельцова. М. : Издательский центр «Академия», 2008.

5. Организационное и правовое обеспечение информационной безопасности: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / под ред. Т.А. Поляковой, А.А. Стрельцова. М.: Издательство «Юрайт», 2016.

6. Полякова Т.В. Проблемы правового обеспечения доступа к информации / Т.В. Полякова // Бизнес и безопасность в России. 2004. № 38.

7. Северин В.А. Коммерческая тайна в России. 2-е изд. / В.А. Северин. М.: ИКД «Зерцало-М», 2009.

8. Северин В.А. Допуск к информации в коммерческих организациях / В.А. Северин // Законодательство. Право для бизнеса. № 10. 2012. С. 21–26.

9. Северин В.А. Присоединение России к ВТО и защита коммерческой тайны / В.А. Северин // Коммерческое право. 2013. № 1(12). С. 20–28.

10. Степанов Е.А. Информационная безопасность и защита информации / Е.А. Степанов, И.К. Корнеев. М., 2001.

11. Шаваев А.Г. Безопасность корпораций (криминологические, уголовно-правовые и организационные проблемы) / А.Г. Шаваев. М., 1998.

Калачев Ярослав Валерьевич,
аспирант юридического факультета
ФГБОУ ВПО «Ульяновский государственный университет»,
юрисконсульт ООО «Центр прав заемщиков»
Kalachev.ya@yandex.ru

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА

С 1 января 2014 г. Федеральный закон РФ от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» установил обязанность заказчика по государственному контракту требовать от участника закупки обеспечения исполнения контракта. В данной статье рассматриваются особенности предоставления обеспечения исполнения контракта.

Ключевые слова: гражданское право, обеспечение исполнения контракта, контрактная система, государственные закупки.

Kalachev Yaroslav Valerievich,
Post-graduate student of the Ulyanovsk state university,
lawyer, LLC «Center of protection of the rights of debtors»,
kalachev.ya@yandex.ru

PROCEDURES TO ENFORCE A CONTRACT

From the 1st of January, 2014, the Federal law of the Russian Federation from the 5th April 2013 № 44-FZ «On contract system in the procurement of goods, works, services for state and municipal needs» has established the obligation of the customer under a government contract to require the party purchasing the security for the performance of the contract. This article discusses the features of the collateral contract.

Key words: civil law, enforcement of contract, the contract system, public procurement.

Обеспечение исполнения обязательств по контракту является одним из ключевых его условий, позволяющих обезопасить заказчика от недобросовестности поставщика (подрядчика, исполнителя).

Условие об обеспечении исполнения контракта в соответствии с нормами действующего законодательства РФ подлежит включению в проект

контракта, заключение которого планируется по итогам проведенной закупки (за исключением случаев проведения запроса котировок и запроса предложений, по итогам которых заказчик вправе не устанавливать требование о предоставлении обеспечения исполнения контракта)¹. В противном случае контракт запрещено заключать без предоставления победителем закупки (единственным участником) обеспечения его исполнения.

Контракт окончательно подписывается сторонами только после подтверждения потенциальным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) документов о предоставлении (наличии) обеспечения и проверки заказчиком данного факта со своей стороны.

Анализируя ч. 4 и 5 ст. 96 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ, можно сделать вывод, что участник закупки, объявленный заказчиком победителем, в обязательном порядке предоставляет заказчику обеспечение исполнения контракта, заключаемого по результатам такой закупки в установленный срок. В случае если потенциальным контрагентом обеспечение исполнения контракта не предоставлено, такой участник признается уклонившимся от заключения контракта².

Обеспечение исполнения контракта должно быть предоставлено участником закупки в срок, предусмотренный для заключения контракта. Так, по результатам проведения открытого конкурса он составляет десять дней, исчисляемых со дня публикации в единой информационной сети итогового протокола рассмотрения и оценки заявок на участие в конкурсе. При заключении контракта по итогам проведения закупки путем проведения закрытого конкурса срок также составляет десять календарных дней, однако он уже исчисляется не со дня публикации протокола, а со дня его подписания. Данные положения установлены ч. 3 ст. 54 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ.

В случае проведения закупки способом электронного аукциона срок для заключения контракта, а следовательно, и для предоставления обеспечения его исполнения, составляет пять рабочих дней минимум и двадцать дней — максимум. Исчисление их начинается со дня размещения заказчиком проекта такого контракта в единой информационной системе, а до ее создания — на официальном сайте закупок в сети Интернет, что предусмотрено ч. 3 ст. 70 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ.

Если планируется заключение контракта по итогам проведения запроса котировок, то в таком случае срок устанавливается самим заказчиком изначально в извещении о проведении соответствующей закупки товаров, работ, услуг. Однако он не может превышать двадцать календарных дней с момен-

¹ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» № 44-ФЗ // Российская газета. 2013. 12 апреля. № 80.

² Решение Комиссии Тамбовского УФАС России от 30 октября 2014 г. № РНП-68-58/14 // ИС Правовые акты ФАС России. 2014.

та подписания итогового протокола по рассмотрению котировочных заявок.

Таким образом, после объявления участника победителем закупки и его намерения заключить контракт на поставку товаров (выполнение работ или оказание услуг) с соответствующим заказчиком первоочередной задачей такого участника является предоставление заказчику обеспечения исполнения контракта. С целью реализации данной задачи участнику необходимо выбрать один из предусмотренных способов такого обеспечения (внесение денежных средств или банковская гарантия) и осуществить действия, направленные на его реализацию (оформление платежного поручения на перечисление денежных средств или получение банковской гарантии соответствующего банка).

При этом выбор в пользу того или иного способа обеспечения исполнения контракта зависит исключительно от самого победителя закупки, а заказчику остается только проверить предоставленное обеспечение на предмет его соответствия действующему законодательству РФ и закупочной документации.

Внесение участником денежных средств в качестве обеспечения исполнения контракта на счет заказчика, как правило, осуществляется путем оформления соответствующего платежного поручения о перечислении требуемой суммы. Порядок заполнения такого платежного поручения практически не отличается от порядка оформления прочих платежных поручений, которые установлены гл. 5 Положения от 19 июня 2012 г. № 383-П «О правилах осуществления перевода денежных средств»³. Единственным нюансом, на который стоит обратить внимание при оформлении платежного поручения о перечислении участником денежных средств, является необходимость указания в поле «назначение платежа» информации о внесении именно обеспечения исполнения контракта, а также сведений для определения конкретной закупки.

Другим способом обеспечения исполнения контракта является оформление банковской гарантии, являющейся разновидностью независимой гарантии, правовой статус которой урегулирован гл. 23 ГК РФ. Кроме того, требования к форме банковской гарантии утверждены постановлением Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. № 1005 «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁴. Согласно этому постановлению банковская гарантия

³ Положение Банка России от 19 июня 2012 г. «О правилах осуществления перевода денежных средств» № 383-П // Вестник Банка России. 2012. 28 июня. № 34.

⁴ Постановление Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. «О банковских гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» № 1005 // СЗ РФ. 2013. № 46. Ст. 5947.

оформляется в письменной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа.

Предоставление банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта является более приемлемым вариантом для участника в части ответственности, однако и более проблематичным в плане подготовки необходимых документов и непосредственно ее получения. При этом законодательство РФ предусматривает ряд условий и ограничений, имеющих место в правоотношениях, связанных с банковскими гарантиями в области государственных и муниципальных закупок, то есть банковская гарантия куда удобнее для обеих сторон контракта, но получить ее куда сложнее, чем перечислить обеспечение ввиду большего количества различных требований к документам и ограничений при ее оформлении.

Более того, участник закупки обязан предоставлять банковскую гарантию, включенную в реестр банковских гарантий, а банк — предоставлять принципалу выписку из указанного реестра (ч. 8 ст. 45 и ч. 1.1 ст. 114 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ).

Обеспечение исполнения контракта не применяется в случае:

- 1) заключения контракта с участником закупки, который является государственным или муниципальным казенным учреждением;
- 2) осуществления закупки услуги по предоставлению кредита;
- 3) заключения бюджетным учреждением контракта, предметом которого является выдача банковской гарантии.

Такое обеспечение необходимо проверить на предмет соответствия требованиям законодательства РФ, документации о закупке, проекту контракта. Если в качестве обеспечения предоставлена банковская гарантия, то заказчик должен рассмотреть ее в течение не более чем трех рабочих дней с даты поступления (ч. 5 ст. 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ). Проверка поступившей от участника закупки банковской гарантии происходит по следующим критериям:

- 1) банк, выдавший банковскую гарантию, включен в перечень банков, отвечающих установленным требованиям для принятия банковских гарантий в целях налогообложения, который ведется Минфином РФ;
- 2) сведения о банковской гарантии содержатся в реестре банковских гарантий;
- 3) в предоставленной гарантии отсутствует условие о том, что заказчик должен представить банку копии судебных актов, подтверждающих неисполнение обязательств, которые обеспечиваются гарантией;
- 4) банковская гарантия содержит условие о безотзывности, сведения о сумме гарантии и другие обязательные условия и сведения, предусмотренные ч. 2, 3 ст. 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ.

Если банковская гарантия не соответствует хотя бы одному из указанных требований, заказчик не принимает такую гарантию в качестве обеспечения

(ч. 6 ст. 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ). Об отказе в принятии банковской гарантии заказчик обязан проинформировать участника закупки в письменной форме или в форме электронного документа в срок, не превышающий трех рабочих дней с даты ее поступления (ч. 7 ст. 45 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ).

При предоставлении обеспечения в виде внесения на указанный заказчиком счет денежных средств в полном размере необходимо проверить факт поступления денежных средств в полном размере на счет, указанный в документации о закупке, проекте контракта.

Таким образом, своевременное предоставление обеспечения исполнения контракта обеспечит выполнение основного обязательства и обязательства, возникшего вследствие неисполнения (ненадлежащего исполнения) основного обязательства поставщика (подрядчика, исполнителя) перед заказчиком.

Библиографический список

1. Мельников В.В. Применение банковской гарантии как инструмента обеспечения участия в процедурах государственных закупок / В.В. Мельников // *Journal of Economic Regulation (Вопросы регулирования экономики)*. 2014. № 3. С. 116–123.

2. Пахомова Л.М. Банковская гарантия как способ обеспечения заявок и обеспечения исполнения государственных и муниципальных контрактов в системе контрактных отношений / Л.М. Пахомова // *Journal of Economic Regulation (Вопросы регулирования экономики)*. 2015. № 4. С. 97–111.

Харитоновна Юлия Сергеевна,
профессор кафедры гражданского и предпринимательского права
Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России),
доктор юридических наук, профессор

ЗАЩИТА ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ ПУТЕМ ЗАПРЕТА КОПИРОВАНИЯ ФИРМЕННОГО СТИЛЯ

С введением в законодательство запрета на новую форму недобросовестной конкуренции, выражающуюся в копировании или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом — конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом, на практике возникают вопросы о том, каковы критерии отделения фирменного стиля субъекта от иных объектов интеллектуальной собственности. В статье выделены основания и принципы применения п. 2 ст. 14.6. Закона о защите конкуренции на основании анализа законодательства и правоприменительной практики.

Ключевые слова: фирменный стиль, недобросовестная конкуренция, защита прав на средства индивидуализации, интеллектуальная собственность.

Kharitonova Yulia Sergeyevna,
professor of the Department of civil and entrepreneurial law
of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of Russian Federation,
Doctor in Law, professor

PROTECTION FROM THE UNFAIR COMPETITION BY BANNING OF COPYING THE APPEARANCE OF THE PRODUCT

With the introduction of the legislative ban on a new form of unfair competition, manifesting itself in the reproduction or imitation appearance of the product introduced into commercial turnover by the economic entity-competitor of the package of such product, its label, name, color, corporate identity in general, in practice, the questions arises: what are the criteria separating the corporate identity of the subject from other objects of intellectual property. The article highlights the grounds and principles of the application of paragraph 2 of article 14.6 of the Competition protection act with the consideration of analysis of legislation and law enforcement practice.

Key words: corporate identity, unfair competition, protection of rights on means of individualization, intellectual property.

С введением в действие так называемого четвертого антимонопольного пакета в российском законодательстве появилась норма ст. 14.6 Закона о защите конкуренции¹, согласно которой недобросовестной конкуренцией признается копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом — конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта — конкурента и (или) его товар.

Данный подход к ограничению недобросовестной конкуренции сложился в зарубежном законодательстве и практике. Так, в работе А. Хронополуса отмечается, что с момента появления правовой охраны средств индивидуализации этот институт применяется в целях правовой охраны интересов хозяйствующих субъектов как составная часть законодательства о защите от недобросовестной конкуренции². Сходную правовую позицию встречаем в работах английских ученых и практикующих юристов Т. Харта, Л. Фазани и С. Кларка³.

Как отмечает В.И. Еременко⁴, это самая распространенная форма недобросовестной конкуренции в мировой практике. Она обозначена также в ст. 10 bis(3)1 Парижской конвенции⁵ и ст. 2 Типовых положениях о защите от недобросовестной конкуренции ВОИС (Типовые положения ВОИС)⁶. В п. 2 ст. 2 Типовых положений ВОИС изложен примерный перечень объектов, в отношении которых может быть создано смешение: зарегистрированный или незарегистрированный товарный знак; фирменное наименование; различительный знак предприятия, иной, нежели товарный знак или фирменное наименование (например, символ, эмблема, логотип, девиз); внешний вид продукта; презентация продуктов или услуг; знаменитость или хорошо известный вымышленный герой.

Одним из первых заметных случаев применения положений ст. 14.6 Закона о защите конкуренции стало дело компании «МТС», которая неза-

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» № 135-ФЗ // Российская газета. 2006. 27 июля. № 162.

² См.: Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере интеллектуальных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности. М., 2014.

³ Там же. Цит. по: Hart T., Fazzani L., Clark S. Intellectual Property Law. Hampshire, 2009. P. 133.

⁴ Еременко В.И. Вопросы недобросовестной конкуренции в рамках «четвертого антимонопольного пакета» // Конкурентное право. 2016. № 1. С. 3–12.

⁵ Конвенция по охране промышленной собственности» (заключена в Париже 20 марта 1883 г.).

⁶ Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции (далее — Типовые положения), подготовленные в феврале 1996 года Международным бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС) // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/intproperty/832/wipo_pub_832.pdf. (дата обращения: 15.10.2016).

конно использовала фирменный стиль компании «Мегафон». 25 июля 2016 года ФАС России признала действия ПАО «МТС» на товарном рынке подвижной радиотелефонной связи Российской Федерации нарушением требований пункта 2 статьи 14.6 ФЗ «О защите конкуренции». Это связано с тем, что ПАО «МТС» незаконно ввело в гражданский оборот на территории Российской Федерации стартовые комплекты и сим-карты тарифа «Свободный» с использованием в их оформлении элементов фирменного стиля ПАО «МегаФон», в том числе цветовой гаммы товара, реализуемого ПАО «МегаФон»⁷.

Как подчеркивал С.А. Пузыревский⁸ еще на стадии обсуждения законопроекта, для защиты прав хозяйствующих субъектов на современном этапе требовалось детальное описание видов недобросовестной конкуренции, связанной с неправомерным приобретением и использованием интеллектуальных прав, в том числе действия по незаконному использованию средств индивидуализации конкурента, влекущие угрозу смешения товаров на рынке, недобросовестное использование известности чужого бренда для продвижения товаров, а также промышленных достижений (патентов и секретов производства конкурента) для получения необоснованных преимуществ в предпринимательской деятельности.

Другие примеры защиты прав хозяйствующих субъектов на фирменный стиль встречаются и в судебной практике. Так, в одном из споров о противопоставлении фирменного стиля упаковки зарегистрированным средствам индивидуализации суды обратили внимание на следующие обстоятельства⁹. Истец и ответчик являлись конкурентами на товарном рынке молочных продуктов. Ответчиком был введен в оборот товар с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации продукции, а именно молочной продукции с наименованием «ZAVTRA», что выразилось в использовании графического решения фирменного стиля упаковки молочной продукции «ZAVTRA», сходного до степени смешения с внешним видом упаковки товаров истца. Данные действия, нарушавшие стиль оформления упаковки товара, были признаны актом недобросовестной конкуренции. Судом было принято во внимание, что спорное графическое изображение «ZAVTRA» на упаковке молочной продукции используется истцом на основании договора с более раннего периода времени, чем ответчиком. Также правовые последствия для ответчика были связаны с тем, что при сопоставлении стиля оформления упаковки и средства индивидуализации молочной продукции двух конкурентов создавалась большая вероятность смешения обозначен-

⁷ URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=46514> (дата обращения: 15.10.2016).

⁸ Пузыревский С.А. Развитие антимонопольного законодательства в рамках четвертого антимонопольного пакета // Юрист. 2015. № 17. С. 19–29.

⁹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 1 октября 2012 г. № Ф03-4016/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

ний в сознании потребителя, которая позволяла последним предположить, что между юридическими лицами, их использующими, имеется определенная связь либо они являются одним и тем же лицом. Поскольку в деле имелись доказательства, подтверждающие факт получения ответчиком дохода в результате совершения действий, недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством, оно было привлечено к ответственности в довольно крупном размере.

Однако, несмотря на имевшие место попытки защитить право компаний на фирменный стиль, введение прямого запрета на подобную форму недобросовестной конкуренции в п. 2 ст. 14.6 Закона о защите конкуренции можно назвать революцией. Ведь до сих пор защитить фирменный стиль как объект прав было весьма затруднительно. В действующей редакции Закона о защите конкуренции в главе 2.1 установили запреты на недобросовестную конкуренцию в семи формах:

- дискредитация;
- введение в заблуждение;
- некорректное сравнение;
- приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг;
- незаконное использование результатов интеллектуальной деятельности;
- создание смешения;
- незаконное получение, использование или разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну.

Таким образом, нарушение прав на фирменный стиль теперь не сводится к нарушению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. В то же время согласно п. 2 ст. 14.6 Закона о конкуренции не допускается копирование или имитация внешнего вида товара. По мнению В.И. Еременко, в данном случае мы видим свидетельство возврата упущенной в 1995 году возможности запрета на недобросовестное использование чужих промышленных образцов. Автор обоснованно полагает, что это правильное решение законодателя, которое следует приветствовать. В то же время правовая охрана внешней формы товара нормами законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции в определенных случаях может быть косвенным продолжением монополии на объекты промышленной собственности. Такая охрана широко распространена в ряде стран (например, в Италии, Франции)¹⁰.

С точки зрения маркетинга, где и используется чаще всего это понятие как составляющая проектной, рекламной и маркетинговой культуры, фирменный стиль (corporate identity) рассматривается как единство элементов стиля, идентифицирующих принадлежность всего, на чем размещаются эти

¹⁰ Еременко В.И. Указ соч. С. 9.

элементы (товары, средства коммуникации, коммуникационные сообщения), к конкретной фирме и отличающих ее от конкурентов¹¹. Фирменный стиль является одним из ведущих средств формирования имиджа. Важными являются визуальные средства — дизайнерские приемы формирования имиджа, включая создание упаковки, оформление витрин, офисов, выставок, разработку макетов рекламных сообщений и т.п. К основным элементам фирменного стиля обычно относят: логотип, графический товарный знак, корпоративную форму одежды, цветовую гамму (цвета, которые в сочетании с формой товарного знака создают запоминающийся образ), фирменный шрифт, схему верстки и т.д. Все это позволяет воспринимать фирменный стиль как оболочку, «внешние данные» компании (включая экранную продукцию (презентации, телевизионную рекламу), сувенирную продукцию (кружки, ручки, зажигалки и пр.) и интерьеры (оформление выставочных стендов, торговых площадей, офисов компаний)¹².

Как видим, в понятие фирменного стиля включаются самые разные элементы, которые с точки зрения права не являются однородными по своему правовому режиму. Зачастую при охране элементов стиля компании речь могла идти о защите исключительных прав на охраняемые объекты интеллектуальной собственности. При этом стиль, как правило, складывался из таких объектов, как руководство по фирменному стилю (объект авторского права), формы товара, дизайна этикеток (промышленные образцы как объекты патентного права), средств индивидуализации (товарных знаков и коммерческих обозначений). Однако за пределами данной классификации нередко оставались логотипы, слоганы, эмблемы, оформление буклетов и сайтов, которые не были зарегистрированы обладателями субъективных прав на фирменный стиль или не соответствовали критериям охраноспособности, предъявляемым к соответствующим объектам права интеллектуальной собственности сами по себе. Введение защиты фирменного стиля в целом позволяет решить данную проблему — оценке будет подлежать общее впечатление в целом, а не отдельные элементы стиля.

Так, в ходе рассмотрения одного из споров судом было выявлено, что ИП Гаврилов П.Н. использует в целях продвижения аналогических товаров, работ, услуг через сеть салонов оптики «Очкарикофф» сходные до степени смешения с фирменным стилем ИП Михайлова А.В. элементы (фирменные цвета, шрифты (рекламные модули и т.д.). Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике — Чувашии предприниматель Гаврилов П.Н. был признан нарушившим п. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции, что и поддержал суд¹³.

¹¹ См., например: Счетчиков И.Е. Эволюция фирменного стиля в проектной культуре XX века : автореф. дис. ... канд. техн. наук. М., 2005.

¹² См.: Каниюков Н.В. Разработка метода создания цветовой схемы в руководствах по фирменному стилю : автореф. дис. ... канд. техн. наук. СПб., 2009.

¹³ Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 13 августа 2014 г. по делу № А79-8798/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

Как подчеркивается в литературе, в зарубежной практике механизмы правовой защиты от возникновения смешения очень широки и распространяются не только на зарегистрированный товарный знак, но и на деловую репутацию в целом, включая наименования товаров или услуг, методы ведения бизнеса, внешнее оформление товара или маркетинговый стиль¹⁴.

На наш взгляд, в рассматриваемом контексте допустимо говорить о фирменном стиле как объекте субъективного права хозяйствующего субъекта, включающем в себя всю совокупность отличительных элементов дизайна оформления его облика на рынке.

Вслед за сложившейся российской и зарубежной практикой при формулировании положений ст. 14.6 Закона о защите конкуренции законодатель опирался на понятие «сходства до степени смешения», которое наиболее подробно разработано применительно к таким средствам индивидуализации, как товарные знаки и фирменные наименования. Согласно закону данная форма недобросовестной конкуренции выражается в действиях (бездействии), способных вызвать смешение с деятельностью конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми им в гражданский оборот. А подобные нарушения чаще всего связаны именно с незаконным использованием обозначения, тождественного товарному знаку или фирменному наименованию конкурента.

Сходство до степени смешения предполагает ситуацию, когда между двумя средствами индивидуализации товаров или услуг различных производителей имеется такая степень сходства, при которой потребители путают эти товары или услуги между собой либо считают их элементами одной линейки торговых марок, т.е. функция товарного знака по гарантированию источника происхождения маркированной им продукции не выполняется должным образом¹⁵.

Закон о защите конкуренции специально выделяет в качестве одного из примеров недобросовестной конкуренции путем смешения именно незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта — конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, включая

¹⁴ См.: Hart T., Fazzani L., Clark S. Op. cit. P. 133. Цит. по: Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности. М., 2014.

¹⁵ Никулина В.С. Правовая защита товарного знака и борьба с недобросовестной конкуренцией. М. : Статут, 2015. С. 196.

размещение в доменном имени и при других способах адресации (п. 1 ст. 14.6 Закона).

С двухтысячных годов стала складываться практика, когда суды должны были при определении сходства средств индивидуализации конкурентов учитывать три группы критериев: 1) различительную способность (силу) обозначения правообладателя (истца); 2) сходство обозначения истца и ответчика до степени смешения и 3) однородность товаров и услуг истца и ответчика, которые предлагаются под спорными обозначениями¹⁶.

Кроме того, при рассмотрении прецедентного спора о защите прав на товарный знак «НЕВСКОЕ» суды посчитали смешением не только ситуацию регистрации похожих обозначений для одного товарного класса, но и учли условия сбыта (совместная продажа пива и пивных закусок) и общий для них круг потребителей, что свидетельствует об однородности сравниваемых товаров¹⁷.

Согласно законодательству сегодня возможна реальная защита от сходства до этой степени со стороны конкурентов в отношении как маркировки продукции, так и иных обозначений, возможно, и в отношении упаковки, вывесок и т.д. Таким образом, понятие сходства до степени смешения применяется в делах не только о товарных знаках, но и о недобросовестной конкуренции, доменных спорах и др.

Представляется целесообразным, как и при смешении товарных знаков, при анализе смешения фирменного стиля конкурентов учитывать и случаи, когда потребитель понимает, что речь идет не об одном и том же фирменном стиле, но полагает, что оба стиля принадлежат одному хозяйствующему субъекту. Такой вывод также опирается на положения п. 47 Правил подачи заявки на регистрацию товарного знака¹⁸. В названном нормативном акте подчеркнута, что при регистрации товарного знака учитывается тот факт, что чужое или сходное наименование или сходное с ним до степени смешения обозначение может быть включено как неохранный элемент в товарный знак, регистрируемый на имя лица, имеющего исключительное право

¹⁶ Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 2979/06 по делу № А40-63533/04-67-642 и от 18 июля 2006 г. № 3691/06 по делу № А40-10573/04-5-92 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 18.07.2006 № 2979/06 по делу № А40-63533/2004.

¹⁸ Приказ Минэкономразвития России от 20.07.2015 № 482 «Об утверждении Правил составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков, Требований к документам, содержащимся в заявке на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака, и прилагаемым к ней документам и их форм, Порядка преобразования заявки на государственную регистрацию коллективного знака в заявку на государственную регистрацию товарного знака, знака обслуживания и наоборот, Перечня сведений, указываемых в форме свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), форме свидетельства на коллективный знак, формы свидетельства на товарный знак (знак обслуживания), формы свидетельства на коллективный знак».

на такое наименование, при условии, что регистрация товарного знака осуществляется в отношении тех же товаров, для индивидуализации которых зарегистрировано наименование места происхождения товара.

Обратим внимание, что для признания сходства товарных знаков достаточно уже самой опасности смешения товарных знаков, а не их реального смешения в глазах потребителя. Об опасности смешения свидетельствуют имеющиеся в материалах дела данные социологических опросов¹⁹.

Действия хозяйствующих субъектов, названные в ст. 14.1–14.7 Закона о защите конкуренции, признаются недобросовестной конкуренцией при следующих условиях:

- они направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;

- действия противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

- они причинили или могут причинить убытки другим конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации;

- их совершает хозяйствующий субъект либо группа лиц (в том числе коммерческие и некоммерческие организации, предприниматели, граждане, не зарегистрированные как предприниматели, но ведущие профессиональную деятельность). При рассмотрении требований о пресечении недобросовестной конкуренции правоприменительные органы учитывают несоответствие таких действий принципам добропорядочности, разумности и справедливости. Поэтому суды их признают незаконными.

В антимонопольной практике данные принципы получили свое раскрытие: предлагается определять, были ли совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав (соблюден ли гражданско-правовой принцип добросовестности), либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения (соблюден ли гражданско-правовой принцип разумности) или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав (соблюден ли гражданско-правовой принцип справедливости)²⁰.

Как отмечает Д.А. Петров, применительно к понятию недобросовестной конкуренции категориям добропорядочность, разумность и справедливость можно дать следующее толкование:

¹⁹ Постановления Суда по интеллектуальным правам от 26 августа 2014 г. № С01-726/2014 по делу № А40-56973/2013, от 17 января 2014 г. № С01-356/2013 по делу № А40-167185/2012, Суда по интеллектуальным правам от 23 декабря 2013 г. № С01-318/2013 по делу № А40-8284/2013 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См., например: пункт 4 постановления Пленума ВАС России от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // СПС «КонсультантПлюс».

— добросовестность (добропорядочность) — критерий, позволяющий установить, осуществлено ли рассматриваемое поведение в допустимых пределах осуществления гражданских прав; выход за допустимые пределы будет рассматриваться в качестве недобросовестного (недобропорядочного);

— разумность — критерий, позволяющий установить соответствие поведения определенного хозяйствующего субъекта деперсонализированным стандартам ожидаемого поведения любого участника гражданского оборота; очевидное отклонение поведения такого участника будет свидетельствовать о неразумности;

— справедливость — критерий, означающий наличие равных возможностей для участия в гражданском обороте; несправедливость будет выражаться в создании необоснованных условий реализации контрагентами своих гражданских прав²¹.

Как представляется, эти же самые критерии должны быть учтены при защите субъективных прав хозяйствующих субъектов на фирменный стиль.

Таким образом, для привлечения к ответственности за недобросовестную конкуренцию в форме смешения фирменных стилей конкурентов следует установить следующие обстоятельства:

— фирменный стиль обладает различительной способностью в восприятии потребителя;

— существует большая вероятность смешения основных обозначений, составляющих фирменный стиль, либо всего стиля в целом в сознании потребителя, которая позволяла последним предположить, что между юридическими лицами, их использующими, имеется определенная связь либо они являются одним и тем же лицом (включая случаи, когда потребитель понимает, что речь идет не об одном и том же фирменном стиле, но полагает, что оба стиля принадлежат одному хозяйствующему субъекту);

— обладатели схожих фирменных стилей являются конкурентами на товарном рынке, поскольку имеется однородность товаров и услуг истца и ответчика, которые предлагаются под спорными обозначениями или оформлены и реализуются в соответствующем стиле (включая и общий для них круг потребителей дополняющих друг друга товаров и услуг, хотя и не признаваемых однородными по международной классификации).

Библиографический список

1. Hart T. Intellectual Property Law / T. Hart, L. Fazzani, S. Clark. Hampshire, 2009.

²¹ Петров Д.А. Недобросовестная конкуренция: понятие и признаки // Конкурентное право. 2015. № 4. С. 34–36.

2. Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере интеллектуальных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности / Д.А. Гаврилов. М., 2014.

3. Еременко В.И. Вопросы недобросовестной конкуренции в рамках «четвертого антимонопольного пакета» / В.И. Еременко // Конкурентное право. 2016. № 1. С. 3–12.

4. Канюков Н.В. Разработка метода создания цветовой схемы в руководствах по фирменному стилю : автореф. дис. ... канд. техн. наук / Н.В. Канюков. СПб., 2009.

5. Никулина В.С. Правовая защита товарного знака и борьба с недобросовестной конкуренцией / В.С. Никулина. М. : Статут, 2015.

6. Пузыревский С.А. Развитие антимонопольного законодательства в рамках четвертого антимонопольного пакета / С.А. Пузыревский // Юрист. 2015. № 17. С. 19–29.

7. Счетчиков И.Е. Эволюция фирменного стиля в проектной культуре XX века : автореф. дис. ... канд. техн. наук / И.Е. Счетчиков. М., 2005.

Демиева Айнур Габдульбаровна,
доцент кафедры гражданского и предпринимательского права
Казанского (Приволжского) федерального университета
ademieva@bk.ru

КОНКУРЕНЦИЯ КАК СТИМУЛ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья посвящена анализу правовой основы конкуренции как основополагающей категории рыночной экономики. Автором выделяется ряд особенностей анализируемого понятия, в числе которых определение того, что для конкуренции как стимула предпринимательской активности характерно сочетание частного и публично-го интересов. Делается вывод о том, что наиболее ярко стимулирующий эффект конкуренции проявляется в рамках частноправового регулирования, основу которого составляет отражающий суть анализируемого понятия принцип свободы договора.

Ключевые слова: **конкуренция, стимул предпринимательской деятельности, свобода договора, частный и публичный интерес.**

Demieva Ainur Gabdulbarovna,
Associate professor of the Department of civil and entrepreneurial law
of the Kazan (Privolzhsky) State University
ademieva@bk.ru

COMPETITION AS AN INCENTIVE OF BUSINESS ACTIVITY

The article is devoted to the analysis of a legal basis of the competition, as a fundamental category of the market economy. The competition as a key incentive of the business activity has been discussed. The features of the analyzed concept are described. Particularly, the combination of the private and public interests in the competition has been established. It is concluded that the most stimulating effect of the competition shows itself in the context of the civil regulation, which is based on the principle of freedom of the contract describing the competition essence.

Key words: **competition, incentive of the business activity, freedom of the contract, private and public interests.**

Конкуренция является одним из основополагающих условий функционирования рыночной экономики, основу которой составляет принцип соотношения спроса и предложения. В рамках реализации названного принципа производитель, стремящийся к получению большей прибыли, в условиях конкуренции должен произвести и продать как можно больше товаров и по более низкой цене, чем его конкуренты¹. Потребитель в свою очередь также формирует конкурентную среду, определяя спрос на определенный товар (работу, услугу). От спроса зависит количество поставщиков данного товара на рынке и его рыночная цена.

Встречаясь на рынке, каждая из сторон возникающего отношения стремится удовлетворить свой интерес: производитель — продать большее количество товара по более высокой цене; покупатель — купить более дешевый, но вместе с тем качественный товар. Таким образом, суть конкуренции сводится к пониманию ее как механизма, с одной стороны, направленного на достижение баланса интересов двух противопоставляемых друг другу участников рынка — предпринимателя и потребителя; с другой стороны — обуславливающего качественную составляющую того или иного рынка, определяющую, кем и какие товары, работы или услуги, и по какой цене будут представлены на нем.

Приведенные характеристики конкуренции позволяют нам говорить о ней как о стимулирующей предпринимателей к более качественному осуществлению предпринимательской деятельности, поскольку размер полученной прибыли ставится в прямую зависимость от качества товара и его цены², имеющих более выгодное для потребителя значение по сравнению с аналогичным предложением иных хозяйствующих субъектов. Близкая по содержанию точка зрения прослеживается у А.Г. Мокроносова, И.Н. Мавриной, которыми отмечается, что понятие конкуренции с точки зрения ценностно-сетевого подхода имеет следующее значение: это борьба за место в цепи создания ценностей, поскольку от этого зависит размер доли получаемой прибыли³. О стимулирующем эффекте конкуренции пишет А.Н. Варламова. Названным автором указывается, что «конкуренция понуждает предпринимателей к эффективным действиям на рынке, заставляя их предлагать потребителям более широкий ассортимент товаров и услуг по более низким

¹ См.: Экономическая теория. Изд. 13-е, перераб. и доп. / под ред. В.Д. Камаева. М. : ВЛАДОС, 2010. С. 38.

² Цена является важным фактором развития предпринимательского сектора. См., к примеру: Пугинский Б.И. Договорное регулирование цен на товары // Коммерческое право. Научно-практический журнал. 2012. Т. 10. № 1. С. 5–14 ; Андреева Л.В. Цена в торговом договоре // Там же. С. 15–20 ; Лебедев К.К. Правовое значение структуры договорной цены // Там же. С. 21–23 ; Илюшина М.Н. Проблемы цены и ценообразования в договорном регулировании // Там же. С. 31–39 ; Филиппова С.Ю., Кулаков В.В. Функции условия о цене в договоре // Там же. С. 40–45.

³ См.: Мокроносов А.Г., Маврина И.Н. Конкуренция и конкурентоспособность. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2014. С. 12.

ценам и лучшего качества»⁴. Рассматривая конкуренцию как стимул предпринимательской активности, мы можем выделить ряд присущих ей особенностей, в числе которых следующие.

Во-первых, основу любого стимула составляют потребности, к удовлетворению которых посредством совершения тех или иных действий стремятся участники возникающих отношений. Для механизма конкуренции свойственно переплетение публичных (общественных и государственных) и частных потребностей. В числе общественных потребностей, удовлетворение которых становится возможным при помощи конкурентного механизма, — создание рынка товаров, работ и услуг с наиболее оптимальным соотношением цены и качества. Основная потребность государства заключается в обеспечении бесперебойного функционирования рыночной экономики. Частные потребности есть потребности каждого индивидуального потребителя (купить более качественный товар по низкой цене) и производителя (извлечь максимальную прибыль при минимальных издержках).

Во-вторых, анализируемое понятие имеет многоаспектный характер, изучение которого находит отражение в различных областях знания, ключевыми из которых являются экономическая наука и право. В рамках исследований, проводимых в экономической науке, прослеживается ключевая мысль: конкуренция — есть основа рынка, стимул к осуществлению предпринимательской деятельности. Так, к примеру, В.Д. Камаев отмечает, что в рассматриваемом понятии воплощена мотивация экономического поведения людей в рыночной системе. «Рынок» и «конкуренцию» названный автор характеризует как «в значительной степени синонимы», указывая, что «одно без другого не существует»⁵. В.И. Бархатов, Г.П. Журавлева, А.В. Горшков говорят об анализируемой категории как одном из наиболее действенных механизмов «естественного отбора» в рыночной экономике⁶. И.П. Николаевой степень развития на том или ином рынке конкурентных отношений определяется как мощный фактор, диктующий общие условия функционирования данного рынка⁷. Не останавливаясь подробно на рассмотрении подходов к определению содержания понятия в экономике, согласимся с И. Кирцнером, указывающим, что «экономисты разработали множество разнообразных моделей, каждая из которых была маркирована той или иной этикеткой конкуренции»⁸. Из приведенного вывода следует, что вопрос конкуренции, являющейся основой экономики рыночного типа, так или иначе затрагивается при проведении исследований в различных сферах экономической действительности.

⁴ Варламова А.Н. Конкурентное право России. М. : Зерцало-М, 2009. С. 5.

⁵ Экономическая теория / под ред. В.Д. Камаева. С. 58.

⁶ См.: Экономическая теория / под ред. В.И. Бархатова, Г.П. Журавлевой. М. : Финансы и статистика, 2007. С. 326.

⁷ См.: Экономическая теория. Изд. 5-е, перераб. и доп. / под ред. И.П. Николаевой. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2013. С. 150.

⁸ Кирцнер И.М. Конкуренция и предпринимательство. М. : Социум, 2010. С. 8.

Легальная основа конкуренции заложена в нормах права. Этим определяется интерес к данной проблематике со стороны ученых-правоведов. Так, к примеру, К.А. Писенко, Б.Г. Бадмаевым, К.В. Казаряном была предпринята попытка обосновать позицию, в силу которой антимонопольное (конкурентное) право рассматривается как комплексная отрасль законодательства⁹. Мы не можем согласиться с точкой зрения названных авторов по причине погрешностей в ее обосновании. В частности, ими указывается, что антимонопольное (конкурентное) право имеет характерный предмет, объект, определенную сферу регулирования и круг субъектов регулирования. Вместе с тем в работе не дается четкая характеристика обозначенных элементов, позволяющих отграничить рассматриваемую общность норм от иных отраслей законодательства и позволяющих говорить о ней как об обособленной отрасли.

Таким образом, несмотря на то, что в современной юридической науке предпринимаются попытки выделить конкурентное право в самостоятельную отрасль законодательства, оно таковым не является ввиду необоснованности на теоретическом уровне наличия его отраслеобразующих признаков. Это означает, что регламентация правоотношений в сфере конкуренции осуществляется положениями законодательных актов, составляющих нормативную основу различных отраслей права, из чего вытекает третья характеристика конкуренции как механизма, стимулирующего предпринимательскую активность.

Итак, *в-третьих*, как было отмечено выше, создание правового поля для существования и развития конкуренции предполагает установление соответствующих положений в нормативных правовых актах. В данном аспекте рассматриваемая категория может быть охарактеризована следующим образом.

Основу базирующейся на принципе дозволенности рыночной экономики составляет гражданское законодательство. Из этого следует, что конкуренция как основной элемент экономики указанного типа также заложена в нормах ГК РФ. Мы видим законодательное закрепление рассматриваемого понятия в нормах ГК РФ в установлении законодателем в числе иных принципов гражданско-правового регулирования принципа свободы договора. Указанный принцип предполагает наделение сторон предпринимательских отношений правом свободного выбора контрагента по договору, вида договора, а также определения его условий.

В рамках реализации названного принципа потребитель законодательно наделен большим по сравнению с предпринимателем объемом прав. Его право выбора стороны по договору не может быть ограничено. Предоставленным ему неограниченным правом выбора потребитель стимулирует предпринимателя к заключению договора на наиболее выгодных для потребителя условиях, предполагающих удовлетворение его частных

⁹ См.: Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян К.В. Антимонопольное (конкурентное) право // СПС «КонсультантПлюс», 2014.

потребностей (купить более качественный товар по наименьшей цене). Предприниматель в свою очередь является фактически более сильной стороной возникающего отношения, поскольку он определяет окончательные условия заключаемого с потребителем договора, исходя из понесенных им издержек и ожидаемой прибыли. Для достижения баланса интересов сторон возникающего отношения предприниматель в определенных случаях законодательно ограничен в реализации своих прав, предоставленных ему содержанием рассматриваемого принципа (в данном случае речь идет о таких договорных конструкциях как публичный договор и договор присоединения).

Желание получить максимальную прибыль приводит к стремлению предпринимателей занять доминирующее положение на рынке и, как следствие этого, без учета конкуренции иметь возможность формировать цену на товары (работы, услуги). В данном случае затрагивается интерес государства, заключающийся в необходимости обеспечить нормальное функционирование рыночных методов хозяйствования. В связи с этим государство предпринимает меры, направленные на защиту конкуренции. Они находят отражение в законодательных актах, составляющих нормативную основу публичных отраслей права¹⁰, либо в источниках права, не являющихся отраслеобразующими, но в силу того, что они регулируют отношения по принципу «власть-подчинение», имеющих публично-правовую природу¹¹.

Наибольший стимулирующий эффект, по нашему мнению, присущ подходам, установленным в отраслях частного права. Это может быть обосновано их дозволительным началом, позволяющим учесть интересы, обусловленные потребностями каждого из участников рынка. Публичные отрасли права, устанавливающие определенные правила, направленные на регулирование конкуренции, обладают меньшим стимулирующим эффектом, поскольку положения составляющих их основу нормативных правовых актов, по большей части устанавливают запреты¹² в анализируемой сфере и наказания за совершение проступков¹³, связанных с нарушением соответствующего законодательства. При этом нормами публичных отраслей права не предлагается модель поведения участников рыночных отношений, позволяющая каждому из них достичь поставленных целей¹⁴.

¹⁰ См., к примеру: ст. 40 Водного кодекса Российской Федерации от 3 июня 2006 г. № 74-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2381 ; ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

¹¹ См., к примеру: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета. 2006. 27 июля. № 162.

¹² См., к примеру: ст. 10, 11, 11.1 Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» № 135-ФЗ.

¹³ См., к примеру: ст. 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Российская газета. 2001. 31 декабря. № 256.

¹⁴ В гражданском праве, как было отмечено выше, в качестве такой модели может быть обозначено осуществление предпринимательской деятельности, исходя из принципа договорной свободы.

На основании изложенного может быть резюмировано, что конкуренция является механизмом, направленным на достижение баланса интересов предпринимателей и потребителей, а также обуславливающим качественную составляющую рынка, предполагающую определение субъектного состава его участников, количественные и качественные характеристики представленного на нем товара (работ, услуг) и их цену. Конкуренция стимулирует предпринимателей к производству более качественного товара и представлению его на рынке по более низкой по сравнению с конкурентами цене. По нашему мнению, наиболее ярко стимулирующий эффект анализируемой категории проявляется в рамках гражданско-правового регулирования, ключевым принципом которого является отражающий суть конкуренции принцип свободы договора.

Библиографический список

1. Андреева Л.В. Цена в торговом договоре / Л.В. Андреева // Коммерческое право. Научно-практический журнал. 2012. Т. 10. № 1. С. 15–20.
2. Варламова А.Н. Конкурентное право России / А.Н. Варламова. М. : Зерцало-М, 2009.
3. Илюшина М.Н. Проблемы цены и ценообразования в договорном регулировании / М.Н. Илюшина // Коммерческое право. Научно-практический журнал. 2012. Т. 10. № 1. С. 31–39.
4. Кирцнер И.М. Конкуренция и предпринимательство / И.М. Кирцнер. М. : Социум, 2010.
5. Лебедев К.К. Правовое значение структуры договорной цены / К.К. Лебедев // Коммерческое право. Научно-практический журнал. 2012. Т. 10. № 1. С. 21–23.
6. Мокроносов А.Г. Конкуренция и конкурентоспособность / А.Г. Мокроносов, И.Н. Маврина. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2014.
7. Писенко К.А. Антимонопольное (конкурентное) право / К.А. Писенко, Б.Г. Бадмаев, К.В. Казарян // СПС «КонсультантПлюс», 2014.
8. Пугинский Б.И. Договорное регулирование цен на товары / Б.И. Пугинский // Коммерческое право. Научно-практический журнал. 2012. Т. 10. № 1. С. 5–14.
9. Филиппова С.Ю. Функции условия о цене в договоре / С.Ю. Филиппова, В.В. Кулаков // Коммерческое право. Научно-практический журнал. Т. 10. № 1. 2012. С. 40–45.
10. Экономическая теория. Изд. 13-е, перераб. и доп. / под ред. В.Д. Камаева. М. : ВЛАДОС, 2010.
11. Экономическая теория / под ред. В.И. Бархатова, Г.П. Журавлевой. М. : Финансы и статистика, 2007.
12. Экономическая теория. Изд. 5-е, перераб. и доп. / под ред. И.П. Николаевой. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2013.

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

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ТОРГОВОГО ПРАВА

В статье предпринимается попытка установить понятие международного торгового права и, раскрыв его ключевые содержательные и формальные особенности (предмет, метод, место в системе права, источники), наметить пути решения нескольких юридических проблем, принадлежащих к данной области объективного права.

Ключевые слова: коммерческое (торговое) право, международное торговое право, *new lex mercatoria*, торговые обычаи, международные договоры, акты международной частноправовой унификации, акты наднационального законодательства, коммерциализация гражданского права.

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

ESSENTIAL PROBLEMS OF THE INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

The article constitutes the attempt to outline the definition of the international commercial law. Also the author reveals the features of it, related both to form and content (subject, method, place in the system of law, sources) and makes an attempt to define ways to solve particular legal problems in this area of law.

Key words: commercial law, international commercial law, *new lex mercatoria*, legal usages, international contracts, private unification acts, national legislative acts, commercialization of the civil law.

Вводные замечания. В течение ряда лет (с 2012 года) на кафедре коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова нами читается курс «Международное торго-

вое право» (МТП). Введение в практику преподавания этого курса связано с именем основателя кафедры, ее первого заведующего и бессменного научного наставника, доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Российской Федерации Б.И. Пугинского. Основная цель настоящей статьи — в том, чтобы попытаться подвести некоторые промежуточные итоги практики чтения этой — не вполне традиционной для наших вузов и факультетов — учебной дисциплины. Ее не надо, впрочем, воспринимать ни как конспект этого курса, ни как вводную в него лекцию. Речь идет лишь о том, чтобы акцентировать внимание на некоторых его моментах, которые (с нашей точки зрения) являются его, так сказать, болевыми точками — местами средоточия тех вопросов и проблем, которые в известной степени подвергают сомнению саму основательность и необходимость преподавания такого курса и научного изучения его предмета — соответствующей ему области объективного права. Студентам, которые этот курс еще не слушали, настоящий материал будет интересен как *установочный* — ориентирующий их на то, чего следует ожидать и на что рассчитывать по итогам изучения курса; студентам же, которые с курсом уже знакомы, настоящая статья несколько облегчит жизнь, подведя за них *итоги* прослушанных лекций. Вероятно, эта статья может представлять и некоторую *методическую* ценность, а именно — послужит делу «сверки» часов преподавателям, подобно нам читающим МТП или иной сходный курс, равно как и окажет помощь тем, кто к преподаванию этой дисциплины только готовится. Ну и, быть может — позволим себе помечтать — какие-то из изложенных в этой статье соображений будут приняты *научным сообществом* в качестве аргументов «за» или «против» тех или иных способов решения некоторых практических вопросов и научных проблем.

Конечно же, не все те вопросы и проблемы, о которых пойдет речь в настоящей статье, имеют одинаковое для дисциплины и ее познания значение. Есть вопросы и проблемы, значение некоторых *абсолютно*, т.е. простирается на всю дисциплину МТП в целом, а быть может — не только на одно МТП, но и на коммерческое (торговое) право вообще, на частное право или даже на право как таковое. Значение других вопросов и проблем строго относительно, поскольку касается содержания и судьбы только МТП как учебной дисциплины, притом — только в нашей стране, а то и в нашем конкретном вузе (на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова). История знает некоторое количество примеров, когда преподавателям приходилось публично объяснять, что же такое они читают, а ученым — что они исследуют; пожалуй, самый известный случай такого рода, относящийся как раз к МГУ императорской эпохи — пример с лекциями В.Н. Лешкова по общественному праву. Понадобились десятилетия (!) для того, чтобы ученая общественность наконец поняла, о чем вел речь почтенный профессор — о праве *административном*, только не карательном (не об административ-

ных правонарушениях), а *регулятивном*, т.е. о *публично-правовой стороне организации нормально текущей общественной жизни*. К сожалению, международное торговое право и сегодня принадлежит к категории тех дисциплин, относительно которых приходится давать особые пояснения — что преподается и что изучается?

Нужно также отметить, что круг актуальных проблем МТП *постоянно меняется* сообразно изменениям, во-первых, круга тех отношений, которые ему приходится оформлять, и условий, в которых ему приходится это делать, во-вторых, состава самого МТП и понятия о нем, и, наконец, в-третьих, в зависимости от изменения круга участников таких отношений. Так, говоря об отношениях, регулируемых МТП и условиях его «повседневной работы», нельзя не указать на следующий момент: все — буквально все! — о чем каждый день говорят в новостях (начиная с цен на нефть, темпов роста китайской экономики и размера государственного долга США и заканчивая выборами в тех же США, санкциями в отношении России, ситуацией на Украине, в Сирии и Ираке) — все это самым тесным, непосредственным образом связано с международной торговлей и международным торговым правом. Ничто из происходящего в мире сегодня не проходит бесследно для международной торговли и, стало быть, МТП: все происходящее либо предопределяется интересами международной торговли и ее развитием, либо само оказывает на нее то или другое (благоприятное или регрессивное) влияние. Нет сегодня ни одной области юридического материала, которая была бы по своему составу и содержанию более подвижной (и в то же время по содержанию — более постоянной), чем международное торговое право. В итоге складывается следующая парадоксальная ситуация: каждая лекция по актуальным проблемам МТП, читаемая нами ежегодно магистрам кафедры, примерно на 70% отличается от лекции на ту же тему, но годичной давности; при том, что с содержательной точки зрения подвижки в институтах МТП не особенно значительны.

Наконец, нельзя не упомянуть и о таком аспекте проблематики, как *обратное влияние*, т.е. влияние МТП на систему права и регулируемых правом отношений. Право — многогранный социальный феномен, заслуживающий применения *системного подхода* для своего научного изучения. Коротко говоря, право — это *система*, притом — чрезвычайно заковыристая и сложная. Но чем сложнее система — тем более мощными и непредсказуемыми будут последствия даже самого минимального изменения любого ее элемента, любой функционирующей в ее рамках межэлементной связи. Любой юрист без труда приведет пример (и не один!) того, как даже самые минимальные, точечные изменения, вносимые в систему объективного права, приводили к совершенно непредсказуемой реакции профессионального и коммерческого сообщества; самый известный последний пример такого рода — это, конечно, ст. 317.1 ГК РФ в ее первоначальной (2015 г.) редакции.

В нашем же случае идет речь о попытке встроить в систему права (кстати, пока даже не вполне ясно, какого — российского ли национального или международного — меж- и надгосударственного?) весьма внушительный новый «кусочек» (МТП), — нечто, сопоставимое с *подотраслью права*, если следовать традиционной советско-российской терминологии. По *природе* своей кусочек этот выглядит если не инородным, то, по крайней мере, неоднородным и неоднозначным; *содержательно* — он никогда не бывает полным и не всегда может характеризоваться как традиционный (больше того, зачастую он весьма заковыристый, а порою и вовсе непонятный); наконец, с *функциональной* точки зрения (как мы вскоре увидим), МТП является «кусочком», чрезвычайно богатым, притом трудно прогнозируемым. Имея в виду все эти моменты, легко представить себе всю ту сложность, с которой будет сопряжена любая попытка «встроить» МТП в систему права, а также все те последствия, которые такая вот «встройка» может иметь. Видимо, будет логично начать рассмотрение круга основных проблем МТП именно с этой — проблемы установления его общего понятия и места в системе права, в первую очередь — права российского.

Понятие МТП, его предмет, метод и место в системе права. Первое, о чем следует здесь сказать, так это о том, что при всей глобальности тех затруднений, которые сопряжены с установлением общего понятия МТП и определением его места в системе права и о которых только что было сказано, проблема эта имеет не глобальный (абсолютный) мировой, а относительный, российский характер. Если поднять ее в диалоге с российскими юристами, то вас поймут с полуслова и с охотой примут участие в обсуждении проблемы. Но если попытаться заговорить о ней с любым западным юристом (в особенности английским или американским), то коллеги будут довольно долго «въезжать» в проблему, и еще не факт, что «въедут». Словом, понятие МТП и его место в системе права — это проблема, но в основном для нашей страны. Почему так? Потому что только у нас в России (ну и, конечно, в некоторых странах — участницах бывшего СССР) разделению объективного права придается сакраментальное значение, называемое *отраслевым*. Почему-то мышление наших юристов устроено таким образом, что за всяким случаем присоединения к слову «право» какого-нибудь определительного словца (право частное, право публичное, право гражданское, уголовное, конституционное, административное, процессуальное и т.д.) они склонны видеть не только и не столько термин, сколько особого рода понятие — понятие о некоем относительно самостоятельном подразделении объективного права, выделяемом «по предмету и методу правового регулирования». Отсюда — резко негативное отношение к многочисленным «правам» (коммерческому, предпринимательскому, корпоративному, энергетическому, военному, медицинскому, спортивному и т.д.). С точки зрения таких вот ортодоксально настроенных специалистов международное тор-

говое право (МТП) просто-таки обречено разделить судьбу всех этих многочисленных «прав», ибо отношения в сфере международной торговли — точно такие же частные отношения, как и в сфере торговли вообще, и как в сфере имущественных отношений в целом.

Почему эта «проблема» не характерна для всего остального мира? Прежде всего потому, что многочисленными словосочетаниям — «право» такое, сякое, пятое и десятое — никто не пытается приписывать какого бы то ни было сакрального смысла и значения. Даже в континентальной западной Европе об отраслевой теории права мало кто слышал; о странах — участницах англосаксонской системы права, о странах арабских и азиатских, странах Латинской и Южной Америки нечего и говорить. Там название — это *просто название* и ничего более. А единственная задача всякого названия — по возможности кратко, но в то же время емко и точно отразить существо обозначаемого им предмета или явления. В результате никто не видит ничего крамольного не только в книгах с наименованиями: коммерческое, корпоративное, энергетическое или военное право, но и в праве *фермерском, ценно-бумажном (negotiable instruments law), вексельном, коносаментном, дуэльном, лошадином, алкогольном, праве игры в бридж* и даже в *whisky law*. Ну а что прикажете делать, если джентльменам интересно узнать все о том, как нужно покупать лошадей, что нужно делать для того, чтобы их продать, арендовать или сдать в аренду, какие договоры нужно заключить, дабы воспользоваться услугами тренера и жокея, что нужно сделать, чтобы выставить лошадь на скачки и т.д. — как, скажите, назвать книгу об этом? «Лошадиное право» (*horse law*) — что тут еще выдумать-то? Да и зачем? Если есть спрос на известного рода юридическое знание (будь то *horse law* или *international trade law* — неважно), то очевидно, что он рано или поздно, но неизбежно «родит» соответствующее ему предложение. Да, конечно, это не будет *отрасль права*; больше того, весьма вероятно, что не будет никакого смысла в обособленном *научном* изучении подразделения объективного права, выделенного подобным образом — верно. И что же? Неужели на этом — весьма умозрительном — основании следует отказать в возможности выделения и обособленного изучения тех правовых массивов, спрос на которые предъявляет, так сказать, сама жизнь?

Международное торговое право — область объективного права и юридического знания именно вот такого — чисто практического — рода и свойства. Оно существует не «*потому что*» (ученым удалось выявить какой-то особый предмет — круг общественных отношений — со своим специфичным, только ему присущим методом регламентации), а «*несмотря на то, что*». Это не значит, что МТП не имеет ни обособленного предмета, ни своего собственного метода — имеет (и мы сейчас об этом скажем), но дело не в этом, а в том, что *МТП существует само по себе, объективно и независимо от того, признается ли этот факт теми или иными учеными, или нет.*

Оно просто существует; его существование не нуждается в каких бы то ни было умозрительных рассуждениях и схоластических доказательствах, ибо устанавливается путем обыкновенного наблюдения. А наблюдение это свидетельствует о следующем: если мы вычеркнем из предмета нашего внимания нормы права российского гражданского, коммерческого (торгового), международного частного и публичного, а также иностранного гражданского и торгового (по крайней мере, в том их составе, который преподается на юридических факультетах), то у нас останется еще целый ряд *материальных¹ правовых норм, которые непосредственно направлены на регулирование общественных отношений, складывающихся в сфере международной торговли.* Это и есть предмет нашего изучения — нормы, составляющие международное торговое право (МТП). Продолжение наблюдения после того, как будет осуществлена выборка и соединение нормативного материала, составляющего МТП, позволит заметить, что едва ли не 99% норм МТП будет набрано из *источников четырех типов*, а именно — (а) международных торговых обычаев; (б) международных договоров; (в) актов международной частноправовой унификации и (г) актов наднационального законодательства. Учитывая то, что почти никакие из норм этих источников (исключая, пожалуй, лишь Венскую конвенцию 1980 г., принципы УНИДРУА и ИНКОТЕРМС) в общих курсах юридических вузов и факультетов не изучаются, с некоторой (небольшой) долей условности можно сказать, что *МТП — это совокупность правовых норм, непосредственно направленных на регулирование общественных отношений в сфере международной торговли, и заключенных международных торговых обычаях, международных договорах, актах new lex mercatoria, наднациональном законодательстве.*

Повторимся: мы отдаем себе отчет в том, что такой подход кажется не соответствующим традиционному, принятому у нас разграничению правового материала на отрасли (подотрасли и институты) по критериям предмета (регулируемых общественных отношений) и метода их регулирования. Но это впечатление, во-первых, как уже было сказано, слабо значимо для всего остального мира (ну не соответствует — и что?), а во-вторых — оно ... обманчиво. То, что за особого рода источниками норм не сразу возможно разглядеть особый предмет и метод, не означает, что таковых нет. Кислород и вспышки на Солнце, межатомное взаимодействие и многое-многое другое было открыто на относительно поздней стадии развития человечества, но это не значит, что ранее ничего этого не было. Так же и в нашем случае: обособляя МТП по чисто внешним признакам (да еще и методом исключения — «все те нормы, которые не изучаются или изучаются недостаточно в рамках общих курсов юридического факультета»), мы приходим к такому результату, в котором прекрасно видны и *особенный предмет* правовой

¹ То есть не коллизионных и не процессуальных.

регламентации, и *особенный ее метод*. Предмет МТП — *отношения в сфере международной торговли*, т.е. — торговые отношения интернационального, космополитического содержания. Метод МТП — *создание условий для максимально широкого и свободного проявления международной торговлей своих «творческих возможностей»* — тех самых, благодаря которым сперва коммерческий, а затем, постепенно, весь имущественный и гражданский оборот обогащается все новыми и новыми приемами ведения торговой деятельности, правовыми нормами, ее регламентирующими, а затем и юридическими институтами (конструкциями), из этих норм составленными; тех самых возможностей, что вот уже более пятнадцати веков являются необходимыми условиями процесса *коммерциализации гражданского права* — того самого процесса, благодаря которому гражданское право современного общества — *право оборота* — столь качественно отличается от римского рабовладельческого и средневекового феодалного *права земельной собственности*². Именно *из недр права международной торговли* явилось подавляющее большинство тех конструкций, институтов и даже принципов права, которые постепенно распространили свое действие на *национальную* торговлю коммерсантов, потом — на их же отношения с потребителями, затем — на иные (кроме торговли) сферы бизнеса (предпринимательства) и, наконец, *на все современное гражданское и даже частное право в целом*.

Этими соображениями с очевидностью определяется и *место МТП в системе права*: нормы МТП представляют собой нормы *специального* (!) частного права, нормы которого, между прочим, будут приоритетны над *общими* (!) нормами, во-первых, права гражданского³, а во-вторых — права коммерческого (торгового). Однако нормы МТП, юридически или фактически «переросшие» себя и сферу своего непосредственного применения, должны рассматриваться как нормы, общие либо для всего торгового, либо всего гражданского права в целом. МТП — комплексное внутреннее подразделение современного частного права.

«Потребительское отношение» к МТП. Неисчерпаемые творческие возможности международного (да и национального тоже) торгового права и обусловленное ими триумфальное продвижение юридических институтов, изначально созданных для обслуживания отношений в сфере *международной* торговли, в ткань *всего торгового*, затем — *всего имущественного* и, наконец, *всего гражданского оборота* (т.е. та самая коммерциализация гражданского права, о которой мы только что говорили), не могли остаться незамеченными и неоцененными со стороны государственной власти.

² О других факторах — двигателях процесса коммерциализации гражданского права — см. далее.

³ Кто знает, не этот ли вывод является одним из главных соображений, мешающих ортодоксальным цивилистам признать «право на существование» не только за МТП, но и за коммерческим (торговым) правом вообще?

К международному торговому праву, его источникам (формам), нормам, институтам и конструкциям постепенно стали относиться как к «изобретению на применение». Учащиеся должны помнить, что это такое: нередко случается, что человек открывает неизвестные прежде свойства хорошо знакомых вещей, а в результате получает возможность использования их по новому назначению. В каком-то из задачников по гражданскому праву имеется казус на эту тему — история о том, как некий рабочий, случайно подогрев какую-то мастику, обнаружил, что она обладает не только гидроизоляционными, но еще и жаропрочными свойствами. По абз. 1 п. 1 ст. 1350 ГК перед нами классический вариант изобретения, ибо в данном качестве охраняется «... *техническое решение в любой области, относящееся к продукту* (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) *или способу* (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств), **в том числе к применению продукта или способа по определенному назначению**».

Вот именно таким *изобретением на применение* оказалось и МТП. В течение чуть ли не всего времени своего существования формы, нормы, институты и конструкции МТП применялись не только по своему непосредственному назначению (для целей регламентации международной торговли), но и для достижения иных целей, а именно — (а) для *регулирования торговых* (а иногда и не торговых) *отношений частных лиц, которые не являются международными*⁴, а также (б) в качестве *образца (модели) для создания и совершенствования (обновления) внутринационального правового регулирования отношений данного типа*⁵. На это обстоятельство обратили внимание уже более сотни лет назад — когда стали принимать международные договоры (конвенции, трактаты, соглашения), возлагающие на страны-участницы обязанность принятия и введения в действие на своих территориях национальных законодательных актов строго определенного содержания, а иногда и формы (вспомним женеvские вексельные конвенции 1930 и чековые 1931 г. с их единообразными законами о векселях и чеках). И сегодня нормы многих международных договоров, включая, между прочим, соглашения, образующие правовую основу Всемирной торговой организации (ВТО) от 15 апреля 1994 г., содержат в себе прямые

⁴ Самые известные в этом отношении примеры — применение положений ИНКОТЕРМС, УСП-500(600), а с недавних пор также Принципов УНИДРУА во внутрироссийском торговом обороте.

⁵ Здесь самыми яркими «российскими» примерами могут служить создание из норм Венской конвенции 1980 г. общих положений ГК РФ о порядке заключения договоров и о купле-продаже, а из Принципов УНИДРУА — норм, включенных в ГК РФ в ходе его недавней «реформы». Если же брать примеры исторические, то хорошо известно, что древнейшие континентальные и англосаксонские «правды», законы Олерона, Псковская судная грамота, акты средневекового городского права, первые вексельные уставы, Коммерческий и Морской ордонансы Кольбера и мн. др. акты составлены из норм, когда-то бывших международными торговыми обычаями.

требования к внутринациональным актам стран-участниц, к условиям и процедурам их принятия, введения в действие, публикации, толкования и применения. Наряду с нормами международных договоров теперь эту задачу **выполняют** и некоторые акты международной частноправовой унификации: одни из них благодаря тому, что *изначально разрабатываются и принимаются как модельные (типовые) законы и (или) руководства по их применению*, другие — несмотря на свое создание и предназначение для служения совершенно иным целям. Те и другие акты оказывают огромную помощь государствам, желающим сформулировать определенные и (главное!) единообразные в международном масштабе правила своего национального законодательства, а также государствам, желающим соответствующее законодательство у себя просто иметь.

Показательно и то, что нормы МТП чем дальше — тем чаще и шире *применяются судами*, причем не только третейскими в соответствии с договорными условиями о применимом праве (что неудивительно и абсолютно закономерно), но также *третейскими судами по их собственной инициативе*, и даже ... *государственными судами*. В преамбуле Принципов международных коммерческих договоров ред. 2010 г. это обстоятельство даже отметили, указав, что Принципы могут применяться не только тогда, когда (а) стороны прямо договорились об этом, но и тогда, когда они (б) «*the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like*» (стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, нормами *lex mercatoria* или о чем-либо подобном), а также тогда, когда они (в) «*have not chosen any law to govern their contract*» (не выбрали какого-либо права, регулирующего их договор); более того, Принципы эти могут использоваться (г) «*to interpret or supplement international uniform law instruments*» (для толкования и восполнения актов международной правовой унификации); (д) «*to interpret or supplement domestic law*» (для толкования и восполнения местного законодательства), ну и, разумеется, (е) «*as a model for national and international legislators*» (как образец для национальных и международных законодателей). Случаи (в), (г) и (д) совсем никак не привязаны к договоренности сторон: есть она — замечательно; нет — так еще и лучше, ибо возможность суда применить Принципы УНИДРУА договоренностью сторон не исключена.

Конечно, то, что суд *может применить* нормы международного торгового права (например, содержащиеся в Принципах УНИДРУА), еще не гарантирует того, что суд их *реально применит*. Больше того, даже если суд это сделает, то совсем не обязательно отразит этот факт в своем акте в виде прямой отсылки к соответствующей норме («согласно статье такой-то Принципов УНИДРУА...»), в особенности если этот суд государственный. Оно и понятно — судьям не нужны упреки в том, что они применили норму, не подлежащую применению; логично, что они предпочтут не ссылаться на реально примененную ими норму МТП, а постараются создать видимость

ее *самостоятельной выработки* в ходе толкования норм «традиционных» источников права. Но так ли уж это обстоятельство важно? Очевидно, что само такси много важнее нарисованных на нем «шашечек», а *de facto* (то, как оно на самом деле происходит) — куда важнее *de jure* (того, как оно должно было бы происходить). Значит, обращать внимание нужно не на то, что в решениях наших (российских) судов ссылки на нормы МТП почти не попадают, а на то, что, несмотря на отсутствие таких ссылок, все больше и больше юридических вопросов из области внутрироссийского торгового оборота фактически решаются судами на основании норм МТП. Перефразируя известное высказывание одного из судей бывшего ВАС РФ, можно сказать: российский суд, конечно, не сможет в своем решении *сослаться* на книгу Г.-Ф. Пухты, Ф.-К. фон-Савиньи или Р. фон Иеринга, но ничто не мешает ему решить спорное дело, *фактически следуя этой книге*. Ведь никто и ничто не может запретить ему согласиться с мнением Пухты, Савиньи или Иеринга. Та же самая ситуация и с нормами МТП: государственные суды не всегда имеют возможность на них *сослаться*, но таких преград, которые могли бы помешать судам *пользоваться* ими, нет и не может быть.

Итак, нормы МТП применяются не только своими непосредственными адресатами — частными лицами — участниками международной торговли — но и субъектами, к которым они изначально не были обращены, на отношения которых они не были рассчитаны, а именно — (а) частными лицами, не имеющими никакого отношения к международной торговле, а иногда и к торговле вообще; (б) национальными законодателями; (в) третейскими и государственными судами. Вот эти три обстоятельства, сложенные друг с другом и вместе с безграничными творческими возможностями торговли и торгового права, становятся вечными двигателями процесса *коммерциализации гражданского права*. Оно и понятно, ибо (а) жить и работать по двум разным законам; (б) иметь два разных закона и, наконец (в) разрешать споры по двум разным законам — одному для внутренних, и другому для внешних сношений⁶, — столь же нерационально и неудобно, как таскать с собой три пары лыж, отличающихся только цветом.

Сказанное — относительно «потребительского отношения» к МТП, его рассмотрения в качестве «изобретения на применение» — было бы бесполезно учитывать как при конструировании норм и их включении в источники (состав) МТП, так и при их применении за рамками «расчетных» сфер и режимов.

⁶ Точно так же неудобно и иметь законы, разные для отношений коммерческих и для всех остальных. Думается, что, стремясь преодолеть именно это неудобство, законодатели многих стран собирают нормы гражданского и **торговые** права под одной обложкой одного единого кодекса, который в таком случае вернее именовать не «гражданским», а «гражданским и торговым». Ради достижения такого высокого технического удобства можно даже промолчать о том, что некоторые правовые институты и конструкции не имеют применения нигде, кроме коммерческого (торгового) оборота и, более того, напротив, сформулировать их так, как будто они являются самыми что ни на есть универсальными, применимыми как в торговой, так и обычной (неторговой, обиходной) жизни.

Последствия «встраивания» МТП в систему права. Но допустим, что все сложности преодолены: все убедились в существовании МТП и необходимости его, с одной стороны, особого изучения, с другой — «встраивания» в общую систему права; предположим также, что это встраивание (более или менее удачное) состоялось. Естественен вопрос: к чему это приведет? Не создадут ли такие действия больше проблем, чем решат? Действительно, те изменения, которые неизбежно повлечет за собой факт признания существования МТП как органической части системы частного права, будут весьма значительными. Так, прежде всего, правоведение столкнется с *необходимостью пересмотра представления об источниках (внешних формах) права*. И дело тут даже не столько в *историческом* аспекте их становления и развития, тоже, кстати, небезынтересном⁷, сколько в ... *не вполне государственном* и даже *вовсе негосударственном* происхождении, становлении, развитии и применении таковых. А ведь даже двоечник-первокурсник знает по крайней мере название такой университетской дисциплины, как теория *государства и права*. Не две отдельные теории — одна «государства», а вторая «права» — а одну, единую, причем именно в такой последовательности: сначала — государства, затем — права. Какие «традиционные» источники современного права ни возьми — законы, указы, постановления, инструкции и пр. — все они *нормативные правовые акты различных ветвей государственной власти* — законодательной, исполнительной, а в ряде случаев и судебной. Иными словами, за каждым из «традиционных» источников права стоит *вполне определенное данное конкретное государство* — носитель содержательно безграничного суверенитета над определенной территорией (и всеми лицами, на ней находящимися) и известными категориями лиц (независимо от того, где они находятся), и, соответственно, единоличной, *de jure* и *de facto* никем, и даже ничем не стесненной, своей собственной *государственной воли*. То ли мы видим в источниках МТП? Ничего похожего!

Даже в *международных договорах* — документах безусловно *государственного* происхождения — мы уже не наблюдаем той *волевой единичности и содержательной абсолютности*, какие характерны для национальных нормативных правовых актов. «Аппетиты» каждого конкретного государства в международном договоре умеряются, а воля урезается устремлениями и интересами других государств — участниц такого договора. Иными словами, международные договоры, конечно же, источники *государственного* происхождения, но «государственного» в несколько ином смысле, чем национальные нормативные правовые акты. Об источниках МТП трех других типов — обычаях, актах частноправовой унификации и наднационального законодательства — нечего и говорить: как бы ни ста-

⁷ От обычаев — через международные договоры — к актам международной частноправовой унификации, а от них — к актам наднационального законодательства с постепенным сокращением удельного веса и практического значения каждой предыдущей и расширением — каждой последующей формы.

рались их по старинке тем или иным боком «притачать» к государству, ничего из этих попыток не выходит. Это не удивительно, ибо все эти источники возникают, существуют, развиваются и применяются *независимо от содействия государств*, а нередко и *вопреки их противодействию*. Притом не просто возникают, развиваются и применяются, но еще и *вытесняют собой* (по крайней мере в некоторых сферах) источники традиционные, единолично-государственные.

Источники — это, конечно, всего лишь *форма права*. Но откуда же берется *самое право* — то *содержание*, которое пресловутую форму наполняет? Традиционный ответ — тоже от государства. Данного, конкретного, единоличного. А это значит, что признание МТП как совокупности норм, содержащихся в источниках негосударственного происхождения и применения, повлечет необходимость *корректировки представлений не только об источниках права, но и о самом понятии права* — понятии, которое (по крайней мере у нас в России) вот уже многие десятилетия точно так же неразрывно, как и понятие об источниках права, необходимо связывается с *государством* как в плане *генетическом* (в смысле создания, происхождения), так и *функциональном* (в аспекте применения). Именно *сила государственного аппарата принуждения и подавления* рассматривается как источник обязательности *юридических* норм, как обязательное условие самого существования понятия о *праве*. Очевидно, что если согласиться с тем, что право бывает не только «*единолично-государственным*», но и «*межгосударственным*», «*над-государственным*» и даже «*не-государственным*», то потребуются пересмотр представлений о том, что делает право правом (если, как выясняется, далеко не за всякой нормой может стоять перспектива приведения в действие машины подавления), о круге лиц, на которых распространяется действие права (как выясняется, таковыми могут быть не только те частные лица, на которых нормы МТП непосредственно рассчитаны, но и иные, а кроме них — судьи, суды, должностные лица, государственные органы и, наконец, сами государства и их союзы); о территориальных и временных пределах действия права (юрисдикции), а может быть, и о самом *действии права*: должно ли оно заключаться непременно в *регуливании* общественных отношений и если да, то что вообще следует понимать под таким «регулированием». Коротко говоря, признание МТП — это (по хорошему) пересмотр всей современной теории права.

Представляется также, что некоторым (может быть, кстати, что и весьма значительным!) изменениям должно будет подвергнуться понятие о *формах обобщения действующего права*. Рядом с такими «каноническими» формами, как инкорпорация, систематизация и кодификация нужно будет поставить как минимум *централизацию, гармонизацию и унификацию*, а как максимум — еще и такую форму, которой пока нет особого названия — *достижение единообразия в национальном законодательстве путем принятия «на вооружение» модельных законов негосударственного*

происхождения — «*моделизацию права*». Да и самые формы систематизации права должны будут разделиться на *государственные* и *частные*: если негосударственное (не вполне государственное) происхождение могут иметь нормы и источники права, то почему не может быть негосударственных форм его инкорпорации? систематизации? кодификации? «Торговый кодекс кафедры коммерческого права и основ правоповедения юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова» — неужто не звучит? разве чему-нибудь противоречит? Если и «звучит», и не противоречит — то почему бы и нет?!

Нельзя, наконец, не обратить внимание и на те изменения, которые систематическое преподавание МТП повлечет в деле университетского изучения права. Прежде всего, специфика предмета МТП даст будущим юристам целый ряд уникальных правовых теоретических знаний и практических навыков, которые традиционно остаются незнакомы студентам, чье образование ограничивается «классическими» дисциплинами и которые при изучении этих дисциплин просто нет надобности постигать. Среди них будут совершенно специфические знания об *источниках, институтах и конструкциях, в национальном (российском) праве либо вовсе отсутствующих*, либо хотя и наличествующих, но в сильно урезанном или искаженном варианте — этакие уникальные «кубики» и «кирпичики», имеющиеся «в наборе» («на чердаке») далеко не всякого выпускника юридического факультета. Можно, конечно: спросить, в чем состоит ценность *такого* знания? зачем *российскому* юристу знать то, чего в *российском* праве нет? На эти вопросы могут быть даны различные ответы, зависящие от того, о каком конкретном знании идет речь. Так, встречаются источники, институты и конструкции, которых в российском праве *пока* нет, но появление которых в нем является лишь вопросом времени; затем, существуют институты и конструкции, в российском *писаном* праве отсутствующие, но *де-факто на практике известные и успешно работающие*; наконец, сфера работы юриста не ограничивается пределами одной только Российской Федерации. Очевидно, что профессиональные возможности юриста, воспитанного на одном только *российском* праве, будут много более ограниченными, чем специалиста, являющегося этаким гражданином всего юридического мира⁸. Наконец, ни общей, ни профессиональной культуры никто не отменял — думается, одного этого соображения уже более чем достаточно для того, чтобы заглянуть за страницы учебника типа «Гражданское право Российской Федерации».

⁸ Так, далеко не всякий сугубо «российский» юрист сходу среагирует даже на такие наименования, как «Чикагская конвенция 1944 г.», «Гаагские конвенции 1964 г.», «Нью-Йоркская конвенция 1974 г.», КОТИФ, ДОПОГ, «Принципы Ландо» или CESL; ну а о том, с какого боку пристроить в систему права, допустим, Йорк-Антверпенские правила, какое отношение они имеют к правилам Гааго-Висбийским, а эти последние — к Варшавско-Оксфордским, знают и вовсе единицы.

Излишне говорить, что постижение курса МТП стимулирует к изучению как минимум одного, а то и нескольких *иностранных «юридических» языков и юридической литературы* на них; что оно прививает студентам навыки *самостоятельного генерирования, поиска, обработки правовой информации по всему миру* (т.е. как раз в первую голову на иностранном языке) с использованием локальных баз данных и глобальных компьютерных систем, а также навыки подготовки квалифицированных юридических заключений и консультаций по вопросам применения норм. Наконец, добросовестное выполнение всех заданий из курса МТП позволит студентам (сначала при посредничестве преподавателя, а затем и самостоятельно) приобрести множество контактов и знакомств в различного рода международных организациях, занимающихся выявлением, созданием и применением норм МТП. Много ли сейчас на юридическом факультете МГУ имеется студентов, проходивших практику (стажировку) хотя бы во МКАС при ТПП РФ (не говоря уже об LCIA или ICC)? студентов, хотя бы просто знающих, в каких городах находятся штаб-квартиры UNIDROIT или UNCITRAL? куда и кому написать, дабы узнать содержание обязательств из Schedules, подписанных Российской Федерацией при вступлении в ВТО? когда, куда и кому звонить, чтобы приобрести бланки книжек АТА или ТИР? на какой сайт лучше зайти, чтобы посмотреть последнюю версию Гражданского кодекса, ну, скажем, Парагвая или Японии? в каких случаях целесообразно пользоваться модельными контрактами ICC, а в каких лучше потратить время и поискать типовые формы ИТС (и что это вообще за организация)? И так далее. Некоторые из этих знаний и навыков — весьма полезных для будущей практической деятельности юриста — можно приобрести при изучении дисциплины со схожим названием — международного частного (коллизионного) права (МЧП) — но, во-первых, далеко не все (МТП, будучи правом *материальным*, в этом отношении много богаче и дает куда больше возможностей, чем МЧП — право коллизионное), а во-вторых, к изучению МЧП (права, никаких отношений не регулирующего) надо иметь особую склонность и склад ума, несколько отличный от типичного юридического.

Содержание МТП. Главные содержательные черты МТП — его вынужденная *неполнота*, с одной стороны, и вынужденное *«новаторство»* — с другой. Первая черта никогда не позволяет назвать МТП образованием системным или даже комплексным; вторая предопределяет не вполне традиционный характер многих институтов и конструкций МТП, сложность в их изучении и не всегда хорошую «встраиваемость» в систему национального права.

Да, конечно, *общее число институтов МТП постепенно, но непрерывно увеличивается*. Унифицируются (различными способами) общие положения договорного и обязательственного права, правила о договорах перевозки, о векселях и чеках, о международной коммерческой и потребительской

купле-продаже товаров, о моментах перехода бремени содержания товаров, отправленных во исполнение обязательств из договоров международной купли-продажи, а также рисков случайной гибели и повреждения таких, о встречных торговых сделках, коммерческом представительстве и агентировании, лизинге, факторинге и форфейтинге, о дистрибуции, франчайзинге, государственных закупках, способах обеспечения исполнения обязательств, способах осуществления международных безналичных расчетов и т.д. Параллельно происходит *существенное углубление степени такой унификации* — усиление детализации унифицированного международного правового регулирования — в отдельных, по крайней мере, институтах. И тем не менее состояние МТП в каждый конкретный момент времени непременно таково, что *большое число областей и вопросов остаются вне его внимания и унификации*. Почему так происходит? По различным соображениям, иногда более принципиального свойства⁹, а иногда и чисто прагматического. Главным соображением последнего типа обычно является ... «неудобство» международной унификации правил, относящихся к той или иной области регулируемых правом общественных отношений¹⁰.

Что означает сказанное в практическом отношении? Прежде всего — необходимость иметь известные правила, регламентирующие порядок (а) *восполнения* вынужденной содержательной неполноты МТП¹¹; (б) *разрешения коллизий* «двойной регламентации» одних и тех же отношений конкурирующими нормами¹²; и, наконец, (в) объяснения (прежде всего — учащимся, но иногда и некоторым ученым) того, что МТП не может, что называется, по определению, образовать полной законченной системы, подобной тому, какую сегодня образует, скажем, национальное гражданское право¹³.

⁹ Например, из-за того, что те или иные вопросы не имеют существенного значения для международной торговли и МТП, из-за стремления государств к сохранению тех или иных стилевых особенностей своей правовой системы и пр.

¹⁰ Это еще одно — дополнительное — свидетельство негосударственной основы МТП. Достаточно трудно представить себе государство, которое отказалось бы принимать необходимый для общества нормативный правовой акт из-за того, что его «сложно» или «неудобно» разрабатывать, что для такой разработки не имеется достаточного материала и т.д. А вот тот же УНИДРУА или та же Международная торговая палата вполне могут сказать: общие положения договорного права, нормы об аккредитивах и коносаментах мы унифицируем, а вот, скажем, правила о залоге товаров в обороте или переработке, равно как и о международном банковском кредитовании или складских свидетельствах — не станем. По крайней мере до тех пор, пока не увидим, что для такой унификации «пришло время» — что для нее накопилось достаточно материала, что материал этот содержательно более или менее един для всего мира (ну или, по крайней мере, западной Европы) и т.д. Государство в лице своих законодательных органов возможностей «подождать», «отложить» или «выбрать», к сожалению, не имеет.

¹¹ А это означает бессрочное сохранение МЧП (со всеми вытекающими отсюда последствиями).

¹² То есть нормами, с одной стороны, национальных правопорядков, с другой — нормами МТП.

¹³ То есть не следует — стремясь к искусственному завершению такой системы — наводнять МТП нормами, не имеющими к нему никакого отношения (например, из ГК РФ).

Если МТП — это одеяло, то непременно лоскутное, да еще и с огромными дырами между лоскутами, одеяло из серии «латать — не за что хватать». Цельнотканым оно быть не может, что называется, по определению — только «лоскутным». По крайней мере сейчас. Не исключено, кстати, что подобная незавершенность МТП как системы станет еще одним источником особенностей, которые придется принять во внимание при его изучении и преподавании.

Работа с МТ-обычаями. Исторически первый источник МТП — *международный торговый обычай* (МТ-обычай). Главная проблема, с ними связанная — в *установлении факта существования и содержания таковых*. Руководствоваться обычаями у нас (да и за рубежом тоже) начинают только после того, как их *кодифицируют* — запишут и соберут под единой обложкой какие-нибудь организации типа ИСС, т.е. после того, как собственно обычаи эволюционируют в нормы актов МЧПУ, или после того, как о них *вообще напишут*, например, те же самые ученые, но в своих статьях, или те же самые судьи в своих решениях. Почему так? — потому что нет желания всякий раз по-новому возиться с *установлением содержания* обычаев. В самом деле, откуда можно было бы почерпнуть такую информацию до тех пор, пока МТ-обычаи не кодифицированы, а эти кодификации не опубликованы? В российской юридической литературе содержание и применение обычаев почти не анализируется; практически не встречается и судебных решений, применяющих МТ-обычаи. Судьи ждут выявления обычаев учеными, ученые — судьями. Кто мог бы разорвать этот порочный круг ничем не обоснованных взаимных ожиданий? Только *профессионалы в сфере международной торговли* — практики, ею занимающиеся, и ученые, которые изучают *саму международную торговлю*. Именно они должны (а) *апеллировать к обычаям (ссылаться на них)* и (б) *доказывать их существование*. Каким образом? — свидетельскими показаниями (на тему «как обычно поступают» (как принято делать) в той или иной ситуации) и мнением «сведущих людей» (экспертов). Нелюбовь наших судов (арбитражных в особенности) к свидетельским показаниям, помноженная на их общее скептическое отношение и к свидетелям, и к экспертам в отсутствие даже самых минимальных правил в законе на этот счет приводит к тому, с чего мы начали настоящий пункт нашей статьи — Иван кивает на Петра, Петр — на Ивана (ученые — на судей, судьи — на ученых).

Существует, впрочем, и еще один аспект обсуждаемой проблемы, — *недостаточная определенность понятия не просто о торговом обычае, а о международном торговом обычае*. То ли речь должна идти об «обычае» в единственном числе, об обычае *одном — едином для всего мира* (ну или, по крайней мере, для какой-то его части, скажем, европейского или азиатского континента), то ли — об «обычаях» в числе множественном, т.е. о многих обычаях одинакового содержания, действующих каждый в своей местности.

От этого зависит, *что именно* нужно будет доказывать в суде, апеллируя к торговому обычаю. Обычай один — единый на весь торговый мир — с точки зрения чистой логики смотрится куда более привлекательно, чем масса местных обычаев, хотя вместе и покрывающих собою всю планету, но каждый со своей собственной историей, сферой применения и территорией (небольшой!) действия¹⁴. Но с точки зрения практики гораздо проще, конечно, доказать наличие и содержание обычая, действующего в известной местности, не беспокоясь при этом насчет всего остального мира. В ряде стран тот или иной подход к пониманию международного торгового обычая предопределяет его место в системе права: так, к примеру, в Англии концепция международного торгового обычая как одного правила, единого для всего мира, приводит к включению соответствующей нормы в состав *common law*, после чего она ... перестанет быть нормой обычного права. Напротив, концепция множественности обычаев не позволит включить таковые в состав общего права (несмотря на единство их содержания) иначе, чем при содействии суда.

Источник обязательности актов международной частноправовой унификации¹⁵. Если согласиться с тем, что нормы МТП имеют не вполне государственную или даже негосударственную природу, с тем, что таковые создаются и применяются без участия государства, и с тем, что за этими нормами не всегда стоит государственный аппарат подавления — то спрашивается: а что же делает нормы МТП нормами права? Для норм, содержащихся в различных источниках, очевидно, должен быть дан различный ответ. Так, например, для *международных торговых обычаев* существует хотя бы примерный, но почти общепризнанный перечень тех *содержательных условий и требований*, которым они должны соответствовать¹⁶. Для международных договоров и актов наднационального законодательства тоже есть ряд подлежащих исполнению *формальных условий* — их необходимо либо подписать и ратифицировать, либо принять определенными наднациональными органами и в установленном порядке. Вопрос же о том, для кого, когда и почему являются обязательными *нормы актов международной частноправовой унификации*¹⁷, остается открытым. Пока он решается *путем*

¹⁴ Точно так же с точки зрения чистой логики цельнотканое одеяло предпочтительнее лоскутного. А вот с точки зрения практики может быть по-разному — не исключено, что на одеяло цельнотканое у кого-то просто не хватит денег — только на лоскутное. Точно так же и существование обычая, единого для всего мира, можно и не суметь доказать.

¹⁵ Иначе — акты нового *lex mercatoria*, NLM-acts, акты суб-права или акты *soft law* (мягкого права).

¹⁶ Именно: для того, чтобы известное правило о правах и обязанностях могло претендовать на статус юридического обычая, таковое должно применяться (1) с незапамятных времен; (2) непрерывно; (3) мирно (спокойно) и притом само оно должно быть (4) разумным; (5) ясным (определенным); (6) обязательным; (7) единственным (единообразным); (8) преследующим общий интерес (соответствующим *common law*); (9) соответствующим закону; (10) моральным (нравственным).

¹⁷ А значит — и о том, в какой мере на них можно опираться при ведении торговых операций, рассчитывая при этом, что этого будут ожидать от вас и на них станут опираться ваши контрагенты, третьи лица, должностные лица государства и судьбы.

закрепления условий применения в самих конкретных актах, что не всегда хорошо, поскольку (а) условия эти всякий раз разные; (б) в их основе обычно лежит отсылка к ним участников договора (что сводит нормы актов NLM к разновидности *деловых обыкновений*); (в) такие условия закреплены не во всех актах МЧПУ (по разным причинам — где-то не подумали, где-то упустили, где-то не согласовали, где-то вообще не посчитали нужным и пр.); (г) наличие нормы, закрепляющей такие условия, не отменяет вопроса об условиях обязательности *самой этой нормы*¹⁸.

Нельзя сказать, что в литературе не предпринимаются попытки выработать хоть какой-нибудь перечень из материальных (содержательных!) и даже формальных условий, которым должны соответствовать нормы актов международной частноправовой унификации для своей обязательности. Напротив, таких попыток довольно много, особенно в зарубежной литературе. Суммируя все сказанное к настоящему времени по этому вопросу (как в рамках специальных исследований, так и походя, и даже намеками), мы получим следующий перечень таких условий. Так, являются обязательными для применения нормы актов международной частноправовой унификации:

- 1) только по таким вопросам, которые *не имеют унифицированного решения иным, более «жестким» («более обязательным»)* способом, т.е. международным договором или наднациональным актом¹⁹; которые
- 2) *генетически происходят из торговой и (или) судебной (третейской) практики (торговых обычаев)* — из реальных жизненных отношений;
- 3) *отличаются содержательным универсализмом и космополитизмом*, т.е. возможностью их применения в отношениях с участием коммерсантов из стран — участниц различных правовых систем;
- 4) всегда являются *диспозитивными*, благодаря чему получают способность приспособляться к особенностям потребностей различных лиц, обстоятельств конкретных случаев и пр., т.е. обретают свойство *гибкости*;
- 5) *имеют добровольное практическое применение* (не очень, правда, понятно, с чьей стороны? — мнения на сей счет есть самые разнообразные²⁰);
- 6) разработаны *авторитетными в соответствующей области специалистами*²¹;

¹⁸ Так, выше мы цитировали преамбулу Принципов УНИДРУА, определяющую условия применения этих самых Принципов. Но на каком основании следует **считать** (и следует ли?) саму эту Преамбулу?

¹⁹ Вариант — только по тем вопросам, которые пытались решить иным способом, но так и не решили.

²⁰ Варианты тут такие: либо достаточно практики применения актов международной частноправовой унификации одними только частными лицами — участниками торговых отношений, либо — третейскими судами, либо и теми, и другими, причем при условии, что решения третейских судов, основанные на актах международной частноправовой унификации, принудительно исполняются государственными судами

²¹ То есть нормы должны исходить от лиц, умудренных жизненным и профессиональным опытом, а вырабатываться в обстановке беспристрастности, безотносительно к интересам конкретных лиц и вообще особенностям конкретных ситуаций.

7) исходят от *авторитетных международных неправительственных организаций*;

8) *систематизированы* и изложены в *письменной*, и притом — *совершенной* (строгой, четкой, грамотной, лаконичной, ясной) — *юридической форме и технике*;

9) благодаря перечисленным выше факторам воспринимаются как *«писанный разум»* — *нормы, применение которых просто разумно и целесообразно* (не надо изобретать велосипед — рационально воспользоваться тем, который уже изобретен).

Приведенный перечень является весьма обширным, но при том — далеко не общепризнанным; при этом никто из авторов не собирает все перечисленные условия вместе — обычно ограничиваются двумя-тремя, редко четырьмя из перечисленных условий в различных их сочетаниях. Ну и, конечно, нельзя не заметить, что большинство позиций этого перечня либо вовсе являются оценочными, либо их установление ничуть не менее затруднительно, чем выявление и доказывание фактов существования и содержания обычаев. Коротко говоря, вопрос об условиях обязательности норм актов международной частноправовой унификации нуждается в нормальной постановке и адекватной научной разработке. Не исключено, что обязательной предпосылкой ее успеха является предварительное выяснение вопроса о тех *целях и задачах*, которые ставили перед собой создатели соответствующих актов международной частноправовой унификации, а также — о том подходе, который был положен ими в основу соответствующего акта. О том, что и цели, и задачи, и подходы являются очевидно различными, свидетельствует феномен множественности актов международной частноправовой унификации по одному и тому же вопросу — феномен, рассмотрением которого мы планируем завершить настоящую статью.

Феномен множественности (конкуренции) актов международной частноправовой унификации. Это относительно новый, по меркам истории права, так и вовсе «молодой» феномен. Еще в 1980-х гг. круг актов международной частноправовой унификации был весьма неширок, в основном исчерпывался ИНКОТЕРМС, UCP и Йорк-Антверпенскими правилами. Проблемы их конкуренции — множественности норм, по-разному трактующих один и тот же вопрос — не существовало за отсутствием самих конкурирующих норм: разные акты международной частноправовой унификации регулировали разные вопросы, не «наезжали», не «накладывались», не «резали поляну» и вообще не мешались друг другу. Теперь же — несмотря на то, что проблема появилась — она не только не решена, но и толком не поставлена. Современные акты международной частноправовой унификации пытаются «теснить» и «толкать» друг друга, что здорово размывает даже представление о них самих, не говоря уже об их регулирующем эффекте. Самый яркий в этом отношении пример на сегодняшний день составляют акты, унифицирующие общие положения обязательственного и договорного права. Таковыми являются:

1) *Принципы международных коммерческих договоров* (Principles of International Commercial Contracts — PICC), подготовленные Международным институтом унификации частного права в Риме — УНИДРУА (в ред. 1994, 2004, 2010 гг.);

2) *Принципы европейского договорного права* (Principles of European Contract Law — PECL), подготовленные Комиссией по европейскому договорному праву под рук. О. Ландо, с 1982 г. под эгидой Еврокомиссии (в ред. 1995/1998, 1998 и 2002 гг.);

3) *Принципы, определения и модельные нормы европейского частного права: Проект Общей справочной системы* (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference — DCFR) 2009 г., разработанные на основе Принципов Ландо Рабочей группой по подготовке Европейского ГК (Study Group), а с 2002 г. — совместно с *Исследовательской группой по действующему европейскому частному праву* — т.н. *Акьюз Групп* (Acquis Group);

4) *Свод принципов, правил и требований lex mercatoria*, составленный Центром транснационального права в г. Мюнстере (Германия) — *СЕНТРАЛ* (CENTRAL List of lex mercatoria Principles, Rules and Standards), впервые опубликованный в 2003 г., у нас переводились ред. 2008 и 2013 гг.; о том, какая редакция сейчас является актуальной — надо смотреть на сайте;

5) *Кодекс Европейского договорного права* (European Contract Code / ECC), разработанный в 1992–2002 гг. Академией юристов по Европейскому частному праву (Academy of European Private Lawyers) из г. Павия (Италия) под рук. Дж. Гандольфи;

6) *Принципы действующего договорного права Европейского Союза* (Principles of the Existing EC Contract Law) (Принципы Акьюз [ACQP]) (в ред. 2004, 2009, 2013 гг.) разработанные упомянутой выше Акьюз Групп (Оснабрюк, Германия). «Акьюз» — «достижения»; имеются в виду достижения права ЕС, воплощенные в Регламентах и Директивах ЕС (acquis communautaire).

Даже в тех случаях, когда нормы различных актов международной частноправовой унификации дают одинаковое решение того или иного вопроса, или же тогда, когда решение, предлагаемое одним актом, не исключается другими, точное выяснение вопроса о том, нормы какого именно из них все же подлежат применению, а какие должны остаться в стороне (могут быть игнорируемы), все равно не будет бесполезным. Вероятно, одним из способов такого выяснения является (как было отмечено выше) принятие во внимание *целей, задач и подхода*, положенных в основание разработки соответствующих актов их создателями. Так, например, хорошо известно, что Принципы УНИДРУА (1) и Принципы Ландо (2) стали плодом *юридической доктрины и обработки торговой обычной практики*. DCFR (3) писался для того, чтобы превратить его в основу проекта Европейского ГК, т.е. *сделать из него акт наднационального законодательства* (в последующем

похожая судьба постигнет другой документ — Проект общеевропейского права продажи товаров). Принципы СЕНТРАЛ (4) стали результатом развития доктрины «ползучей кодификации» (creeping codification) в отношении правоположений, выработанных *судебной практикой*; Кодекс европейского договорного права (ЕСС) (5) явился попыткой вдохнуть вторую «общеевропейскую» жизнь в *итальянский Гражданский кодекс 1942 г.*, ну а Группа «Акбюз» (6) взяла на себя задачу создания документа, инкорпорирующего европейские *acquis communautaire* в ряде областей частного права, т.е. *систематизировать и в концентрированной форме изложить то, что уже и так имеется в европейском праве*. Шести актам соответствует пять типов целей и задач, и пять подходов.

К сожалению, сказанное само по себе иерархию актов международной частноправовой унификации еще не определяет, указывая, быть может, только на известные условия (факторы), определяющие возможность (или невозможность) применения того или другого акта в той или иной конкретной ситуации. Иными словами, одним только уяснением круга целей, задач и существа подхода, положенного в основание разработки того или иного акта, проблема конкуренции актов международной частноправовой унификации *в ее общем виде* не устраняется, а значит, нуждается в постановке и научном разрешении. Быть может, в ходе дальнейшего ее исследования обнаружится, что указанных нами трех факторов — целей, задач и подхода — для выработки решения недостаточно; может быть, потребуются учесть критерии, допустим, традиционные «римские» — *содержательная общность или специальность*, а также *время издания* актов — источников конкурирующих норм. Но то, что три перечисленных фактора — цели, задачи и подход — должны иметь *руководящее* в таком решении значение, — это несомненно, поскольку речь идет об актах *частного* происхождения и применения, а значит — об актах, юридическое значение и иерархия которых определяется их *направленностью* (т.е. целями и задачами разработчиков) и *содержанием* (или подходом — материалом, принятым за основу).

Библиографический список

1. Белов В.А. Международное торговое право и право ВТО. Т. 1 : Понятие и источники. Обычаи. Международные договоры. Т. 2 : Акты международной частноправовой унификации. Право ЕС. Право ВТО : учебник / В.А. Белов. М., 2014.
2. Кодекс Европейского договорного права — European Contract Code / пер. с англ.; общий и сравнительно-правовой комментарий В.А. Белова. Кн. 1 [Общие положения о договорах]. Кн. 2 [Отдельные виды договоров. Продажа]. М., 2015. 308 и 312 с.
3. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ. М.А. Александровой, В.В. Байбака, А.К. Губаевой и др.; науч. ред. Н.Ю. Расказова. М., 2013. 990 с.

4. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2013. 832 с.
5. Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract / J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright. 29th ed. Oxford : University Press, 2010. 750 p.
6. Bridge M.G. The International Sale of Goods. 3rd ed. Oxford, 2013. 774 p.
7. Dalhuisen J. Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade law. Vol. I. Introduction. The New Lex Mercatoria and its Sources / J. Dalhuisen. Oxford and Portland, Oregon, 2013. 350 p.
8. Goode R. Transnational Commercial Law : Texts, Cases and Materials / R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick. 2nd ed. Oxford, 2015. 706 p.
9. Heidemann M. Methodology of Uniform Contract Law: the UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice / M. Heidemann. Nottingham, 2007. 230 p.
10. Holmes O.W. The Common Law / O.W. Holmes. Introduction by G.E. White. Cambridge (Mass.) & London, 2009. 394 p.
11. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services / prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Munich, 2009. 518 p.
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): prep. by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke. Munich, 2009. 644 p.
13. Smith S.A. Atuyah's Introduction to the Law of Contract / S.A. Smith. 6th ed. Oxford, 2009. 442 p.
14. The Evolution of EU Law / ed. by P. Craig, G. de Búrca. New York, 2011. 918 p.
15. UNIDROIT PRINCIPLES of International Commercial Contracts 2010: [Commentaries] / foreword by A. Mazzoni. Rome, 2011. 454 p.
16. Unification and Harmonization of International Commercial Law : Interaction or Deharmonization? (C.B. Andersen, M.B. Andersen, E. Clive etc.) / ed. by M.M. Fogt. [New York], 2012. 282 p.
17. Van den Bossche. The Law and Policy of the World Trade Organization : Text, Cases and Materials. 2nd ed. Cambridge, 2012. 918 p.

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