

Липовцев В.Н.

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В LEX MERCATORIA

Аннотация. *Lex mercatoria* – это важный элемент современного международного частного права, представляющий собой формирующуюся систему правил негосударственного происхождения, направленных на урегулирование международного коммерческого оборота. В науке МЧП преобладает точка зрения, что *lex mercatoria* представляет собой альтернативу традиционному для МЧП коллизионному методу правового регулирования, и что, в частности, источником коллизионного права *lex mercatoria* считать нельзя. В статье предпринята попытка показать, опираясь на содержание норм международных договоров и судебную практику, что такое утверждение не может считаться полностью верным. При подготовке статьи были использованы и применены как общенаучные методы (метод анализа и синтеза нормативных, практических материалов и доктрины права), а также специальные юридико-отраслевые методы: сравнительно-правовой и функциональный. Вопрос коллизионного регулирования в *lex mercatoria* недостаточно хорошо изучен в современной науке МЧП. Настоящая статья демонстрирует, что *lex mercatoria* на самом деле содержит в себе элементы коллизионного регулирования и, следовательно, *lex mercatoria* может быть рассмотрено в качестве источника коллизионного права.

Ключевые слова: *Lex mercatoria*, коллизионное регулирование, международное частное право, УНИДРУА, ликвидационный неттинг, банковская гарантия, коллизионный обычай, МТП, применимое право, модельный закон.

Abstract: *Lex mercatoria* is an important element of the modern international private law, which represents a forming system of norms of non-governmental origin aimed at regulating the international commercial turnover. There is a predominant opinion within the science of private international law that *lex mercatoria* represents an alternative to the traditional to private international law choice of laws method of legal regulation and that *lex mercatoria* cannot be considered as the source of conflict of laws. Based on the content of the norms of international contracts and court rulings, the author attempts to demonstrate that this notion cannot be held as unequivocally correct. The question of choice of law within *lex mercatoria* has yet to be exhaustively studied in the modern private international law studies. This article shows that *lex mercatoria* does indeed contain elements of choice of law and therefore, *lex mercatoria* can be viewed as the source of conflict of laws.

Keywords: *Lex mercatoria*, conflict of laws, private international law, choice of law, UNIDROIT, close-out netting, bank guarantee, International Chamber of Commerce, applicable law, model law.

Лex mercatoria – это совокупность норм и правил негосударственного происхождения, регулирующих частнопроводные отношения в международном коммерческом обороте. К *lex mercatoria* можно отнести акты рекомендательного характера, разрабатываемые международными неправительственными (Международная торговая палата, Международная ассоциация свопов и деривативов и др.) и межправительственными организациями (ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА). Применение норм *lex mercatoria* должно быть прямо или косвенно санкционировано, «допускаемо» государством¹. В

обратном случае интересы сторон правоотношения, урегулированного нормами *lex mercatoria*, не могут быть защищены в суде и обеспечены государственным принуждением.

В отечественной доктрине получила распространение точка зрения о том, что *lex mercatoria* представляет собой источник международного частного права, который при этом не является общим, «сквозным» источником МЧП. В частности, исследователями ставится под сомнение роль *lex mercatoria* в качестве источника коллизионного права². Действительно, *lex mercatoria* традиционно

¹ См., напр.: Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: НОРМА, 2000. С. 277.

² Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право: учебник. М.: Юрайт, 2013. С. 76.

воспринимается как альтернатива коллизионному регулированию, характерному для международного частного права.

Коллизионные нормы позволяют лишь определить, какое именно национальное право уполномочено урегулировать конкретные отношения. В то же время национальное право создается в первую очередь для урегулирования внутренних правоотношений и в связи с этим далеко не всегда может адекватным образом урегулировать отношения, осложненные иностранным элементом. *Lex mercatoria* же призвано стать универсальным регулятором трансграничных коммерческих отношений, созданным как подлинно международный инструмент регулирования.

Однако на практике от коллизионного вопроса полностью устраниваться невозможно, в частности, в таких аспектах, как принудительное исполнение судебных и арбитражных решений, банкротство и др. Именно по этой причине во многих документах, относящихся к *lex mercatoria*, содержатся коллизионные нормы, которые, как и сами документы *lex mercatoria*, не являются отражением воли или результатом согласования воли отдельных государств.

Понятие международного торгового обычая является одним из ключевых для *lex mercatoria*. Существует ли такое явление как международный коллизионный обычай?

Существует несколько позиций относительно данной категории. Еще в конце XIX в. М.И. Брун указывал, что «главным источником МЧП является обычное право... и международные конвенции по специальным вопросам»³. Швейцарский ученый В. Нидерер писал, что наличие в мире большого количества идентичных коллизионных норм, признаваемых всеми или большинством государств, означает, что все эти нормы «должны считаться основанными на международном обычае»⁴. К таковым В. Нидерер относит, в частности, принцип определения формы сделки по праву места ее совершения, принцип определения права на недвижимость по месту ее нахождения, принцип автономии воли сторон.

Из современных исследователей эту позицию поддерживает Л.П. Ануфриева, которая считает, что,

действительно, упомянутые В. Нидерером формулы прикрепления имеют обычно-правовое происхождение, но в настоящее время все эти нормы практически повсеместно закреплены законодательным путем⁵. Соответственно, коллизионному обычаю как таковому места в современном международном частном праве не остается.

Существует и другая точка зрения. Американский ученый Э. Рабель полагал, что можно говорить лишь о коллизионных нормах, воспринятых в большинстве стран. Этот факт не означает, что указанные нормы основаны на неких единых коллизионных обычаях. Л.А. Лунц критиковал подход В. Нидерера, приводя многочисленные примеры коллизионных норм, не соответствующих общепринятым нормам, выделенным Нидерером⁶.

П. Каленский также не разделяет точку зрения сторонников международного коллизионного обычая. По его мнению, похожие коллизионные нормы, содержащиеся в законодательствах множества государств, следует считать основанными на общих принципах права. П. Каленский указывает, что существование коллизионных норм в форме обычая не привело бы к таким существенным различиям в их закреплении в законодательствах отдельных государств, на что указывает, в частности, Л.А. Лунц. Как отмечает П. Каленский, государства, основываясь на принципах международного права, обязаны разработать законодательство о международном частном праве, применение которого не приводило бы к неограниченному применению *lex fori*⁷.

Изложенное описывает два господствующих в современной доктрине международного частного права подхода к вопросу о международном коллизионном обычае. Согласно первому подходу, международные коллизионные обычаи существовали, но все или почти все были замещены коллизионными нормами, закрепленными в законодательстве. Согласно второму подходу, международных коллизионных обычаев, на которых основаны наиболее общепринятые коллизионные нормы, не существовало никогда. Оба указанных подхода, тем не менее, не исключают

³ Брокгаузъ и Ефронъ. Энциклопедическій словарь. Т. XVIII-а (полутом 36). СПб. 1896. С. 923.

⁴ Цит. по: Лунц Л.А. Международное частное право. Общая часть. М.: Юридическая литература. 1973. С. 123.

⁵ Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права. Дисс. ... доктора юрид. наук. Москва: 2004. С. 351-352.

⁶ Там же. С. 122-124.

⁷ Kalensky P. Trends of Private International Law. Hague: 1971. P. 126.

наличие отдельных международных коллизионных обычаев в специальных областях, а они действительно существуют.

В качестве нормативной предпосылки для применения коллизионных норм обычно-правового характера могут рассматриваться соответствующие дозволения в международных договорах. Статья 9 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, устанавливает, что если применимое право не определено сторонами, таковое подлежит определению по принципу наиболее тесной связи. Однако дополнительно уточняется, что для определения этой «тесной связи» судами принимаются во внимание не только «объективные и субъективные элементы контракта», но и должны учитываться «общие принципы международного коммерческого права, признанные международными организациями». Следовательно, Конвенция дает возможность апеллировать к элементам международного коммерческого права не только по вопросам из области материального права (см. ст. 10 Конвенции), но и в отношении коллизионных аспектов.

В законодательстве Российской Федерации обычай также признается источником коллизионного права. Согласно пункту 1 статьи 1186 ГК РФ, право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется на основании не только международных договоров Российской Федерации, ГК РФ и федерального законодательства, но и признаваемых в Российской Федерации обычаев.

Как отмечает Л.П. Ануфриева, случаи существования среди обычаев делового оборота правил коллизионно-правовой природы чрезвычайно редки⁸. Тем не менее, коллизионные нормы, носящие характер обычая международной торговли, все же существуют и в области международного финансового рынка. Рассмотрим примеры коллизионных норм, содержащихся в резолюциях международных организаций, относящихся к предмету настоящего исследования.

В первую очередь рассмотрим коллизионные нормы, содержащиеся в частных кодификациях обычаев международной торговли. В качестве примера можно привести Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой (ред. 2010 г., публикация МТП №758). Статья 34 Унифицированных правил уста-

навливает, что если в гарантии не предусмотрено иное, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы гаранта, выдавшего эту гарантию, а применительно к контр-гарантии, если в ее условиях не предусмотрено иного, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы контргаранта, выдавшего эту контр-гарантию. Аналогичная по сути коллизионная норма была закреплена в ст. 27 прежней редакции Унифицированных правил (публикация МТП №458).

Из содержания приведенной нормы следует, что генеральной коллизионной привязкой, позволяющей определить право, применимое к гарантии по требованию и контр-гарантии, является автономия воли гаранта. Субсидиарной коллизионной привязкой выступает место нахождения отделения или конторы гаранта или контргаранта, соответственно.

Возникает вопрос относительно соотношения коллизионной нормы, содержащейся в документе рекомендательного характера, и коллизионной нормы, закрепленной в нормативно-правовом акте. Рассмотрим соотношение вышеприведенной нормы с коллизионными нормами, определяющими право, применимое к обязательствам из независимых гарантий (ст. 21-22 Конвенции ООН по независимым гарантиям и резервным аккредитивам 1995 г.) и банковских гарантий в Российской Федерации (ГК РФ).

Согласно ст. 21 Конвенции ООН, обязательство из независимой гарантии подчиняется праву, выбор которого оговорен в обязательстве, вытекает из условий обязательства или иным образом согласован между гарантом и бенефициаром. Следовательно, основная коллизионная привязка в рассматриваемом случае та же, что и в соответствующей коллизионной норме, закрепленной в Унифицированных правилах – автономия воли. Статья 22 содержит субсидиарную коллизионную привязку, которая используется в случае невозможности установления применимого права на основании привязки, закрепленной в ст. 21: обязательство регулируется правом государства, где находится коммерческое предприятие гаранта. Следовательно, подход к коллизионному регулированию обязательств из независимых гарантий, воспринятый при подготовке Конвенции ООН повторяет подход, закрепленный в Унифицированных правилах МТП.

В законодательстве Российской Федерации отсутствует понятие независимой гарантии или гарантии по требованию. Вместо него используется понятие

⁸ Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 348.

банковской гарантии. Согласно российскому законодательству, только банк, кредитная или страховая организация вправе выступать в качестве гаранта при выдаче независимой гарантии⁹. Банковская гарантия является односторонней сделкой, по которой гарант приобретает обязательства перед бенефициаром. Следовательно, в отсутствие специальной коллизионной нормы применительно к банковским гарантиям следует руководствоваться нормой ст. 1217 ГК РФ. Согласно норме, закрепленной в указанной статье, к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, если иное не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

В отличие от коллизионных норм, закрепленных в Унифицированных правилах МТП и Конвенции ООН, Гражданский кодекс Российской Федерации в качестве субсидиарной коллизионной привязки использует не право места коммерческой деятельности филиала или отделения гаранта, а право места нахождения непосредственно гаранта. Согласно ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа – иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности. По российскому законодательству у юридического лица может быть только одно местонахождение, создание юридическим лицом филиала не приводит к возникновению у юридического лица нового или еще одного местонахождения.

Таким образом, согласно закрепленной в ГК РФ коллизионной норме и принимая во внимание законодательное определение места нахождения юридического лица, в отсутствие оговорки в самой банковской гарантии об ином применимое право будет определяться по месту нахождения постоянно действующего исполнительного органа гаранта, в том числе, и в случае, когда гарантия выдана его зарубежным филиалом.

Как указывалось, судебная практика в Российской Федерации подтверждает, что унифицированные правила МТП могут квалифицироваться в качестве международного торгового обычая, регламентирующие международные расчеты. Тем не менее, международный торговый обычай не может применяться в противоречие норме закона – проведенный анализ подтверждает, что этот принцип соблюдается не только в России, но и в Великобритании, и в иных зарубежных государствах.

В связи с этим особый интерес вызывает Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 сентября 2011 г. №1795/11, в котором предметом рассмотрения, в том числе, стал вопрос о возможности выдачи российским банком гарантии по шведскому праву. Как указано в мотивировочной части постановления, «вывод судов о невозможности предоставления российским банком гарантийного обязательства в соответствии с правом Швеции противоречит нормам российского права, в частности статьям 1186, 1217 ГК РФ, а также положениям статьи 27 Унифицированных правил МТП для платежных гарантий, предусматривающим, что в гарантии либо в контргарантии, если только не предусмотрено иное, регулирующим их правом будет являться право местонахождения гаранта либо инструктирующей стороны (в зависимости от случая) или, если гарант или инструктирующая сторона имеют несколько местонахождений, то право местонахождения того филиала, который выдал гарантию либо контргарантию».

Несмотря на то, что вопрос соотношения ст. 1217 ГК РФ и ст. 27 Унифицированных правил МТП для платежных гарантий не являлся предметом непосредственного рассмотрения, указанные выше противоречия в данных коллизионных нормах не были отмечены в постановлении. Кроме того, Унифицированные правила МТП не были избраны ни одной из сторон спора в качестве инструмента, регулирующего спорную гарантию. Следовательно, приведенная цитата, на наш взгляд, подтверждает, что Президиум допускает возможность расширительного толкования ст. 1217 ГК РФ в части определения места нахождения юридического лица с «множественностью местонахождений», по сути, уравнивая содержание указанной нормы с коллизионной нормой, закрепленной в Унифицированных правилах МТП.

⁹ Ст. 368 ГК РФ.

Данный фрагмент постановления следует, безусловно, оценивать не в качестве ситуации, когда на практике норма закона подменяется торговым обычаем. В данном случае речь идет о судебном толковании законодательной нормы с учетом действующих международных торговых обычаев, поскольку правоотношения, в связи с которыми возник спор, осложнены иностранным элементом. Однако сама возможность приведенного выше судебного толкования ст. 1217 ГК РФ, подтвержденная Президиумом ВАС РФ, позволяет говорить о де-факто признании в Российской Федерации коллизионных норм, закрепляемых в документах *lex mercatoria*, не имеющих нормативного характера.

Модели коллизионных норм также содержатся в типовых законах и рекомендациях законодателю. Так, модельное законодательство может предлагать не только материально-правовые нормы, но и коллизионное регулирование. В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г. предлагает коллизионную норму: «Права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами. При отсутствии договоренности применяется право государства банка-получателя платежа»¹⁰. Таким образом, основная коллизионная привязка в данном случае – автономия воли сторон, дополнительная привязка – закон страны банка-получателя платежа.

Коллизионная норма также должна была быть разработана в рамках Принципов УНИДРУА о судебной защите соглашений о ликвидационном неттинге¹¹ (эти Принципы имеют характер модельного законодательства или рекомендаций законодателю). В качестве принципа № 9 должна была быть включена коллизионная норма, направленная на определение права, применимого к процедуре осуществления прекращения обязательств юридического лица по финансовым сделкам посредством ликвидационного неттинга. В настоящее время работа над указанными Принципами завершена, однако модель коллизионной нормы не вошла в финальную редакцию Принципов¹².

¹⁰ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г. // URL: www.uncitral.org.

¹¹ Preliminary Draft Principles regarding the Enforceability of Close-out Netting Provisions // URL: www.unidroit.org.

¹² Principles regarding the Enforceability of Close-out Netting Provisions // URL: www.unidroit.org.

Сложность в разработке коллизионной нормы, определяющей право, применимое к соглашению о ликвидационном неттинге, заключается в том, что процедура проведения ликвидационного неттинга носит договорный характер и по общему правилу регулируется правом, определенным сторонами. Однако в случае учреждения процедур банкротства в отношении одной из сторон соглашения порядок осуществления ликвидационного неттинга также будет оцениваться с позиций права, регулирующего процедуру банкротства. Процедуры банкротства регулируются, как правило, законом места открытия конкурсного производства (*lex fori concursus*)¹³. При этом право, определяемое по *lex fori concursus*, не становится в данном случае правом, применимым непосредственно к соглашению о ликвидационном неттинге, но именно оно определяет возможность надления требований из соглашения о ликвидационном неттинге судебной защитой в рамках процедур банкротства¹⁴.

Вторая редакция проекта принципа УНИДРУА о праве, применимом к соглашению о ликвидационном неттинге¹⁵ закрепляла, что «нормы международного частного права, предусмотренные в законодательстве имплементирующего государства, должны определять право, применимое к действию (operation) соглашения о ликвидационном неттинге, принимая во внимание в пределах, допустимых правом имплементирующего государства, выбор применимого права сторонами соглашения». Следовательно, генеральной коллизионной привязкой, предлагаемой данным принципом, является автономия воли сторон, которая может быть ограничена специальными нормами законодательства.

Также проект указанного принципа закрепляет, что «законодательство должно обеспечивать, что введение процедур банкротства не влияет на определение права, применимого к действию соглашения о ликвидационном неттинге и обязательствам сторон, вытекающим из этого соглашения». Как

¹³ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности 2005 г. // URL: www.uncitral.org.

¹⁴ Вопросы ликвидационного неттинга и Принципов ЮНСИТРАЛ более подробно рассматриваются в четвертом параграфе второй главы настоящей работы.

¹⁵ Draft Principles regarding the Enforceability of Close-Out Netting Provisions. Revision Notes. Rome, 4-8 March 2013. P. 16-18. URL: www.unidroit.org.

подчеркивается в комментариях ко второму проекту принципа № 9, рассматриваемая часть принципа необходима для того, чтобы обеспечить применение права, определенного в качестве компетентного в отношении соглашения о ликвидационном неттинге и в процедурах банкротства, и не допустить замену специальной коллизионной привязки привязкой *lex fori concursus*¹⁶.

В то же время в рамках принципа № 9 специально оговаривается возможность применения материального права, определенного по *lex fori concursus*, в отдельных аспектах. По праву, регулируемому процедуры банкротства, определяется допустимый субъектный состав сторон соглашения о неттинге и объем обязательств, которые могут быть допущены к включению в ликвидационный неттинг, а также общие критерии, по которым в судебной защите требований при банкротстве может быть отказано (мошенничество, ущемление интересов иных кредиторов).

Вероятно, что обязательства, не подлежащие включению в ликвидационный неттинг, будут просто исключены из расчета нетто-обязательства, в то время как прекращение остальных обязательств будет

признано допустимым. В ином случае суд получит возможность отказать в признании требований из соглашения о ликвидационном неттинге на основании, что его условия в части определения обязательств, подлежащих ликвидационному неттингу, нарушают требования применимого законодательства, следовательно, само соглашение будет признано недействительным.

Анализ коллизионной проблематики, поднимаемой в рамках *lex mercatoria*, не позволяет в полной мере поддержать тезис, выдвигаемый во многих современных доктринальных источниках, о *lex mercatoria* как о новом этапе в развитии международного частного права, призванном заменить коллизионное регулирование. Безусловно, налицо усиление влияния *lex mercatoria* на регулирование международных коммерческих отношений на финансовом рынке. Но в то же время выработка коллизионных норм осуществляется и в рамках самого *lex mercatoria*. Следовательно, коллизионный метод правового регулирования, традиционно признаваемый основным методом международного частного права, остается востребованным даже в контексте активного развития *lex mercatoria*.

Библиография:

1. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: НОРМА, 2000.
2. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право: учебник. М.: Юрайт, 2013.
3. Брокгауз и Ефронъ. Энциклопедический словарь. Т. XVIII-а (полutom 36). СПб. 1896.
4. Лунц Л.А. Международное частное право. Общая часть. М.: Юридическая литература. 1973.
5. Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права. Дисс. ... доктора юрид. наук. Москва: 2004.
6. Kalensky P. Trends of Private International Law. Hague: 1971
7. Ерпылева Н.Ю. Эволюция коллизионного регулирования в международном частном праве России // Право и политика. – 2014. – 7. – С. 960 – 984. DOI: 10.7256/1811-9018.2014.7.12330.

References (transliterated):

1. Zvekov V.P. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. Kurs lektzii. M.: NORMA, 2000.
2. Get'man-Pavlova I. V. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik. M.: Yurait, 2013.
3. Brokraudz' i Efron'. Entsiklopedicheskii slovar'. T. XVIII-a (polutom 36). SPb. 1896.
4. Lunts L.A. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. Obshchaya chast'. M.: Yuridicheskaya literatura. 1973.
5. Anufrieva L.P. Sootnoshenie mezhdunarodnogo publichnogo i mezhdunarodnogo chastnogo prava. Diss. ... doktora yurid. nauk. Moskva: 2004.
6. Kalensky P. Trends of Private International Law. Hague: 1971
7. Erpyleva N.Yu. Evolyutsiya kollizionnogo regulirovaniya v mezhdunarodnom chastnom prave Rossii // Pravo i politika. – 2014. – 7. – С. 960 – 984. DOI: 10.7256/1811-9018.2014.7.12330.

¹⁶ Ibid.