

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО РОССИИ

УЧЕБНИК



«ПРОСВЕТО»

УДК [346+347.7](470+571)(075.8)
ББК 67.404(2Рос)я73
П71

Авторы:

В. С. Белых, доктор юрид. наук, проф. — гл. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12;
Г. Э. Берсункаев (совместно с В. С. Белых) — гл. 3, § 3, 3.3-3.5; С. И. Виниченко,
канд. юрид. наук, доцент (совместно с В. С. Белых) — гл. 3, § 6, гл. 9, § 3, гл. 10,
§ 2; В. В. Голофаев, канд. юрид. наук, доц. — гл. 4, 9, § 4, гл. 10, § 6 (совместно
с В. С. Белых); А. А. Дубичин, канд. юрид. наук — гл. 5.

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор И. В. Ершова, кафедра предпринимательско-
го права юридического факультета Московского государственного университета
им. М. В. Ломоносова.

Ответственный редактор доктор юридических наук, профессор В. С. Белых.

Предпринимательское право России: учеб. / В. С. Белых,
П71 Г. Э. Берсункаев, С. И. Виниченко [и др.]; отв. ред. В. С. Бе-
лых. — М.: Проспект, 2009. — 656 с.

ISBN 978-5-392-00088-3

Учебник подготовлен коллективом кафедры предпринимательского права
Уральской государственной юридической академии в соответствии с программой
учебного курса по предпринимательскому праву. При его подготовке использованы
современные достижения теории и практики правового регулирования предприни-
мательской деятельности, опыт законотворчества и научных исследований в разви-
тых странах.

Структура и содержание учебника выдержаны в контексте единой экономи-
ко-правовой концепции предпринимательства с учетом межотраслевого (комплекс-
ного) регулирования отношений в данной сфере.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических и экономических ву-
зов и факультетов, а также для всех, кто интересуется вопросами применения
предпринимательского законодательства.

УДК [346+347.71(470+571)(075.8)]
ББК 67.404(2Рос)я73

Учебное издание

Белых Владимир Сергеевич,
Берсункаев Гайб Элишбиевич,
Виниченко Сергей Ильич

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬНОЕ ПРАВО РОССИИ

Учебник

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.013883.11.07 от 28.11.2007 г.

Подписано в печать 25.01.08. Формат 60×90^{1/16}.

Печать офсетная. Печ. л. 41,0. Тираж 3000 экз. Заказ № 2940

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

Отпечатано в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.

ISBN 978-5-392-00088-3



© Коллектив авторов, 2009
© ООО «Проспект», 2009

Посвящается дорогому Учителю,
доктору юридических наук, профессору,
заслуженному юристу РФ
Василию Степановичу Якушеву

ПРЕДИСЛОВИЕ

23 июля 2007 г. исполнилось 85 лет доктору юридических наук, профессору Василию Степановичу Якушеву, видному российскому ученому, талантливому педагогу и организатору науки, Учителю с большой буквы. Он — основоположник образования кафедры хозяйственного права (в настоящее время — кафедра предпринимательского права), факультета правовой службы в народном хозяйстве (сейчас — Институт права и предпринимательства). Впервые в бывшем Советском Союзе был создан специальный факультет, основная цель которого — подготовка юристов для работы на предприятиях народного хозяйства. Основатели факультета и кафедры хозяйственного права разработали индивидуальный учебный план, учебные программы, новые учебные курсы.

Профессор В. С. Якушев возглавлял кафедру хозяйственного права свыше 20 лет. Возвращаясь к прошлому, В. С. Якушев пишет: «Наиболее важной и первой по значимости задачей вновь созданной кафедры были подготовка индивидуального учебного плана хозяйственно-правовой специализации и разработка учебных программ курсов специализации. Однако, прежде надо было определить перечень учебных дисциплин специализации, объем часов по ним и формы их изучения (лекции, семинарские и практические занятия, виды письменных работ, содержание практики студентов и т. д.). Все это надо было сделать в сжатые сроки. Наконец, индивидуальный факультетский учебный план был составлен и утвержден Советом Института. Разработаны и утверждены были на кафедре и учебные программы вновь вводимых курсов...»

Образование кафедры хозяйственного права и факультета правовой службы в народном хозяйстве — весьма смелый шаг. На этом пути основатели кафедры и факультета встретили много препятствий и подводных течений. Существовавшие в те годы теоретические разногласия (и не только) между представителями гражданского и хозяйственного права мешали нормальной работе, отвлекали от продуктивной деятельности.

¹ Якушев В. С. Кафедра хозяйственного права (краткий исторический очерк). Воспоминания о прошлом и размышления о будущем. Екатеринбург, 2002. С. 39.

В настоящее время отголоски этих разногласий проявляются в той или иной форме. Некоторые ученые предлагают упразднить не только науку хозяйственного права (читай: предпринимательского права), но и преподавание этой дисциплины. По их мнению, следует также упразднить и кафедры хозяйственного (предпринимательского) права, созданные в юридических институтах и на юридических факультетах университетов. Таким образом, предлагается в духе 1930-х годов «радикально» решить давний научный спор и покончить с хозяйственным (предпринимательским) правом во всех его проявлениях.

Одно из замечательных свойств профессора В. С. Якушева — это научная терпимость и уважительное отношение к теоретическим оппонентам, благодаря чему кафедре удалось сохранить ровные отношения с представителями различных научных направлений, школ и взглядов. В научной деятельности, как в политике, не обойтись без компромиссов. Здесь нет классовых врагов и непримиримой оппозиции. Ортодоксы опасны не только в религии, но и в праве. Однако в настоящее время их можно обнаружить и среди представителей науки гражданского права, и среди сторонников хозяйственного и предпринимательского права.

Традиционно хозяйственно-правовая (предпринимательско-правовая) специализация определяется введением в учебный план новых учебных дисциплин, увеличением академических часов на изучение факультативных и специальных курсов, а также сокращением числа и объема учебных дисциплин уголовно-правового цикла. В начале становления и развития кафедры хозяйственного права и факультета правовой работы в народном хозяйстве такая специализация обеспечивалась за счет преподавания таких учебных курсов, как «Правовые основы регулирования хозяйственной деятельности», «Правовое регулирование хозяйственных связей в СССР», «Организация правовой работы в народном хозяйстве», «Практикум разрешения отдельных хозяйственных споров». Сейчас число учебных дисциплин значительно возросло. Только кафедра предпринимательского права обеспечивает преподавание более 20 дисциплин, таких как гражданское и предпринимательское, антимонопольное и конкурентное право, биржевое, валютное, корпоративное право, организация правовой работы в коммерческих организациях, правовое регулирование внешнеэкономической деятельности и др.

Получение студентами глубоких знаний по фундаментальным учебным дисциплинам должно гармонично сочетаться с изучением ими специальных курсов. Важно лишь определить количественное и качественное соотношение между ними. Гражданское и предпринимательское (коммерческое) право должны служить теоретической и методологической базой для становления и развития многих специальных и факультативных курсов (например,

таких как банковское, биржевое, валютное, страховое право). Все это требует определенного пересмотра и переосмысления всей учебной программы студентов, избравших хозяйственно-правовую специализацию. Причем большое значение имеет не только число учебных дисциплин. Главное здесь — те первостепенные цели, которые преследуются вузом при подготовке студентов, избравших хозяйственно-правовую специализацию. Углубленная специализация обеспечивается рядом факторов, среди которых не последнее место принадлежит увеличению академических часов на изучение факультативных и специальных курсов. Например, вопросам несостоятельности (банкротства) в рамках гражданского (или предпринимательского) права отведено небольшое число часов, тогда как спецкурс «Правовые основы несостоятельности (банкротства)» преподается в Институте права и предпринимательства Уральской государственной юридической академии в объеме 32 часов.

Таким образом, различные учебные дисциплины должны преподаваться по-разному, с учетом их места в учебной программе и правовой специализации студентов. В образовательном процессе именно учебной программе принадлежит первостепенное значение. Так, для студентов Института права и предпринимательства курс гражданского права читается именно с этих методологических позиций. Вряд ли при этом целесообразно механически следовать за структурой Гражданского кодекса, с тем чтобы охватить преподаванием все разделы, главы и параграфы Кодекса. Специфика преподавания предпринимательского права заметно усиливается за счет увеличения объема публично-правовых начал. Отсюда очередная проблема — соотношение предпринимательского права с административным, международным публичным, финансовым, бюджетным, налоговым правом. В учебном процессе нужны междисциплинарные (межкафедральные) связи и согласования «пограничных тем».

Именно на этом участке преподавания предпринимательского (равно как и хозяйственного, коммерческого) права следует проявлять максимум осмотрительности и разумности, дабы «не оккупировать чужую территорию».

В тоже время нельзя превращать предпринимательское право во второстепенную учебную дисциплину (государственный образовательный стандарт относит предпринимательское право к числу дисциплин национально-регионального компонента). Такой перевод предпринимательского права в ранг второстепенной учебной дисциплины привел в ряде юридических вузов к резкому сокращению объема часов.

¹ См.: Чельшев М. Ю. Концепция оптимизации межотраслевых связей гражданского права: постановка проблемы. Казань, 2006.

Другая идея преподавания предпринимательского права заключается в его практической направленности. Студенты по избранной ими специальности должны научиться правильно применять акты предпринимательского законодательства к отдельным экономическим ситуациям.

Замысел написать учебник по предпринимательскому праву у меня возник давно. Причины здесь разные. Главная из них — устранить некую историческую несправедливость, поскольку у коллектива кафедры предпринимательского (хозяйственного) права за всю 30-тилетнюю историю не было своего полноценного учебника по предпринимательскому праву. Было соавторство в учебниках по советскому гражданскому праву в двух томах (отв. ред. проф. О. А. Красавчиков), хозяйственному праву (отв. ред. проф. О. А. Красавчиков и проф. В. П. Грибанов), в «Настольной книге хозяйственному руководителю по законодательству» (отв. ред. проф. Б. И. Пугинский). И, конечно же, за эти годы коллектив кафедры, которую я возглавляю уже более 10 лет, накопил значительный опыт в преподавании учебных дисциплин предпринимательско-правовой специализации. Хотелось бы поделиться им с читателями!

Система учебного курса по предпринимательскому праву состоит из двух частей: Общей и Особенной. Общая часть включает такие разделы, как: общие положения; субъекты предпринимательской деятельности; имущество субъектов предпринимательской деятельности; приватизация государственного и муниципального имущества; государственное регулирование предпринимательской и иной экономической деятельности; правовые средства осуществления и защиты прав субъектов предпринимательской деятельности. В Особенной части учебного курса выделяются основные сферы приложения предпринимательских усилий (производственное предпринимательство, посредническое предпринимательство, финансовое предпринимательство, консультативное предпринимательство). Однако во избежание дублирования материала курса гражданского права в отношении отдельных видов предпринимательских договоров соответствующие темы не рассматриваются в настоящем учебнике. Кроме того, если даже мысленно включить разделы о правовом регулировании производственного, посреднического, финансового, консультативного предпринимательства в структуру и содержание учебника, его объем увеличится по меньшей мере в 2 раза.

Поэтому такие темы, как предпринимательские договоры о передаче товаров в собственность, пользование, по выполнению работ и возмездному оказанию услуг и др., должны читаться с учетом особенностей учебного плана юридического вуза, юридического факультета. В Институте права и предпринимательства мы распределили темы по потребительским и предприниматель-

ским договорам между курсами гражданского и предпринимательского права. Это стало возможным благодаря не только учебному плану, но и тому обстоятельству, что курс по гражданскому праву для студентов Института читают преподаватели кафедры предпринимательского права, обеспечивая гармоничное сочетание между двумя дисциплинами: гражданским и предпринимательским правом. Такой учебный эксперимент продолжается уже более 30 лет.

Мы прекрасно осознали, что наш учебник не лишен недосмотров. Авторский коллектив будет признателен за критические замечания и предложения, направленные на совершенствование структуры и содержания учебника. Они обязательно будут изучены и учтены при подготовке учебника к последующему изданию. Спасибо всем за помощь и поддержку!

Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор В. С. Бельх

Раздел 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1

ПРЕДМЕТ И СИСТЕМА КУРСА

§ 1. Предпринимательская деятельность как предмет правового регулирования

Понятие предпринимательской деятельности (предпринимательства). Предпринимательская деятельность (предпринимательство) — сложная категория. Ее можно рассматривать в разных аспектах: организационном, экономическом, юридическом и др.

Предпринимательство — это прежде всего вид человеческой деятельности. Причем предпринимательская деятельность не сводится к простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), имеющих единую цель. Основная цель предпринимательской деятельности — производство и предложение рынку такого товара, на который имеется спрос и который приносит прибыль¹. Однако ориентация на достижение коммерческого успеха не является самодовлеющей целью в современном бизнесе. Наряду с извлечением прибыли для субъектов предпринимательской деятельности принципиальное значение приобретает также вопрос о создании *собственного дела (бизнеса)*, в рамках которого осуществляются производство товаров, выполнение работ, оказание услуг.

Предпринимательские структуры принимают участие в решении социальных проблем российского общества, жертвуют свои средства на развитие культуры, образования, здравоохранения, охрану окружающей среды. Одна из основных конституционных обязанностей предпринимателей — уплата законно установленных налогов и сборов.

Вместе с тем при создании предпринимательских структур не преследуется цель — уплата налогов и сборов. В соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации (НК) (п. 1 ст. 3) каждое лицо должно уплачивать законно установленные налоги и сборы. Это публичная обязанность предпринимателей, вытекающая из реализации предпринимательских действий.

¹ См.: Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник для вузов. М., 1997. С. 18.

Организационный аспект предпринимательства выражается в следующем. Основу практической деятельности человека составляет *целенаправленное действие*. В свою очередь, действие понимается как процесс, направленный на выполнение простой текущей задачи либо подчиненный достижению промежуточного результата целостной деятельности¹. *Операция* — следующий элемент деятельности, представляющий собой «комплекс действий, ориентированных на решение определенной задачи»². Операции являются элементами более высоких уровней поведения (например, управление производством). В реальной жизни существует тесная связь и взаимообусловленность между различными элементами человеческой деятельности. Так, одно и то же действие может входить в качестве элемента в разные операции. И наоборот: одна и та же операция может быть совершена разными действиями.

Особое место в структуре деятельности людей занимают поступки. Поступок — это не очередной уровень поведения, а социальная характеристика действий и операций при условии, что они имеют общественную значимость. Поступки, по мнению В. Н. Кудрявцева, относятся к таким актам поведения, которые приобретают положительную или отрицательную социальную характеристику³. Сказанное в равной степени касается и предпринимательства (предпринимательской деятельности).

Экономический аспект предпринимательства. В научной среде предпринимательство с точки зрения экономической определенности принято рассматривать в трех аспектах: как экономическую категорию; как метод хозяйствования; как тип экономического мышления⁴. Так, для характеристики предпринимательства в качестве экономической категории используется система отношений между субъектами и объектами предпринимательства. В свою очередь, рассматривая предпринимательство через призму метода ведения хозяйства, ученые-экономисты выделяют такие признаки предпринимательства, как самостоятельность и независимость хозяйствующих субъектов.

Предпринимательство — особый тип экономического мышления, характеризующийся совокупностью оригинальных взглядов и подходов к принятию решений. Центральное место здесь принадлежит личности предпринимателя⁵. Это — особый склад ума, воля к победе, желание борьбы, творческий характер его труда.

¹ См.: Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. М., 1991. С. 36—39.

² Клиланд Д., Кинг В. Системный анализ и целевое управление / пер. с англ. М., 1974. С. 126.

³ См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 9—10.

⁴ См.: Экономические науки. 1992. № 4. С. 134—137.

⁵ См.: Курс экономической теории: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Чепурина, Е. А. Киселевой. Киров, 1995. С. 219—221.

Юридический аспект предпринимательства. Категория «предпринимательство» имеет большое практическое значение. Она широко используется в действующем законодательстве. Достаточно сказать, что в первой и второй частях Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК) термин «предпринимательская деятельность» применяется в 45 статьях. Таким образом, отношения в сфере предпринимательской деятельности являются объектом правового регулирования. В то же время субъекты предпринимательской деятельности вправе издавать локальные (корпоративные) нормативные акты, регулирующие корпоративные отношения, внутренние вопросы деятельности.

Легальное определение понятия «предпринимательская деятельность» дано в п. 1 ст. 2 ГК. *Предпринимательской* является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Рассмотрим нормативные признаки предпринимательства.

Самостоятельный характер этой деятельности проявляется во многих отношениях. В первую очередь он означает относительную независимость предпринимателя от иных органов, организаций и частных лиц. Граждане и их объединения сами иницируют предпринимательскую деятельность и самостоятельно осуществляют ее. Предприниматель свободен в выборе предмета предпринимательской деятельности, а также средств для ее эффективного осуществления.

В литературе условно выделяют имущественную и организационную («хозяйственную») самостоятельность предпринимательской деятельности. Под *имущественной самостоятельностью* понимается наличие у предпринимателя обособленного собственного имущества как экономической базы деятельности¹. Объем имущественной самостоятельности зависит от того юридического титула, на основе которого это имущество принадлежит субъекту. Следовательно, можно говорить о полной (когда имущество принадлежит субъекту на праве собственности) и об ограниченной (когда имущество принадлежит субъекту на ином вещном праве, например, на праве хозяйственного ведения или оперативного управления) имущественной самостоятельности.

Организационная самостоятельность выражается в возможности принятия самостоятельных решений в процессе предпринимательской деятельности, начиная с принятия решения занимать-

ся предпринимательской деятельностью, выбора вида деятельности, организационно-правовой формы и заканчивая принятием решения о прекращении деятельности (в случае добровольной ликвидации предпринимателя).

Самостоятельность проявляется и на стадиях поиска партнеров, заключения договоров, распределения предпринимательского дохода.

Именно самостоятельный характер предпринимательской деятельности отличает ее от трудовой деятельности (например, от работы по трудовому контракту). Работники предприятия, вступая в трудовые отношения, должны подчинять свою деятельность определенному трудовому распорядку и соблюдать производственную дисциплину.

Указанное различие получило закрепление и в налоговом законодательстве. Так, Налоговый кодекс РФ (ст. 227 и др.) проводит разграничение между налогообложением доходов, получаемых физическими лицами за выполнение ими трудовых и иных приравненных к ним обязанностей, и доходов от предпринимательской деятельности.

Однако самостоятельный характер предпринимательской деятельности имеет свои юридические границы. Предпринимательство представляет собой деятельность в рамках действующего законодательства. Скажем, предпринимательство не может осуществляться в организационно-правовой форме коммерческой организации, не предусмотренной Гражданским кодексом РФ (ст. 50), без специального разрешения на отдельные виды деятельности.

При этом надо отметить, что самостоятельный характер присущ и общественно-политической, и благотворительной, и социально-культурной деятельности. Свойства самостоятельности еще в большей степени, чем в предпринимательстве, проявляются в творческой деятельности.

Систематизм — следующий признак предпринимательства. О нем принято говорить в двух аспектах. Первый — систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Второй аспект связан с систематическим совершением определенных действий (операций, поступков). Несмотря на некоторую взаимосвязь между собой, указанные случаи не совпадают ни по объему, ни по содержанию. Действительно, можно иметь единовременную прибыль от систематических поведенческих актов, и наоборот — систематическую прибыль от единичного действия. Возможен вариант длительного отсутствия предпринимательской деятельности (или вялотекущая деятельность) с одновременным наличием прибыли, заработной платы в предыдущие годы. В хозяйственной

¹ См.: Еришова И. В., Иванова Т. М. Предпринимательское право: Учебное пособие. М., 1999. С. 3—4; Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 18—19.

¹ См.: Ровный В. В. Гражданско-правовая природа предпринимательства. Иркутск, 1996. С. 30—31.

практике встречаются случаи, когда коммерческие организации, осуществляя предпринимательскую деятельность в течение нескольких лет, не получают какую-либо прибыль и являются, по крайней мере по бухгалтерским документам, убыточными. Причем нередко руководители предприятий (организаций) преднамеренно создают такое положение, дабы не платить налоги и другие обязательные платежи в соответствующий бюджет.

Систематическое извлечение прибыли — обязательный (сущностный) признак предпринимательской деятельности. Коммерческая направленность ограничивает эту деятельность не только от общественно-политической, благотворительной, социально-культурной, но и от других видов инициативной деятельности. Так, в силу ст. 11 Закона РФ от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 138-ФЗ)¹ фондовая биржа создается в форме некоммерческого партнерства или акционерного общества. Биржевую деятельность нельзя отнести ни к благотворительной, ни к социально-культурной и др. Деятельность фондовой биржи представляет собой разновидность хозяйственной деятельности, даже если в процессе ее осуществления не преследуется цель извлечения прибыли. Иначе говоря, понятия «хозяйственная деятельность» и «предпринимательство» соотносятся как род и вид.

Систематизм означает неоднократное повторение чего-то (в нашем случае — предпринимательских действий). Поэтому систематическое извлечение прибыли есть неоднократное получение прибыли.

Понятие «систематическое получение прибыли» нельзя раскрыть через количественный критерий, поскольку невозможно сколько-нибудь серьезно обосновать утверждение о том, что два действия (сделки) — это еще не система, а три образуют необходимое состояние.

Далее, систематическое и постоянное извлечение прибыли — не одно и то же. Слово «постоянное» означает не прекращающуюся во времени деятельность по получению прибыли. «В неразличии, смешении обоих проявлений деятельности заложены корни серьезных конфликтных ситуаций. В частности, сложности возникают при оценке предпринимательской деятельности, субъекты которой скрывают ее, а при выявлении отрицают наличие предпринимательства, ссылаясь именно на то, что акции, внешне схожие по цели с предпринимательскими, носят не систематический, а случайный, разовый, повторный и т. п. характер»².

¹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918. Далее — Закон о рынке ценных бумаг.

² Жалинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М., 1999. С. 48-49.

Предпринимательство есть *рисковая деятельность*. Категория «предпринимательский риск» еще не стала предметом повышенного внимания ученых-юристов в силу своей «молодости». В литературе делаются лишь первые попытки в общем смысле сформулировать определение данного понятия. При этом используются теоретические разработки общей проблемы риска таких исследователей, как М. М. Агарков, В. П. Грибанов, М. С. Гринберг, О. А. Красавчиков, Н. С. Малеин, В. А. Ойгензихт и др.

Категория «риск» весьма многогранна¹. В связи с этим нельзя не вспомнить о риске собственника (ст. 221 ГК), покупателя (ст. 459), арендатора (ст. 669), сторон в договорах подряда (ст. 705), страхования (ст. 944, 945), предпринимателя (ст. 929, 933) и иных лиц. В каждом из этих случаев содержание риска будет иметь индивидуальные признаки. Так, в ст. 933 ГК предусмотрена возможность заключения договора страхования предпринимательского риска, под которым согласно ст. 929 ГК понимается риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов.

Итак, *предпринимательский риск* — это потенциальная возможность (опасность) наступления или ненаступления события (совокупности событий), повлекшего неблагоприятные имущественные последствия для деятельности предпринимателя по не зависящим от него обстоятельствам. Такой риск выражается и в неполучении прибыли (дохода), и в возникших убытках, и в свертывании производства товаров и услуг, и в утрате клиентуры и деловой репутации, и в ликвидации бизнеса и др.

В учебной и научной литературе ряд авторов выделяют (помимо названных признаков предпринимательства) другие признаки предпринимательской деятельности. К ним относятся, в частности, инициативность и профессионализм предпринимателей, государственная регистрация субъектов предпринимательства и др. Рассмотрим их подробно.

Признак легитимации предпринимательства. В силу ст. 2 ГК подлежат регистрации не предпринимательская деятельность, а лица, ее осуществляющие. Это общее правило распространяется и на индивидуальное, и на коллективное предпринимательство. Например, коммерческие организации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность с момента их государственной регистрации в качестве юридических лиц.

¹ См.: Кабышев О. А. Предпринимательский риск: правовые вопросы // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996.

Из сказанного можно сделать следующие выводы. Лицо (в том числе юридическое), осуществляющее предпринимательскую деятельность без государственной регистрации, предпринимателем (коммерческой организацией) не является. В свою очередь, лицо, прошедшее такую регистрацию, приобретает статус предпринимателя, даже если и не осуществляет указанную деятельность. Поэтому легитимация предпринимательства — это формальный (внешний) признак данного явления.

Будучи экономической категорией, предпринимательская деятельность существует независимо от факта государственной регистрации субъектов предпринимательства. Однако отсутствие такой регистрации влечет за собой правовые последствия: предпринимательская деятельность признается незаконной. Так, в ст. 171 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК) установлена ответственность за незаконное предпринимательство.

Инициативный характер предпринимательства. Данный признак нельзя отнести к обязательным признакам предпринимательства. Инициатива свойственна всем участникам гражданского оборота. Не случайно в литературе основанная на законе инициатива физических и юридических лиц рассматривается в качестве характерной черты гражданско-правового метода регулирования общественных отношений.

Профессионализм предпринимателей. Спорно утверждение некоторых авторов о том, что профессионализм (профессиональная основа) — сущностный признак предпринимательской деятельности¹. Гражданский кодекс РФ (п. 3 ст. 50) разрешает некоммерческим организациям осуществлять предпринимательскую деятельность постольку, поскольку это соответствует целям, ради которых они созданы. Едва ли здесь можно говорить о предпринимательском профессионализме некоммерческих организаций.

Подытоживая сказанное, можно сформулировать собственное определение предпринимательской деятельности. *Предпринимательская деятельность (предпринимательство)* представляет собой совокупность целенаправленных, систематических действий, совершаемых самостоятельно, на свой риск лицом, зарегистрированным в качестве предпринимателя, в целях удовлетворения потребностей конкретных потребителей и общества и получения систематической прибыли посредством создания и ведения собственного бизнеса, дела (продажа товаров, выполнение работ, оказание услуг и т. п.). Основная цель предпринимательства, на наш взгляд, — не только в получении прибыли. С современных пози-

ций для предпринимательства важно иметь собственный бизнес (свое дело).

Коммерческая направленность — важный признак предпринимательства, позволяющий провести отграничение его от иной экономической деятельности. Но нельзя при определении предпринимательства основной упор делать на цели извлечения прибыли. Цивилизованный рынок нуждается в предпринимателях, которые стремятся к созданию устойчивого во всех отношениях собственного бизнеса. Это — имущественный комплекс, наделенный реальными материальными и нематериальными активами, организация производства и реализации готовой продукции (работ и услуг), кадровый состав, клиентская база, рынок сбыта и т. д.

Соотношение понятий «предпринимательская деятельность», «экономическая деятельность», «хозяйственная деятельность», «коммерческая деятельность». В силу п. 1 ст. 34 Конституции РФ каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Как видно, *предпринимательская деятельность* (предпринимательство) есть вид деятельности экономической.

Что касается *экономической деятельности*, то в современной литературе отсутствует единство мнений по определению данного понятия. Одна группа ученых рассматривает экономическую деятельность с позиции хозяйственной активности индивидов, их объединений по производству, распределению, перераспределению и потреблению материальных благ; другая — с точки зрения процесса воспроизводства материальных благ и духовных богатств; третья — как вид общепольной деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми субъектами.

Надо особо отметить, что экономическая деятельность — это прежде всего экономическая категория, а потому в ее разработке значительная роль отводится научным исследованиям ученых-экономистов. Но, к сожалению, рассматриваемая категория еще не стала предметом глубокого и всестороннего исследования. Она ждет своего исследователя.

В связи с этим сформулируем ряд признаков экономической деятельности.

1. Экономическая деятельность есть разновидность общепольной деятельности, которая представляет собой совокупность целенаправленных действий.

2. Субъектами экономической деятельности являются любые правоспособные лица (физические, юридические), а также публичные образования (государство, субъекты РФ, муниципальные образования). Кроме того, в состав субъектов входят коллективные образования без статуса юридического лица (финансо-

¹ См.: Предпринимательское право. Курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн. М., 1993. С. 11-13.

во-промышленные группы, холдинги, внешне обособленные подразделения и др.).

3. Данный вид деятельности осуществляется в сфере экономики. При этом *экономика* есть хозяйство, совокупность (система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда¹.

4. При осуществлении экономической деятельности преследуются следующие основные цели: а) создание материальных и духовных (нематериальных) благ; б) удовлетворение разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества и общества в целом.

5. Компенсация производимых материальных и других затрат производится за счет получаемого дохода.

Итак, *экономическая деятельность* является видом общепользуемой (социальной) деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми правоспособными лицами, а также некоторыми коллективными образованиями без статуса юридического лица, публичными образованиями в целях создания материальных и духовных (нематериальных) благ, удовлетворения разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества в целом за счет получаемого экономического дохода².

К сказанному добавим несколько слов о понятии «экономика».

Во-первых, нельзя смешивать разнопорядковые явления: модель экономики и национальную экономику. Существуют страны с административно-командной моделью экономики, многоукладной экономикой, рыночной экономикой. В реальной действительности «чистая» экономика встречается крайне редко. Экономика рыночная, или командно-бюрократическая, малоэффективна, а потому недолговечна³. Например, страны с рыночной экономикой официально признаны таковыми. Но дело не только в этом (хотя данный факт имеет существенное значение). Государство с устойчивой рыночной экономикой использует наряду с рыночными механизмами и иерархические механизмы управления. Однако при этом не происходит смешение абстрактных моделей экономик. О смешанной экономике можно говорить, на наш взгляд, в отношении государств переходного периода (рос-

¹ См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. М., 1996. С. 393.

² Схожая точка зрения была высказана К. К. Лебедевым (см.: Лебедев К. К. «Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин. СПб., 2002. С. 55).

³ См.: Жилинский С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). Курс лекций. С. 13.

сийская экономика характеризуется, с одной стороны, сломом старой административно-командной системы, с другой — развитием рыночной экономики). Спорно утверждение о том, что для смешанной экономики характерно многообразие форм собственности и наличие двух регуляторов (рыночного и государственного). Смешанная (публично-частная) форма собственности — один из показателей смешанной экономики. Аналогично, упрощенным выглядит также взгляд на смешанную экономику через призму основных регуляторов.

Во-вторых, экономика — это национальное (народное) хозяйство, совокупность его отраслей, где производятся материальные и духовные блага. Отрасли экономики с точки зрения характера общественного разделения труда и участия в создании совокупного общественного продукта и национального дохода разделяются на отрасли материального производства и непроеизводственную сферу¹. К первой относятся все виды деятельности, создающие материальные блага в форме продуктов, энергии, в форме перемещения грузов, хранения продуктов, сортировки, упаковки и других функций, являющихся продолжением производства в сфере обращения. Остальные виды деятельности, в процессе которых материальные блага не создаются, образуют в совокупности непроеизводственную сферу деятельности. К сфере материального производства отнесены такие, например, отрасли российской экономики, как: промышленность, сельское хозяйство, транспорт и связь, строительство, торговля и общественное питание, материально-техническое снабжение и сбыт, информационно-вычислительное обслуживание и др. В состав непроеизводственной сферы входят: жилищно-коммунальное хозяйство, здравоохранение, физическая культура и социальное обеспечение, образование, культура и искусство, наука и научное обслуживание и др.

Категория «экономическая деятельность» имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. Так, в силу п. 1 ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК) арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной *экономической деятельности*. Термин «экономическая деятельность» используется, например, в ст. 13 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ)², ст. 1 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³, п. 4 ст. 3

¹ См.: Общесоюзный классификатор «Отрасли народного хозяйства» (ОКОНХ) от 1 января 1976 г. Утратил силу с 1 января 2003 г.

² СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434. Далее — Закон о защите конкуренции.

НК). Глава 22 УК называется «Преступления в сфере экономической деятельности».

В отличие от понятия «предпринимательская деятельность», термин «экономическая деятельность» не раскрывается в действующем законодательстве. Законодатель предпринял лишь некоторые шаги к определению понятия «экономическая деятельность» в постановлении Госстандарта России от 6 августа 1993 г. № 17, которым утвержден Общероссийский классификатор видов экономической деятельности, продукции и услуг ОК 004—93 (в ред. от 1 февраля 2002 г.)¹. В нем дается общее определение экономической деятельности как *процесса, сочетающего действия*, приводящие к получению определенного перечня продукции. Это достигается тогда, когда объединяются ресурсы (оборудование, рабочая сила, технологии, сырье и материалы) и производственный процесс для создания конкретных товаров и услуг. Даже на первый взгляд видно, что данное определение страдает рядом недостатков. Непонятна фраза «процесс, сочетающий действия». Возникает вопрос: почему указанные действия должны приводить «к получению определенного перечня продукции»? Практически ставится знак равенства между понятиями «экономическая деятельность» и «предпринимательская деятельность».

Не менее сложным является вопрос об определении понятия «хозяйственная деятельность», особенно в современных условиях развития российского общества. В разное время ученые вкладывали различный смысл в содержание понятия «хозяйственная деятельность»; причем это делали как представители теории хозяйственного права, так и сторонники цивилистического типа правового регулирования общественных отношений². Научные дискуссии не прекращаются до сих пор.

На наш взгляд, в настоящее время понятие «хозяйственная деятельность» можно рассматривать в широком и узком значениях. В первом случае хозяйственная и экономическая деятельность — это совпадающие понятия³. Те общественные (социальные) явления, которые в советский период назывались «хозяйственные отношения», «хозяйственные связи», «хозяйственная деятельность», сейчас приобрели иное звучание. Так, вместо словосочетания «народное хозяйство» используется понятие «национальная экономика». Соответственно термины «хозяйствен-

¹ В данном виде документ опубликован не был. Первоначальный текст документа вышел отдельным изданием в 1996 г.

² См.: Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. М., 1975. С. 13; Хозяйственное право / Отв. ред. В. П. Грибанов, О. А. Красавчиков. М., 1977. С. 39—41; Собчак А. А. Правовое регулирование хозяйственной деятельности. Л., 1981. С. 11—16.

³ См.: Семеусов В. А., Тюкавкин А. А., Пахаруков А. А. Правовые проблемы предпринимательской (экономической) деятельности. Иркутск, 2001. С. 55.

ные отношения», «хозяйственные связи» заменены на понятия «экономические отношения», «экономические связи». Более того, ряд ученых предлагают идею и научную теорию экономического права¹.

В узком значении термин «хозяйственная деятельность» означает деятельность хозяйствующих субъектов, направленную на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ и оказание услуг стоимостного характера и ценовой определенности. Здесь понятия «экономическая деятельность» и «хозяйственная деятельность» соотносятся между собой как род и вид. Именно такой позиции придерживается большинство исследователей проблем правового регулирования хозяйственной деятельности. Считается, что хозяйственной деятельностью могут заниматься не только субъекты предпринимательства (например, коммерческие организации), но и лица, не являющиеся предпринимателями.

Таким образом, предпринимательская и хозяйственная деятельность — это *перекрещивающиеся понятия*. Не всякая хозяйственная деятельность может считаться предпринимательской.

Понятия «предпринимательская деятельность», «торговая деятельность» — не синонимы. Известно, что процесс производства продукции (товара) в широком значении слова можно подразделить на отдельные этапы и виды деятельности. Это — маркетинг (поиск и изучение рынка); проектирование и (или) разработка технических требований продукции; подготовка и разработка производственных процессов; производство (в узком смысле); торговая (торгово-посредническая, торгово-закупочная) деятельность; контроль, проведение испытаний и обследований; упаковка и хранение; монтаж и эксплуатация; техническое обслуживание; утилизация использования. Данные этапы и виды деятельности охватываются термином «жизненный цикл продукции», который получил легальное закрепление в российском техническом законодательстве и широко применяется на практике.

Обмен играет важную роль в производственном процессе. В экономической литературе было справедливо обращено внимание на производительность обмена. Равно как и производство, обмен также производителен, ибо способствует перемещению в пространстве благ таким образом, что полнее удовлетворяются человеческие потребности и, следовательно, увеличивает богатство общества². Производительный характер обмена разрушает сложившийся в общественном сознании стереотип мышления о том, что торговцы «ничего не создают».

¹ См.: Экономическое право: Хрестоматия. Т. 1 / Под общ. ред. В. И. Видягина. СПб., 2004. С. 8-9.

² Курс экономической теории / Под общ. ред. М. Н. Чепурина, Е. А. Киселевой. Киров: Изд-во «Асса», 1995. С. 54.

Итак, производственная и торговая (торгово-посредническая, торгово-закупочная) деятельность — это *самостоятельные виды «жизненного цикла продукции»*. По своему экономическому содержанию торговля входит в стадию обмена продуктами труда.

В заключение считаем целесообразным выстроить соотношение между рассматриваемыми базовыми категориями в *следующей последовательности*: экономическая (хозяйственная) деятельность — хозяйственная деятельность (в узком смысле) — предпринимательская деятельность — коммерческая (торговая) деятельность.

Формы и виды предпринимательской деятельности. Предпринимательская деятельность неоднородна и может быть классифицирована по различным основаниям: виду деятельности, формам собственности, количеству собственников (учредителей) и др. Вопрос о классификации предпринимательской деятельности не получил еще должного внимания, хотя и имеет большое практическое значение.

Форма — это классификационная единица. С точки зрения формы различают коллективное и индивидуальное предпринимательство¹. *Коллективное предпринимательство* осуществляется организациями со статусом юридического лица и без него (статуса). *Индивидуальная форма предпринимательства* есть предпринимательская деятельность граждан, осуществляемая без образования юридического лица (ст. 23 ГК).

Используя такой критерий, как статус учредителя (учредителей), различают государственное, муниципальное и частное предпринимательство. *Государственное* (равно и муниципальное) *предпринимательство* возникает благодаря усилиям государства, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в лице соответствующих органов (гл. 5 ГК). *Частное предпринимательство* — продукт создания частными лицами (физическими и юридическими). В экономической литературе государственное (публичное) и частное предпринимательство некоторые ученые относят также к основным *формам предпринимательства*.

Виды предпринимательства. Прежде всего с учетом жизненного цикла продукции необходимо выделить производственную, посредническую и финансовую предпринимательскую деятельность (предпринимательство в финансовой сфере)². Так, в состав посреднической деятельности включены конкретные формы агенти-

¹ Е. П. Чорновол критически оценивает классификацию предпринимательской деятельности на коллективную и индивидуальную формы (см.: Чорновол Е. П. *Формы и виды предпринимательской деятельности*// Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 3. С. 40—41). Любая классификация логична и полезна, если она, во-первых, основана на едином критерии (основании), и, во-вторых, имеет нормативное закрепление.

² См.: там же. С. 53-89.

рования (брокерство, комиссия, делькредере, индент, консигнация), оптовое купечество (дистрибьюторство, дилерство, торговое маклерство, джобберство), посылоторговское посредничество, торговое представительство (коммивояжерство, аукционерство), биржевое предпринимательство, ризлторство.

Финансовое предпринимательство осуществляется кредитными организациями, страховыми организациями, инвестиционными фондами.

Наряду с этими видами предпринимательства в экономической литературе особо выделяют *консультационное предпринимательство*(1).

Указанная классификация предпринимательства, на наш взгляд, перспективна. Она (классификация) будет использоваться авторами при написании соответствующих разделов настоящего учебника.

Данная градация предпринимательской деятельности приобретает и практический смысл. Так, в налоговом законодательстве в зависимости от вида предпринимательской деятельности (производственная, торговая, посредническая и др.) определяется и размер налогов.

В зависимости от области применения предпринимательство подразделяется на предпринимательскую деятельность, осуществляемую в промышленности, капитальном строительстве, сельском хозяйстве, науке и т. д. Каждая из названных областей экономики формирует особенности правового режима предпринимательской деятельности.

Предпринимательская деятельность не ограничена только рамками производственной сферы. Она осуществляется и в социально-культурной сфере (например, в области образования, культуры, здравоохранения). Так, учебные заведения (включая и государственные учреждения) могут осуществлять предпринимательскую деятельность.

Возможны и другие основания для классификации предпринимательской деятельности (например, по субъектам, организационно-правовым формам юридических лиц). С учетом субъектного состава выделяют субъекты естественных монополий, малого и среднего бизнеса.

Е. П. Чорновол предлагает деление предпринимательства по наиболее значимым критериям. Так, в зависимости от способа получения прибыли он выделяет четыре вида предпринимательства: 1) по использованию имущества; 2) по продаже товаров; 3) по выполнению работ; 4) по оказанию услуг². С учетом характера

¹ См.: Предпринимательство: Учебник для вузов / Под ред. В. Я. Горфинкеля, Г. Б. Поляка, В. А. Швандара. М., 1999. С. 35, 47-52.

² См.: Чорновол Е. П. Указ. соч. С. 43.

(вида) вещного права он подразделяет предпринимательскую деятельность на два вида: а) осуществляемую на праве собственности; б) осуществляемую на ограниченном вещном праве. В свою очередь, указанные виды дифференцируются на отдельные разновидности.

Мы согласны с тем, что критерии деления предпринимательства могут быть основными и дополнительными.

Отношения в сфере предпринимательства. По поводу предпринимательской деятельности возникают различного рода общественные отношения. Предпринимательские (горизонтальные) отношения представляют собой имущественные отношения товарно-денежного характера, в рамках которых осуществляется предпринимательская деятельность между субъектами предпринимательства либо между последними и гражданами. В сфере названных отношений находят удовлетворение производственные и иные потребности субъектов предпринимательства.

В свою очередь, предпринимательские (вертикальные) отношения складываются между управленческими органами и субъектами предпринимательства в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности. Их содержание составляют организационные действия различных управленческих органов (антимонопольные, финансовые, налоговые органы, органы стандартизации, метрологии и др.)¹.

Особую группу отношений, регулируемых действующим законодательством, образуют *корпоративные отношения* — экономические отношения со сложной структурой. На наш взгляд, корпоративные отношения можно условно разделить на внешние и внутренние. В состав *внешних корпоративных отношений* входят отношения, возникающие, например, между акционерами, акционерным обществом и акционерами; отношения между внешними обособленными подразделениями (филиалами и представительствами) и в хозяйственном обществе; отношения между материнской (преобладающей) компанией и зависимыми (дочерними) обществами; отношения между коммерческими организациями в составе предпринимательского объединения².

Возникающие *внутрикорпоративные отношения* также неоднородны. В связи с этим можно выделить несколько уровней внутрикорпоративных отношений: а) межструктурные отношения, складывающиеся между внутренними подразделениями типа цеха (отдела и т. д.); б) отношения между участниками корпоративной

¹ См.: Лантев В. В. Введение в предпринимательское право. М., 1994. С. 18—19; Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 22.

² См.: Бельх В. С. О корпорации, корпоративных отношениях и корпоративном праве // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 2. С. 58—59.

организации и органами управления (менеджментом). Причем указанные отношения также различны.

Таким образом, нельзя сводить богатые по содержанию корпоративные отношения к внутрикорпоративным (внутрифирменным)¹.

Корпоративные отношения являются самостоятельной сферой правового регулирования предпринимательства. Эти отношения регулируются не только внутренними (локальными) актами предприятий (организаций)², но и федеральными законами, а также многочисленными подзаконными нормативными актами различной юридической силы.

Именно эти *три группы отношений и составляют предметное единство* — сферу правового регулирования предпринимательской деятельности. Данные виды общественных отношений не просто разнородны (разнородность имеется и в гражданском праве, например между имущественными и личными неимущественными отношениями), они находятся в иерархическом соподчинении, зависимы друг от друга прямо или косвенно. Это обуславливает очень тесную, зачастую функциональную взаимосвязь между рассматриваемыми отношениями.

§ 2. Понятие предпринимательского права и его место в структуре российского права

Научные теории предпринимательского права. Прежде чем обратиться к рассмотрению современных концепций предпринимательского права, сделаем небольшой исторический экскурс, чтобы напомнить читателю об истоках теоретических разногласий между учеными.

В свое время О. А. Красавчиков, подводя итоги проблемам правового регулирования хозяйственной жизни, выделил пять основных концепций хозяйственного права, каждая из которых отличалась и оригинальностью взглядов ученых, и соответствовала реальной действительности на определенном этапе развития советского государства. Это концепции: «отрицания правового регулирования хозяйственной деятельности» (А. Г. Гойхбарг), «двухсекторного права» (П. И. Стучка), «довоенной (единой) теории хозяйственного права» (Е. Б. Пашуканис, Л. Я. Гинцбург), «послевоенной теории хозяйственного права» (В. В. Лаптев, В. К. Мамутов, Г. М. Сверд-

¹ Подробнее об этом см.: Корпоративное право: Учебник/Отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2007; Кашанина Т. В. Корпоративное право: Учебник. М., 2006.

² Здесь и далее, как правило, имеется в виду предприятие.

³ См.: Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. Свердловск, 1990. С. 72.

лов, В. С. Тадевосян и др.). Названные теории правового регулирования хозяйственных отношений уже были предметом рассмотрения в научной и учебной литературе. Поэтому, не раскрывая их содержания, сформулируем некоторые принципиальные положения.

Во-первых, интерес ученых с различными взглядами и убеждениями к теоретическим проблемам хозяйственного права был обусловлен в первую очередь объективными причинами, связанными с реальными потребностями социалистической экономики. В поисках научной истины были сформулированы концепции хозяйственного права при активном участии и ученых-цивилистов.

Во-вторых, современные теории предпринимательского (коммерческого, торгового) права во многом predeterminedены научными концепциями прошлых лет и могут при определенных обстоятельствах рассматриваться в качестве продолжения и интерпретации последних, с учетом новейших достижений правовой мысли. Так, теория правового нигилизма оказалась крайне живучей. В реальной действительности можно обнаружить достаточно примеров, наглядно свидетельствующих о фактах грубого попираания законов.

В современной юридической литературе можно выделить три основные теории предпринимательского права. Первая (господствующая) теория — «*предпринимательское право есть составная часть гражданского права*». По мнению цивилистов, оно (право) не имеет предмета и метода правового регулирования в их традиционном понимании, а также особых принципов в сфере предпринимательской деятельности. Некоторые ученые (В. Ф. Попондопуло, В. В. Ровный и др.) ставят знак равенства между предпринимательским и коммерческим правом. Правда, возникает вопрос: что означает словосочетание «часть гражданского права»? Одни авторы по этому вопросу хранят молчание, другие (например, В. Ф. Попондопуло) рассматривают предпринимательское (коммерческое) право в качестве функциональной подотрасли гражданского права. Иные подотрасли гражданского права (вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право) являются предметными подразделениями гражданского права, поскольку они выделяются в системе гражданского права по содержанию регулируемых отношений. Напротив, Б. И. Пугинский проводит разграничение между предпринимательским и коммерческим правом, а равным образом и между предпринимательской и коммерческой деятельностью.

В. Ф. Попондопуло в более поздней работе дает следующее определение коммерческого (предпринимательского) права¹.

¹ См.: Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 26.

Это — совокупность общих и специальных норм гражданского права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (предпринимательские отношения), основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Отмечается, что коммерческое право — составная часть гражданского права, изучение которой вызвано практическим интересом.

Вторая теория — «*предпринимательское право как самостоятельная отрасль права*» — принадлежит сторонникам концепции хозяйственного (предпринимательского) права. В. В. Лаптев отмечает, что при переходе к рыночной экономике ошутимо возрастает роль хозяйственного права, которое становится правом предпринимательской деятельности¹. Итак, понятия «хозяйственное право» и «предпринимательское право» — синонимы со всеми вытекающими отсюда научными выводами.

Такая позиция не только критикуется цивилистами (в критике теории предпринимательского права используются в основном старые аргументы из арсенала научной полемики прошлых лет), но и не разделяется некоторыми сторонниками теории хозяйственного права. Например, В. К. Мамутов считает, что предмет хозяйственного права включает и предпринимательскую, и иную деятельность в области хозяйствования².

Представители теории предпринимательского права традиционно выделяют предмет и особый метод правового регулирования единых предпринимательских отношений. Эти отношения подразделяются на три группы общественных связей:

- а) предпринимательские имущественные (горизонтальные);
- б) предпринимательские управленческие (вертикальные);
- в) предпринимательские внутрифирменные (корпоративные).

В единстве предпринимательских отношений заключается их различие.

По мнению цивилистов, научные позиции сторонников хозяйственного (предпринимательского) права остались в своей основе прежними. М. И. Брагинский считает, что авторы, разделяющие хозяйственно-правовые взгляды, вынуждены облекать соответствующие идеи в несколько иную форму, сохраняя, однако,

¹ См.: Лаптев В. В. Хозяйственное право — право предпринимательской деятельности // Государство и право. 1993. № 1. С. 36—40; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник/Под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. М., 2006. С. 8-9.

² См.: Мамутов В. К. Кодификация хозяйственного законодательства Украины в новых экономических условиях // Государство и право. 1994. № 6. С. 79. Подробнее о научных взглядах представителей теории хозяйственного права Украины см.: Экономика и право. Сб. науч. тр. Киев, 2003.

их существо, а именно: возможность регулирования горизонтальных и вертикальных отношений в едином законе¹. Такая оценка теоретических взглядов представителей концепции предпринимательского права распространена среди цивилистов.

Третья теория — «*предпринимательское право как комплексная отрасль (образование)*» — базируется на исходных положениях учебных, которые наряду с первичными структурами права (такими как конституционное, административное, гражданское, процессуальное и т. д.) указывают на существование вторичных, третичных правовых образований. Вот что по этому поводу пишет О. М. Олейник: «В узком смысле предпринимательское право рассматривается как отрасль права второго уровня, сочетающая в себе признаки и методы ряда базовых отраслей»².

Будучи комплексной отраслью, предпринимательское право регулирует особого рода отношения в сфере предпринимательства³. Указанные отношения образуют так называемое предметное единство.

Предпринимательское право — это комплексная отрасль, гармонично сочетающая публично-правовые и частноправовые начала. Комплексная отрасль права характеризуется преобладанием (в гармоничном сочетании) разноотраслевых норм, регулирующих общественные отношения.

«Публицизация» частного права — закономерный процесс. На этом фоне принципиальным является вопрос о том, что именно подвергается «публикации» — гражданское право и (или) гражданское законодательство. На наш взгляд, «публицизация» охватывает и гражданское право, и гражданское законодательство. Например, институт юридических лиц относится к гражданско-правовым средствам (ст. 48 ГК). Однако порядок (процедура) их государственной регистрации носит административно-правовой характер (ст. 51 ГК). Провести условное разграничение между ними по отраслевому критерию не вызывает трудностей. Вопрос заключается в другом: следует ли производить «чистку» гражданского права (равно как гражданского законодательства) от инородных норм в целях сохранения цивилистического целомудрия?

Усиление публично-правовых начал в регулировании общественных отношений, их активное проникновение в частноправовую сферу стирают грань между самостоятельными и комплексными отраслями права.

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право, общие положения. М., 1997. С. 97—98.

² Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Отв. О. М. Олейник. М., 1999. С. 33.

³ См.: Бельх В. С. Теория хозяйственного права в условиях становления и развития рыночных отношений в России // Государство и право. 1995. № 11. С. 57; Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2005. С. 4—33.

Идея о формировании хозяйственного (предпринимательского) права на стыке публичного и частного права является актуальной и плодотворной и в настоящее время. Однако эта идея не должна, на наш взгляд, строиться на отказе от деления права на публичное и частное, как иногда утверждают сторонники хозяйственного права. Напротив, в реальной действительности между публичным и частным правом не существует Великой китайской стены. Показательно в этом плане высказывание М. М. Агаркова о том, что «социальный строй, основанный только на частноправовых началах, не ведет к гуманному обществу. И в этом, и другом случае благие намерения способствуют уничтожению личности»¹. История нашего государства подтверждает справедливость этого прогноза, сделанного выдающимся ученым-юристом в начале нынешнего века.

Становление и развитие теорий хозяйственного (предпринимательского) права — это прежде всего своеобразная реакция ученых на объективные потребности общества, когда традиционные отрасли права (конституционное, административное, гражданское, процессуальное и др.) не справляются в полной мере с поставленными перед ними задачами по комплексному правовому регулированию экономических отношений.

Указанные явления в науке известны давно. Достаточно вспомнить о становлении концепции торгового права. Однако если торговое (коммерческое) право рассматривается преимущественно в контексте дуализма частного права, то предпринимательское (хозяйственное) право представляет собой, в нашем понимании, комплексное образование, сочетающее публично-правовые и частноправовые начала. Те исследователи проблем правового регулирования экономических отношений, которые не проводят разграничение между делением права на публичное и частное, с одной стороны, и дуализмом частного права, — с другой, допускают смешение разнопорядковых понятий, таких как «предпринимательское право», «торговое право», «коммерческое право».

Коммерческое право — это составная часть предпринимательского права; та часть, которая регулирует отношения в сфере обмена товарами².

§ 3. Принципы предпринимательского права

Правовые принципы — это выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание (основы) и закрепленные в нем закономерности общественной

Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 2. С. 40—42.

² См.: Андреева Л. В. Коммерческое право России: Учебник. М., 2006. С. 1—12.

жизни¹. Они (принципы) обладают рядом свойств, что ставит их в один ряд с другими системообразующими факторами, такими как предмет и метод правового регулирования общественных отношений, правовые презумпции.

Во-первых, принципы права — это его сквозные «идеи», которые пронизывают право. Однако указанные начала не представляют собой что-то абстрактное. Напротив, они являются не чем иным, как идеологическим (надстроечным) отражением потребностей общественного развития. В них получают выражение не только основы права, но и закономерности социально-экономической жизни общества².

Во-вторых, правовые принципы должны быть реально выражены в самом праве. Так, в ст. 1 ГК нашли свое непосредственное отражение основные начала гражданского законодательства, а в ст. 3 НК РФ — основные начала законодательства о налогах и сборах. Те начала, которые еще не закреплены в правовых нормах, не могут быть отнесены к числу правовых принципов. Они являются лишь идеями (началами) правосознания, научными выводами³. Обычно принципы выступают в виде норм (норм-принципов).

В-третьих, будучи нормами права, принципы выполняют регулятивную функцию, т. е. непосредственно регулируют общественные отношения. В частности, принципы гражданского права применяются, если есть пробелы в гражданском законодательстве и возникает необходимость в применении аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК).

В литературе принято подразделять принципы на общие и специфические (отраслевые). Кроме того, в юридической науке выделяют принципы правовых институтов. К числу общих принципов можно отнести: принцип законности, принцип справедливости, принцип юридического равенства, принцип социальной свободы и др.

С учетом сказанного обратимся к принципам предпринимательского права. В учебной и научной литературе по этой проблеме были высказаны различные точки зрения. По мнению В. В. Лаптева, основными принципами предпринимательского права являются: свобода предпринимательской деятельности; юридическое равенство всех форм собственности, используемых в предпринимательской деятельности; свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности; получение прибыли

¹ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 102–112.

² См.: Советское гражданское право: Учебное пособие / Под ред. О. А. Красавчикова. Вып. 1. Свердловск, 1976. С. 30.

³ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 103.

как цели предпринимательства; законность в предпринимательской деятельности; сочетание частных и публичных интересов в предпринимательском праве; государственное регулирование предпринимательской деятельности¹. Иначе говоря, здесь не названы неосновные принципы, а потому их перечень остается открытым.

В то же время В. В. Лаптев относит получение прибыли как цели предпринимательства к принципам предпринимательского права. Едва ли можно согласиться с таким мнением. Получение прибыли — обязательный признак определения понятия предпринимательской деятельности. Указанный признак нельзя превратить в правовой принцип.

В. С. Мартемьянов исходит из более узкого круга правовых принципов. В учебнике по хозяйственному праву он называет следующие принципы: экономическая свобода, защита экономических интересов хозяйствующих субъектов и поощрение предпринимчивости в хозяйствовании; государственное воздействие на отношения в народном хозяйстве преимущественно на основе применения экономических мер и методов; конкуренция и защита от монополизма; законность².

Аналогичной точки зрения придерживаются В. С. Анохин и О. М. Олейник³, которые практически дословно (включая и терминологические нюансы) воспроизводят позицию В. С. Мартемьянова.

В связи с этим представляется целесообразным высказать собственное видение этой проблемы.

1. Отсутствие предпринимательского кодекса (или иного кодифицированного акта) не лишает возможности говорить о принципах предпринимательского права. Большинство правовых принципов, которые могут с большим успехом применяться в области предпринимательской деятельности, содержатся в Конституции РФ. На это обратили внимание и представители концепции хозяйственного (предпринимательского) права, и сторонники других теоретических взглядов.

2. Плодотворна попытка, на наш взгляд, вычленив правовые принципы, которые прямо не сформулированы в Конституции РФ, но их можно установить из постановлений Конституционного Суда РФ. Поэтому предлагаем принципы предпринимательского права классифицировать на явно (прямо) выраженные

¹ См.: Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. С. 8–17.

² См.: Мартемьянов В. С. Хозяйственное право: Курс лекций. Т. 1. Общие положения. М., 1994. С. 6–9.

³ См.: Анохин В. С. Предпринимательское право: Учебник. М., 1999. С. 14–15, 20–22; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник: В 2 т. Т. 1/Отв. ред. О. М. Олейник. С. 40–46.

и подразумеваемые в силу закона и правовых позиций Конституционного Суда РФ¹. Простой пример: известный принцип гражданского права — принцип надлежащего исполнения обязательств — прямо не сформулирован в Гражданском кодексе РФ, однако он применяется в хозяйственной и судебной практике. Сказанное в равной степени относится к таким принципам как принцип реального исполнения обязательств, принцип экономичности исполнения обязательств и т. д.

3. С учетом комплексной (публично-частноправовой) природы предпринимательского права нельзя игнорировать те принципы, которые свойственны отраслям публичного и частного права (например, административному, гражданскому праву). Так, например, провозглашенный в ст. 1 ГК принцип свободы договора нельзя ограничивать рамками применения гражданского права. Принцип свободы вытекает также из некоторых норм Конституции РФ (п. 2 ст. 35, ст. 74, п. 4 ст. 75). Отсюда следует вывод о том, что сформулированные в нормах публичного и частного права правовые принципы должны рассматриваться в качестве принципов предпринимательского права, если последние (нормы-принципы) регулируют предпринимательские отношения.

Теперь рассмотрим основные принципы предпринимательского права.

Свобода предпринимательской деятельности — основополагающий принцип предпринимательского права. Этот принцип закреплен в ст. 8 Конституции РФ, в соответствии с которой в Российской Федерации гарантируется свобода экономической деятельности. Более конкретно данный принцип раскрывается в ст. 34 Основного закона: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности». Вместе с тем свобода предпринимательства не абсолютна; она может быть ограничена в общественных интересах. Одна из форм такого ограничения — лицензирование отдельных видов предпринимательской деятельности. В то же время без лицензии запрещается осуществлять определенные виды деятельности.

Свобода предпринимательской деятельности — это *универсальный (интегрированный) принцип* предпринимательского права. Он объединяет несколько самостоятельных принципов правового регулирования отношений в сфере предпринимательства (например, принцип свободы договора, дозвольтельный принцип, принцип свободы конкуренции).

¹ См.: Белых В. С., Винницкий Д. В. Налоговое право России: Краткий учебный курс. М., 2004. С. 139—140.

Г. А. Гаджиев считает, что свобода предпринимательской деятельности включает в себя в соответствии с Конституцией РФ в качестве составных элементов свободу:

— выбирать род деятельности или занятий, свободу быть либо наймодателем-предпринимателем, либо нанимателем (ст. 37);

— передвигаться, выбирать место пребывания и жительства — свободу рынка труда (ст. 27);

— объединения для совместной экономической деятельности-выбора организационно-правовой формы предпринимательской деятельности и образования в уведомительном порядке различных предпринимательских структур (ст. 34);

— иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, свободу владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами (ст. 34, 35);

— договора — заключать гражданско-правовые и иные сделки (ч. 2 ст. 35, ст. 74, ч. 4 ст. 75);

— от незаконной конкуренции (ч. 2 ст. 34);

— заниматься любой предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено законом» (ч. 1 ст. 34)¹.

Комплексный характер принципа свободы предпринимательской деятельности нашел отражение в решениях Европейского Суда справедливости в Люксембурге по конкретным делам². Под принципом свободы предпринимательства Европейский Суд подразумевает: 1) свободу выбора занятий или профессии; 2) свободу от незаконной конкуренции; 3) общую свободу совершать все то, что не запрещено законом.

В сравнительном плане интерес вызывает Хозяйственный кодекс Украины³, отдельные статьи которого посвящены свободе предпринимательства. Так, ст. 6 Кодекса относит свободу предпринимательской деятельности к общим принципам хозяйствования. Статья 43 раскрывает содержание понятия «свобода предпринимательской деятельности». В соответствии с п. 1 названной статьи предприниматели имеют право без ограничений самостоятельно осуществлять любую предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом.

¹ См.: Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации (опыт сравнительного исследования). М., 1995. С. 137.

² См.: Newill Brown L. The court of justice of the European Communities. London, 1989. P. 298-299.

³ См.: Хозяйственный кодекс Украины. Харьков, 2007.

Статья 44 Хозяйственного кодекса Украины называет принципы предпринимательской деятельности. Среди них: свобода выбора предпринимателем видов предпринимательской деятельности; самостоятельное формирование предпринимателем программы деятельности, выбор поставщиков и потребителей производимой продукции, привлечение материально-технических, финансовых и других видов ресурсов, использование которых не ограничено законом, установление цен на продукцию и услуги; свобода распоряжения прибылью, оставшейся у предпринимателя после уплаты налога, сбора и других платежей, предусмотренных законом; самостоятельное осуществление предпринимателями внешнеэкономической деятельности и др. Как видно, хотя ст. 44 названа «Принципы предпринимательской деятельности», практически в ней речь идет о свободе предпринимательства как об основополагающем принципе.

Таким образом, под *принципом свободы предпринимательства* понимается основная идея, позволяющая и гарантирующая физическим лицам и их объединениям свободно принимать решение об использовании имущества, капитала или средств производства в целях создания собственного бизнеса, а также свободно осуществлять организацию предпринимательской деятельности.

Свобода договора — следующий принцип предпринимательского права. Данный принцип получил «легальную прописку» и в Конституции РФ (ч. 2 ст. 35, ст. 74, ч. 4 ст. 75), и в Гражданском кодексе РФ (ст. 1, 421). Он (принцип) проявляется в следующем.

Во-первых, граждане и юридические лица свободны в заключении договора или отказе от его заключения. По общему правилу понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда такая обязанность предусмотрена Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством. Например, в силу п. 3 ст. 425 ГК коммерческая организация не вправе отказываться от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы. Сторона, заключившая предварительный договор, не вправе уклониться от заключения основного договора (ст. 429 ГК). Кредитные банковские организации не имеют права отказать клиенту без достаточных оснований заключить договор банковского счета (ст. 845, 846 ГК). Предприятие-монополист не вправе отказаться от заключения государственных контрактов в случаях, установленных законом, и при условии, что госзаказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены поставщику в связи с выполнением госконтракта (п. 2 ст. 527 ГК). Перечень таких случаев можно продолжить.

Во-вторых, в свободе выбора типа и (или) вида заключаемого договора. Стороны могут заключить договор, как предусмотрен-

ный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. В ст. 8 ГК такого рода договоры рассматриваются в качестве основания возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений. Свобода договора дает возможность контрагентам заключить смешанный договор, включающий в силу п. 3 ст. 421 ГК элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

В-третьих, в свободе в определении контрагентов заключаемого договора. В условиях рыночной экономики стороны свободны, самостоятельны в выборе партнеров — участников договорных отношений, за исключением случаев заключения договоров в обязательном порядке. Следует согласиться с мнением о том, что «гражданское законодательство связывает выбор партнера не только с действиями по заключению договора, но и с компетентным отказом от таких действий для того или иного претендента»¹. Судебная практика также дает возможность сделать аналогичный вывод относительно свободы выбора партнера.

В-четвертых, стороны самостоятельно определяют условия заключаемого договора. Такой выбор относится, главным образом, к несущественным условиям, поскольку существенные условия определены законом или вытекают из вида договора. Правда, существенный характер условий договора могут установить сами контрагенты. Однако в тех случаях, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам (ст. 422 ГК). Важно отметить и другое положение: стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров (смешанный договор).

Свобода договора не носит абсолютного характера. «Свобода договора могла бы стать абсолютной только при условии, если бы сам Кодекс и все изданные в соответствии с ним правовые акты состояли исключительно из диспозитивных и факультативных норм». Однако, как пишут М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, такой путь повлек бы за собой немедленную гибель экономики страны, ее социальных и иных программ².

Как видно, свобода договора (равно как свобода предпринимательства) может быть ограничена в силу закона, а также иных правовых актов либо по причине экономического (финансового) неравенства хозяйствующих субъектов на определенном рынке. Поэтому о свободе договора можно говорить с юридической и экономической точек зрения.

¹ Тельгарин Р. О свободе заключения гражданско-правовых договоров в сфере предпринимательства // Рос. юстиция. 1997. № 10.

² См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 126.

Принцип «свободного перемещения» объектов предпринимательской деятельности (договоров) получил закрепление в ст. 8 Конституции РФ и ст. 1 ГК. Статья 8 гласит «В Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, работ и финансовых средств...» Гражданский кодекс (п. 3 ст. 1) предусматривает, что любые ограничения перемещения товаров и услуг могут быть введены только федеральным законом и лишь тогда, когда это оказывается необходимым в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Принцип неприкосновенности и юридического равенства всех форм собственности, используемых в предпринимательской деятельности, также прямо вытекает из положений Основного закона (ст. 8, 9, 34, 35). Так, в п. 2 ст. 8 сказано: «В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». Применительно к земле и другим природным ресурсам данный принцип сформулирован в п. 2 ст. 9 Конституции РФ. В первую очередь отметим, что и в Конституции РФ, и в Гражданском кодексе РФ (п. 1 ст. 212) частная собственность открывает список форм собственности. Однако это не означает, что именно частная форма обладает какими-либо преимуществами перед иными формами собственности.

Полагаем, что собственность можно подразделить на две большие группы: частную и публичную. *Публичная* представляет собой государственную (федеральную и собственность субъектов Федерации) и муниципальную собственность. Категория «частная собственность» охватывает все остальные формы собственности. С этих позиций собственность не только физических лиц и большинства организационно-правовых форм коммерческих организаций, но и собственность общественных и религиозных организаций (объединений), например, является частной.

Отметим, что ни в Конституции РФ, ни в Гражданском кодексе РФ не раскрывается смысл словосочетания «иные формы собственности». Это вызвало в юридической литературе различного рода предположения. Чаше всего указывается на смешанную форму собственности, хотя называются политэкономические построения типа «коллективной», «арендной» или «общинной» собственности. Так, В. В. Лаптев пишет: «Можно предположить, что к ним (иным формам собственности — В. Б.) относятся смешанные формы, в которых имущество принадлежит как государству, так и муниципальным образованиям, частным лицам и организациям»¹.

¹ Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. С. 10; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. М., 1997. С. 11-12.

На наш взгляд, категория «смешанная форма собственности» имеет право на существование. Но вряд ли она применима к ситуациям, связанным с созданием юридических лиц. Например, при учреждении акционерного общества публичным образованием и частными лицами не происходит образование смешанной формы собственности. В соответствии с п. 2 ст. 48 ГК между юридическим лицом (в нашем случае — акционерным обществом) и его участниками возникают обязательственные правоотношения, а потому имущество акционерного общества принадлежит ему на праве собственности. Нет смешанной формы собственности и при создании коммерческих организаций с участием иностранного капитала. По законодательству об иностранных инвестициях такие организации могут учреждаться только в форме общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества.

Нельзя говорить о смешанной форме собственности и в отношении унитарных предприятий. В силу ст. 114 ГК унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, создается по решению уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, а казенное предприятие — по решению Правительства РФ на базе имущества, находящегося в федеральной собственности (ст. 115 ГК). Правовая модель унитарного предприятия исключает какую-либо возможность формирования смешанной собственности.

Практически отсутствуют юридические предпосылки к образованию смешанной формы и применительно к некоммерческим организациям. Пункт 3 ст. 48 ГК гласит: «К юридическим лицам, в отношении которых их учредители (участники) не имеют имущественных прав, относятся общественные и религиозные организации (объединения), благотворительные и иные фонды, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы)». Например, организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемая им полностью или частично, может существовать как публичное (государственное и муниципальное), так и частное (общественное и т. д.) учреждение.

Свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности — следующий принцип предпринимательского права. Он также нашел отражение в Конституции РФ, в соответствии с п. 2 ст. 34 которой «не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию». Аналогичная норма (правовой принцип) содержится в п. 1 ст. 10 ГК; она устанавливает пределы осуществления гражданами и юридическими лицами гражданских прав. И Конституция РФ, и Гражданский кодекс РФ запрещают субъектам предпринимательской деятельности злоупотребление своими правами (например, злоупотребление доминирующим положением на рынке). Более того, п. 2

ст. 10 ГК предусматривает правовые последствия несоблюдения соответствующих требований: суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права. Поэтому заинтересованная сторона вправе обратиться в суд с исковым требованием об отказе виновному в злоупотреблении своими правами лицу в правовой защите.

Принцип государственного регулирования (воздействия) предпринимательской деятельности и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела играет важную роль в условиях рыночной экономики. По нашему мнению, он означает, во-первых, что государство в лице компетентных органов использует всевозможные формы и средства государственно-правового воздействия на экономические отношения. Как справедливо замечает Д. Н. Сафиуллин, товарно-денежным отношениям свойственна известная спонтанность и стихийность развития¹. Отсюда возникает потребность в применении иерархических (публичных) механизмов регулирования хозяйственной деятельности.

В литературе по предпринимательскому праву данный принцип рассматривают без второго элемента (составляющей части) — без указания на недопустимость произвольного вмешательства в частные дела, относя этот принцип к гражданскому праву. Напротив, при его характеристике выдвигается на первое место публично-правовое начало, а именно государственное регулирование рыночной экономики. Вместе с тем надо помнить, что предпринимательское право представляет собой комплексное образование, где сочетаются публично-правовые и частноправовые элементы правового регулирования социальных связей.

Принцип законности также называется в системе принципов предпринимательского права. Однако он (наряду с принципами справедливости, уважения прав человека, верховенства Конституции РФ и законов, равноправия и др.) является общеправовым и всеобъемлющим правовым принципом. Сущность данного принципа заключается не только в требованиях строгого и неукоснительного соблюдения всеми субъектами права законов и основанных на них подзаконных актов², но и в требованиях безусловной защиты и реального обеспечения прав, интересов граждан и юридических лиц, а также охраны правопорядка в целом от любого произвола³. Такая трактовка законности удовлетворяет потребности современного общества и обеспечивает нормальное его функционирование в условиях демократии. В области

¹ См.: Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. С. 5.

² См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Т. 1. С. 113.

³ См.: Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. М. Корельский, В. Д. Перевалов. Екатеринбург, 1996. С. 436—437.

предпринимательской деятельности законность распространяется и на предпринимателей, и на органы государственной власти и местного самоуправления.

Содержание принципа законности заключено в ст. 15 Конституции РФ, которая гласит: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, применяемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации. Органы государственной власти, местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации».

Принцип законности следует рассматривать в контексте с такой категорией, как «правопорядок». С общетеоретических позиций правопорядок есть состояние упорядоченности общественных отношений (организация общественной жизни), основанное на праве и законности. Однако едва ли можно признать верным распространенное мнение о том, что правопорядок представляет собой реализованную законность. Главная черта правопорядка — это состояние упорядоченности, которое складывается в результате действия всех правовых предписаний в соответствии с принципом законности¹. Основой правопорядка выступает не законность, а право. Законность — условие (принцип) правопорядка².

Правопорядок является разновидностью общественного порядка. В свою очередь, правопорядок можно подразделить на отдельные виды.

Так, с учетом деления права на публичное и частное представляется целесообразным говорить о публично-правовом и частноправовом порядке. В зависимости от сферы применения норм права и индивидуальных предписаний надо особо выделить хозяйственный (экономический) правопорядок. Реализация правовых предписаний в рассматриваемой сфере преследует основную цель — создание организованного (согласованного, гармоничного), устойчивого и стабильного правопорядка.

§ 4. Методы предпринимательского права

С общетеоретических позиций *метод правового регулирования* общественных отношений — это способы (приемы, средства) воздействия права на поведение людей. Эта точка зрения является господствующей в отечественной правовой науке. С. С. Алексеев

¹ См.: Васильев А. М. Правовые категории. М., 1976. С. 180.

² См.: Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. М. Корельский, В. Д. Перевалов. С. 456.

пишет: «Он (метод — В. Б.) представляет собой особые способы, средства, приемы, используемые при правовом регулировании определенных, качественно своеобразного вида общественных отношений»¹. Причем *метод правового регулирования* — это совокупность способов (средств, приемов). Итак, способ состоит из средств, приемов, действий.

Во-первых, понятие «способ» связано с вопросом, как осуществляется регулирование, а понятие «средство» — с вопросом, что применяют для такого регулирования².

Во-вторых, нельзя ставить знак равенства между методами государственного регулирования экономики и методами правового регулирования. В любом случае это несовпадающие по содержанию понятия.

Существует и иное мнение по рассматриваемому вопросу. Например, О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский при определении метода регулирования видят в нем выражение какого-либо одного способа опосредования общественных отношений³. Эта точка зрения нашла свое развитие в трудах ученых-цивилистов. По мнению Н. Д. Егорова, «метод как критерий, индивидуализирующий гражданско-правовую отрасль в системе российского права, должен характеризоваться только одной чертой, но такой, которая присуща любой норме гражданского права. В качестве такой черты и выступает юридическое равенство сторон»⁴.

Сторонники концепции хозяйственного (предпринимательского) права также исходят из широкого понимания метода правового регулирования⁵. При этом хозяйственное (предпринимательское) право имеет не один, а несколько методов правового регулирования. По мнению В. В. Лаптева, в предпринимательском праве применяются следующие методы правового регулирования: метод автономных решений (метод согласования), метод обязательных предписаний, метод рекомендаций⁶.

¹ Алексеев С. С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М., 1961. С. 48; Он же. Предмет советского социалистического гражданского права: Ученые труды. Т. 1. Серия: «Гражданское право». Свердловск, 1959. С. 258.

² См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 30.

³ См.: Шаргородский М. Д., Иоффе О. С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 104.

⁴ Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1996. С. 12.

⁵ См.: Мартымянов В. С. Хозяйственное право. Курс лекций. Т. 1. Общие положения. С. 9; Ершова И. В., Иванова Т. М. Предпринимательское право: Учебное пособие. С. 5; Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М., 2007. С. 11 (автор гл. 1 — И. В. Ершова).

⁶ См.: Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. С. 23.

В науке административного права распространено мнение, согласно которому общественные отношения, регулируемые административным правом, построены на началах власти и подчинения. Однако административные отношения не сводятся только к отношениям «власти и подчинения». В настоящее время ряд авторов указывают на два их вида: вертикальные и горизонтальные¹. Если первые складываются между субъектами, находящимися либо в прямом организационном, либо функциональном подчинении, то вторые устанавливаются между субъектами, не подчиненными друг другу. Такие горизонтальные отношения являются административными (управленческими), поскольку возникают в сфере исполнительно-распорядительной деятельности и в связи с осуществлением органами государственной власти функций организационного характера. Вторые отношения регулируются публично-правовым договором, для которого характерны некоторые специфические признаки². К ним относятся: предмет договора, обязательства сторон и способы их обеспеченности. Добавим, и не только. Право внедряет в административную деятельность не свойственные ей в прошлом способы воздействия: договоры, рекомендации, конкурсы³.

Следовательно, в административном праве наряду с основным (системообразующим) методом действуют дополнительные методы правового регулирования общественных отношений. Вместе с тем такие способы воздействия, как публично-правовой договор, рекомендации, не играют определяющей роли в характеристике административно-правового регулирования. Равно как наличие императивных норм в гражданском праве не влияет на природу и оценку регулируемых связей.

Комплексный характер присущ и методу трудового права. Он (метод) включает в себя как диспозитивные, так и императивные элементы регулирования. Разные стороны метода проявляются в разных институтах трудового права. Так, в таких институтах, как коллективный договор, трудовой договор, заработная плата, участники трудовых отношений имеют значительную свободу в установлении своих прав и обязанностей. В других институтах (дисциплинарная ответственность, материальная ответственность, охрана труда и др.) — поведение участников трудовых отношений предопределено, свобода их поведения ограничена, велико вмешательство государства и законодательства⁴. Думается, что использование словосо-

¹ См.: Петров Г. И. Советское административное право: Часть общая. Л., 1972. С. 117.

² См.: Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. М., 1995. С. 183.

³ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник. М., 2000. С. 26.

⁴ См.: Трудовое право России: Учебник / Отв. ред. Р. З. Лившиц, Ю. П. Орловский. М., 1999. С. 26-27.

четания «диспозитивное и императивное регулирование» страдает серьезным недостатком и не позволяет раскрыть специфику метода трудового права. Более правильно, на наш взгляд, говорить о двух методах регулирования трудовых отношений: равенства и подчинения.

Теория комплексного подхода присуща и Д. В. Винницкому при характеристике метода налогового права¹. По мнению ученого, в методе налогового права сочетаются общедозволительный и разрешительный типы (начала) правового регулирования общественных отношений.

В литературе по хозяйственному (предпринимательскому) праву чаще всего называют несколько методов правового регулирования: обязательных предписаний; автономных решений (метод согласования); рекомендаций². Иногда можно встретить мнение о том, что метод автономных решений состоит из двух компонентов: метода согласования и метода разрешения³. Эта точка зрения имеет давнюю историю и практически не претерпела каких-либо существенных изменений в настоящее время.

Среди представителей концепции хозяйственного (предпринимательского) права есть и другой взгляд на метод правового воздействия. В. С. Мартемьянов и его сторонники (преимущественно ученики) рассматривают метод хозяйственного (равно и предпринимательского) права в качестве единого метода правового регулирования⁴. При этом они ссылаются на научную позицию В. Д. Сорокина, который в середине 70-х гг. XX в. выдвинул учение о наличии в советском праве единого метода правового регулирования. По мнению названного автора, единый метод правового воздействия включает следующие системные элементы: дозволение, предписание и запрет, которые взаимодействуют между собой⁵. Отметим, что указанную научную позицию с оговорками поддержали лишь отдельные ученые. Большинство исследователей не согласны с таким научным подходом, считая, что каждая отрасль права имеет свой (специфический) метод правового регулирования отношений.

¹ См.: Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. СПб., 2003. С. 153—177.

² См.: Хозяйственное право: Учебник/Под ред. В. В. Лаптева. М., 1983. С. 22; Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. С. 23.

³ См.: Лаптев В. В., Шахматов В. П. Цели правового регулирования и система права//Правоведение. 1976. № 4. С. 32; Анохин В. С. Предпринимательское право: Учебник. М., 1999. С. 14—15.

⁴ См.: Мартемьянов В. С. Хозяйственное право. Курс лекций. Т. 1. Общие положения. С. 9—11; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник. С. 43—46.

⁵ См.: Сорокин В. Д. Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 114.

Мы также не разделяем позицию В. Д. Сорокина и его последователей, поскольку единый метод правового воздействия не соответствует реальной действительности и в научном плане бесперспективен. При таком подходе происходит «юридическое нивелирование» различных отраслей права с потерей специфических черт (свойств). Напротив, отраслевой метод позволяет раскрыть и понять особенности той или иной отрасли, а также провести разграничение между смежными отраслями.

По этой же причине нельзя согласиться с мнением о том, что хозяйственное (предпринимательское) право имеет несколько методов правового воздействия: обязательных предписаний; автономных решений (метод согласования); рекомендаций. Предлагаемые методы носят общий характер и не вписываются в рамки учений об отраслях права. Непонятно, например, что есть метод автономных решений (согласований). Ведь метод согласований широко используется и в гражданском праве, и в административном праве (в других отраслях публичного права). То же самое можно сказать и о методе обязательных предписаний.

Таким образом, предпринимательское право как комплексная отрасль имеет *два основных метода регулирования* отношений: равенства и подчинения. Все остальные методы выступают в качестве вторичных, производных способов регулирования отношений в сфере предпринимательства. Поэтому не надо конструировать правовые методы, оторванные от реальной действительности. Хотя мы допускаем, что с точки зрения отстаивания самостоятельности какой-либо (спорной) отрасли права наличие нового (ранее неизвестного) метода правового регулирования — важный теоретический аргумент. Но это вопрос доказательства.

§ 5. Правоотношения, возникающие в сфере предпринимательской деятельности

Правоотношение — это сложная и теоретически спорная категория в юридической литературе. Она является предметом оживленной научной дискуссии как в общей теории, так и в отраслевых науках.

Вместе с тем традиционно категория «правоотношение» определяется как общественное отношение, урегулированное нормами права¹. С этой точки зрения правоотношение есть вид общественного отношения либо само общественное отношение, возникающее между участниками.

¹ См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник. М., 2000. С. 390; Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. Д. Перевалов. М., 2004. С. 220 и др.; Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 94; Гражданское право: Учебник. Часть первая / Под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. М., 1998. С. 36.

Прежде чем перейти к очерченной в параграфе теме, следует высказать ряд принципиальных положений. Во-первых, даже на первый взгляд такая распространенная точка зрения выглядит противоречивой и неприемлемой в методологическом плане. Выходит, что два фундаментальных понятия в праве — «предмет отрасли права» и «правоотношение» — есть общественное отношение. Не спасает ситуацию и некоторый акцент в определении правоотношения — это урегулированные нормами права общественные отношения. Во-вторых, если правоотношение трактуется как вид общественного отношения, то напрашивается вывод, что внутри общественного отношения никаких элементов нет¹. Ведь не может быть внутри общественного отношения субъективных прав и обязанностей. В-третьих, если правоотношение есть правовая форма, обладающая относительной самостоятельностью, то зачем объединять в единое целое: правоотношение и материальное содержание — общественное отношение². Каждая из названных категорий «живет» и развивается по своим правилам. В противном случае надо любую правовую категорию привязывать к ее материальному носителю — общественным отношениям.

Итак, *правоотношение* представляет собой, на наш взгляд, индивидуализированную правовую связь в виде соответствующих субъективных прав и юридических обязанностей, возникающую между ее участниками по поводу конкретного объекта — материального и духовного блага.

С учетом ранее сказанного о том, что предпринимательское право регулирует различного рода общественные отношения в сфере предпринимательской деятельности, соответственно правоотношения в рассматриваемой сфере также неоднородны. В сфере так называемых горизонтальных имущественных отношений возникают гражданские правоотношения, причем как имущественные, так и неимущественные.

Значительные трудности возникают при определении круга правоотношений, возникающих в области «вертикальных управленческих отношений». Указанные правоотношения неоднородны. Это конституционные, административные, финансовые, налоговые и другие публичные правоотношения. Главная отличительная их черта состоит в том, что все они опосредуют общественные отношения, возникающие при осуществлении органами государственной власти и местного самоуправления различного рода управленческих функций. Так, большая часть административных правоотношений — это властеотношения (вертикальные), склады-

¹ См.: Протасов В. Н. Категория «объект правоотношения»: системный и деятельностный подходы // Сов. государство и право. 1988. № 2. С. 129.

² См.: Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. С. 32—35.

вающиеся в сфере деятельности исполнительной власти. Но в некоторых из них элемент власти не присутствует (горизонтальные). Разновидностями последних могут служить действия нескольких органов по подготовке и изданию совместного решения, соглашения (административные договоры) между ними по организационным вопросам¹.

Аналогичная ситуация наблюдается и с другими публичными правоотношениями. Например, в налоговой сфере возникают соответствующие правоотношения, с одной стороны, между публичными субъектами налогового права (публично-территориальными образованиями, государственными органами, органами местного самоуправления) и, с другой — между частными субъектами налогового права (в нашем случае — субъектами предпринимательской деятельности)². Вместе с тем в рассматриваемой сфере возникают и горизонтальные правоотношения.

Сложным является вопрос о правоотношениях, возникающих в области применения норм корпоративного права. Мало сказать, что корпоративные отношения — это предмет предпринимательского права. Важно определить их специфику и место в системе общественных отношений. Ведь круг корпоративных правоотношений различен и неоднороден. Одно дело корпоративные правоотношения, возникающие внутри конкретной организации (предприятия), другое — в составе предпринимательского объединения со сложной структурой (холдинг, ФПГ и т. д.).

Однако в любом случае корпоративные правоотношения возникают в ходе воздействия на соответствующие соотношения норм публичного и частного права. Нельзя ограничивать корпоративные правоотношения лишь одной какой-либо сферой правового регулирования.

В советский период распространенным был тезис о том, что «внутрихозяйственные отношения» есть предмет регулирования административного права. Вот что по этому поводу писала Е. М. Жамбиева: «...структурные подразделения являются носителями административной правосубъектности, которая выступает как необходимое условие их самостоятельного участия в управленческих отношениях. Структурные подразделения, как и сами предприятия и учреждения, образуются в административно-правовом порядке. Аналогично определяется их наименование, осуществляется наделение их имуществом, устанавливается круг административно-правовых полномочий, решаются другие вопросы их организации и функционирования. Перечисленные компоненты правовой характеристики дают основания рассматривать структур-

¹ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник. С. 46—47.

² См.: Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. С. 138—139.

ные подразделения в качестве носителей административной правосубъектности»¹.

Ранее аналогичная точка зрения была высказана А. В. Бенедиктовым и А. А. Собчаком. Последний, рассматривая проблемы внутрипроизводственного хозрасчета, соглашается с А. В. Бенедиктовым, который утверждал, что внутрипроизводственные отношения имеют административно-правовую природу, а предприятия и их структурные подразделения являются носителями административной правосубъектности как организованные государством коллективы рабочих и служащих. Таким образом, предприятие и его внутренние подразделения являются, по мнению авторитетного ученого и государственного деятеля, особыми субъектами административного права².

Ряд ученых вообще полагают, что некоторые виды внутрихозяйственных отношений имеют лишь условный, производственно-технический характер и не поддаются правовому регулированию. Так, О. С. Иоффе не признавал за внутрихозяйственными (внутрипроизводственными) отношениями правовой характер³. Такой же точки зрения придерживался и С. Н. Братусь, указывая, что «проблема внутризаводского хозрасчета — это скорее организационно-техническая, чем юридическая проблема»⁴.

Мы считаем, что внутрикорпоративные отношения, возникающие между структурными подразделениями юридического лица, нельзя рассматривать как гражданско-правовые и административно-правовые. Так, предметом административного права являются исполнительно-распорядительная деятельность органов государства, а также общественные отношения, возникающие в связи с осуществлением государственными органами функций управленческого характера. Деятельность структурных подразделений осуществляется внутри юридического лица, в то время как административное право охватывает связи, внешние по отношению к юридическому лицу. Через внутрихозяйственные отношения идет реализация не функций государственной власти, а полномочий юридического лица. То же самое можно сказать и адрес внутрикорпоративных имущественных отношений, возникающих по поводу принадлежности и закрепления имущества за структурным подразделением.

¹ Жамбиева Е. М. Структурные подразделения государственных предприятий и учреждений как субъекты административного права. Дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С. 7.

² См.: Собчак А. А. Внутрипроизводственный хозрасчет в промышленности. Правовые вопросы. М., 1972. С. 25—26.

³ См.: Иоффе О. С. Правовые проблемы народного хозяйства СССР: Государство и право развитого социализма в СССР. Л., 1977. С. 166—171.

⁴ Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947, примечание к с. 291.

Здесь нет предмета гражданско-правового регулирования. Равным образом не надо искать гражданско-правовую природу во взаимоотношениях между структурными подразделениями организации. Наша юридическая наука пережила то время, когда межцеховые связи рассматривались как товарно-денежные отношения со всеми вытекающими последствиями; когда передача комплектующих изделий от одного цеха в другой квалифицировалась в качестве поставки продукции; когда к цехам-нарушителям применялись внутрихозяйственные санкции.

В то же время нельзя согласиться с высказанным мнением о том, что рассматриваемые отношения не являются объектом правового регулирования. Внутрифирменные имущественные связи возникают между структурными подразделениями юридического лица в процессе осуществления ими хозяйственной деятельности. По своей экономической природе они (связи) представляют собой отношения обмена результатами труда, разделенного в рамках предприятия между внутренними звеньями¹. Расчеты между данными подразделениями производятся бухгалтерским способом внутри своего предприятия (организации). Возникающие при этом отношения (связи) регулируются различными локальными нормативными актами, закрепляющими права и обязанности подразделений юридического лица по отношению друг к другу.

Особую группу составляют отношения принадлежности имущества обособленным подразделениям. В данном случае возникает проблема вещно-правовой принадлежности имущества. При передаче юридическим лицом имущества филиалу (представительству) у них (филиала, представительства) возникает обязанность осуществления контроля за сохранностью данного имущества. Имущество передается по акту приема-передачи и учитывается на отдельном балансе обособленного подразделения. Существенным отличием в данном случае является обособление имущества, передаваемого филиалу (представительству), выражающееся в отдельном бухгалтерском учете, территориальной удаленности, документальном оформлении фактической передачи имущества путем составления актов приема-передачи. Все сказанное свидетельствует о наличии определенных общественных связей, складывающихся между юридическим лицом и его обособленными подразделениями в процессе наделения имуществом.

Итак, можно утверждать о наличии экономических отношений по наделению юридическим лицом филиала (представительства) имуществом.

Однако, как уже отмечалось, рассматриваемые отношения не могут быть предметом гражданско-правового и административ-

¹ См.: Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970. С. 57.

но-правового регулирования. Резонно возникает вопрос: какие нормы права регулируют эти отношения? На наш взгляд, здесь мы имеем дело с особой системой правовых норм и институтов — внутрифирменным (корпоративным) правом. То правовое образование, которое в советский период именовалось внутрихозяйственным правом как особая отрасль права¹. В настоящее время используется термин «корпоративное право».

Корпоративное право — это не правовой институт или подотрасль гражданского права. На наш взгляд, корпоративное право есть комплексное образование, в котором гармонично сочетаются нормы гражданского (частного) и публичного права. В этом качестве корпоративное право является составной частью (подотраслью) права предпринимательского.

Глава 2

ИСТОЧНИКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

§ 1. Понятие и виды источников предпринимательского права

В современной теории права выражение «источник права» чаще используется в двух значениях: в материальном и формальном. В первом значении под ним понимается сила, создающая право. Такой силой прежде всего является власть государства, которая реагирует на потребности общества, развитие общественных отношений и принимает соответствующие правовые решения¹. Во втором (формальном) значении под источником права понимается форма выражения государственной воли. Это понятие источника имеет значение емкости, в которую заключены юридические нормы. Именно последнее значение источника права преобладает в учебной и научной литературе.

Обычно в теории и истории источников (форм) права применительно к Российской Федерации принято говорить о трех ее видах: о правовом обычае, нормативном договоре и нормативном акте. Вместе с тем не надо забывать о применении на территории Российской Федерации норм международного права и международных договоров (ст. 7 ГК).

Нормативный правовой акт — основной источник права России в целом и предпринимательского в частности. Официальная доктрина не признает индивидуальные акты, которые рассчитаны на конкретный случай и обращены к отдельным лицам, в качестве источника права.

Нормативный договор как источник предпринимательского права. Прежде всего следует отметить, что от нормативного договора необходимо отличать гражданско-правовой договор, в том числе публичный договор. Гражданско-правовой договор есть вид сделки (ст. 154 ГК), индивидуальный правовой акт. В этом качестве гражданско-правовой договор не обладает такими свойствами права, как нормативность и общеобязательность. По этой причине нельзя полностью согласиться с распространенным в литературе мнением о том, что источником права является нормативный договор. В большинстве случаев договор играет роль индивидуального регулятора общественных отношений.

Причем сказанное относится в равной степени и к публичным договорам в области гражданского права. В силу ст. 426 ГК публичный договор — это договор, заключаемый коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанность по продаже товаров,

¹ См.: Якушев В. С. Правовое регулирование внутрихозяйственных отношений // Межвуз. сб. науч. трудов «Вопросы совершенствования хозяйственного законодательства». Вып. 68. Свердловск, 1978. С. 29.

¹ См.: Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. М. Карельский, В. Д. Перевалов. С. 287.

выполнению работ или оказанию услуг, которую такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится. По общему правилу цена товаров (работ, услуг), а также иные условия публичного договора одинаковы для всех потребителей.

Таким образом, публичный договор относится к разновидности гражданско-правового договора, хотя и содержит элементы публичного права. Поэтому вряд ли можно признать верным утверждение В. С. Нерсисянца о том, что нормативно-правовое значение (в смысле источника права) имеет так называемый публичный договор. По мнению авторитетного ученого, положения публичного договора распространяются на неопределенное множество лиц и обязательны для сторон всех конкретных договоров, которые могут быть заключены на основе общих правил (норм) соответствующего публичного договора¹.

В данном случае произошло, на наш взгляд, смешение разных понятий — «публичного договора» и «публичной оферты». Именно положения (существенные условия) последней распространяются на неопределенное множество лиц, т. е. на тех, кто отзовется (п. 2 ст. 437 ГК).

Публичный договор представляет собой конкретный гражданско-правовой договор, заключенный между коммерческой организацией и потребителем (например, договор банковского вклада). От публичного договора, юридическая конструкция которого очерчена ст. 426 ГК, надо отличать *публично-правовой договор*, используемый в конституционном (государственном), административном, финансовом, бюджетном, налоговом и других отраслях публичного права.

Нормативный характер договор приобретает при его заключении между государствами. Так, в силу ст. 7 ГК общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации. Более того, международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в п. 1 и 2 ст. 2 Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила договора.

О нормативном договоре можно говорить применительно к публично-правовым соглашениям. Ю. А. Тихомиров предлагает следующую классификацию публично-правовых договоров: учредительные договоры; компетенционно-разграничительные соглаше-

¹ См.: Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства: Учебник. М., 2000. С. 414.

ния; соглашения о делегировании полномочий; программно-политические договоры о дружбе и сотрудничестве; функционально-управленческие соглашения; договоры между государственными и негосударственными структурами; договоры о гражданском соглашении; международные договоры.

Не вдаваясь в какую-либо дискуссию по этому вопросу, отметим, что приведенная классификация не является жесткой. Подвижность договоров и соглашений подчас затрудняет их строгое разграничение. В то же время надо посмотреть на содержание публично-правовых договоров, с тем чтобы отнести их либо нет к нормативным договорам.

И, наконец, правовой обычай как источник предпринимательского права. *Правовой обычай* — это неоднократно и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее правовое содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права¹. Эти свойства правового обычая отличают его от традиций, обыкновений и заведенного порядка. Разновидностью правового обычая являются обычаи делового оборота. В Гражданском кодексе РФ (ст. 5) дано определение обычаев делового оборота в какой-либо области предпринимательской деятельности.

§ 2. Предпринимательское законодательство и основные направления его совершенствования

Понятие и признаки предпринимательского законодательства. Предпринимательское законодательство — сравнительно новая категория. Она вошла в научный оборот и фактически вытеснила понятие «хозяйственное законодательство» благодаря в первую очередь появлению нового Гражданского кодекса. В Кодексе сформулировано определение предпринимательской деятельности, а также установлен правовой режим предпринимательства. Это в значительной степени дало основание ряду ученых (В. В. Ровный, Е. А. Суханов и др.) утверждать, что предпринимательское законодательство представляет собой разновидность гражданского законодательства. В отличие от них В. Ф. Попондопуло считает, что предпринимательское (коммерческое) законодательство есть совокупность комплексных нормативных правовых актов, содержащих нормы разных отраслей права (частного и публичного), регулирующих отношения в сфере предпринимательской деятельности².

¹ См.: Малова О. В. Правовой обычай как источник права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 9. Подробнее об этом см.: Обычай в праве: Сб. СПб., 2004.

² См.: Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право России: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. С. 60—61.

Представители теории предпринимательского (хозяйственного) права (В. С. Анохин, А. Г. Быков, В. В. Лаптев, В. К. Мамутов, В. В. Мартемьянов и др.) рассматривают предпринимательское законодательство как самостоятельную отрасль российского законодательства. По их мнению, предпринимательское законодательство обладает предметным единством — это общественные отношения в сфере предпринимательства. Они предлагают издать предпринимательский (хозяйственный) кодекс.

И, наконец, третья точка зрения базируется на том, что предпринимательское законодательство по своей сути есть комплексная отрасль законодательства, гармонично сочетающая публично-правовые и частноправовые начала. На наш взгляд, именно последний взгляд на предпринимательское законодательство в большей степени раскрывает содержание и суть рассматриваемого явления (законодательства).

Предпринимательское законодательство как правовая категория обладает определенными признаками, которые можно разделить на общие и специальные. Будучи разновидностью российского законодательства, предпринимательское законодательство обладает общими признаками. Предпринимательское законодательство — это совокупность (система) нормативных актов, регулирующих общественные отношения.

В числе специальных признаков предпринимательского законодательства следует назвать такие признаки, как сфера предпринимательской деятельности и субъектный состав. Напомним, что в данной сфере возникают особого рода общественные отношения. Первая группа — отношения между субъектами предпринимательской деятельности. Вторую группу представляют отношения между субъектами предпринимательской деятельности и органами государственного и местного управления. И в последнюю группу входят внутрифирменные (корпоративные) отношения. Эти отношения регулируются предприятиями (организациями) путем издания локальных (корпоративных) правовых актов.

Первый признак — *«сфера предпринимательской деятельности»* — позволяет провести разграничение между предпринимательским и хозяйственным законодательством, объект последнего есть отношения в области хозяйствования. В юридической литературе иногда ставится знак равенства между ними (понятиями), что вызывает справедливую критику.

Второй признак предпринимательского законодательства — *субъектный состав*. Предпринимательское законодательство регулирует общественные отношения в сфере предпринимательства с участием предпринимателей. Субъекты предпринимательской деятельности выступают участниками различных правоотношений. С одной стороны, это горизонтальные иму-

щественные отношения, складывающиеся между предпринимателями, с другой — вертикальные управленческие связи, возникающие между предпринимателями и органами государственной власти, а также органами местного самоуправления. Особую группу отношений образуют корпоративные (внутрифирменные) отношения.

Предпринимательское законодательство есть совокупность комплексных нормативных актов различной юридической силы, регулирующих отношения в сфере предпринимательской деятельности.

Итак, понятие «предпринимательское (равно и хозяйственное) законодательство» имеет право на существование и в рыночных отношениях. Попытки ряда ученых заменить его (понятие) на словосочетание «законодательство по экономическим вопросам» выглядят неубедительными.

Вместе с тем, термин «предпринимательское законодательство» не используется в российском законодательстве. Отсутствует данный термин и в Конституции РФ. Разграничение нормотворческой компетенции Федерации и ее субъектов закреплено в ст. 71, 72 Конституции РФ.

Нет раздела (подраздела) о предпринимательском законодательстве и в Классификаторе правовых актов, утвержденном Указом Президента РФ от 15 марта 2000 г. № 511¹. Правовые акты с разной юридической «пропиской» оказались разбросанными по всему Классификатору.

Классификатор (хотя не использует словосочетание «отрасль законодательства») относит гражданское, гражданско-процессуальное, арбитражно-процессуальное, уголовное, уголовно-процессуальное законодательство к числу отраслей законодательства, сгруппированных именно по этому критерию. Классификатор содержит перечень правовых актов, входящих в состав отраслей законодательства, которые формируются по другим критериям. Например, классификация отраслей законодательства осуществляется с учетом такого критерия, как отрасль экономики (например, законодательство о промышленности, законодательство о строительстве, законодательство о транспорте и связи и т. д.).

Такая ситуация объясняется двумя причинами. Во-первых, Классификатор разработан и издан в целях унификации банка данных о правовых актах, а также обеспечения автоматизированного обмена правовой информацией между органами власти федерального, регионального и местного уровней. Поэтому при его разработке не преследовалась цель — формирование состава отраслей российского законодательства. Напротив, разработчики проде-

¹ СЗ РФ. 2000. № 12. Ст. 1260. Далее — Классификатор.

монстрировали прикладной характер Классификатора¹. Во-вторых, с учетом публично-правовых начал многие вопросы предпринимательства оказались в других разделах Классификатора. Так, указанные вопросы получили финансово-правовую прописку и вошли составной частью в финансовое законодательство.

Таким образом, термин «предпринимательское законодательство» носит в основном учебный и научный характер. С позиции законодателя и правоприменителя он (термин) не имеет практического значения.

Система предпринимательского законодательства. Предпринимательское законодательство образует систему нормативных правовых актов различной юридической силы. В отличие от гражданского законодательства, в состав которого входят Гражданский кодекс РФ и федеральные законы (п. 2 ст. 3 ГК), предпринимательское законодательство — это широкое понятие. Оно включает прежде всего законодательные акты федерального уровня (Конституцию РФ; федеральные конституционные законы; федеральные законы; нормативные постановления Государственной Думы и Совета Федерации; нормативные указы Президента РФ, принятые в период поэтапной конституционной реформы; не утратившие силу ранее изданные законы и нормативные постановления Съезда народных депутатов СССР, Съезда народных депутатов РСФСР (РФ), Верховного Совета СССР и Верховного Совета РСФСР и т. д.). В состав предпринимательского законодательства также входят подзаконные нормативные акты (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные акты). Названные нормативные акты образуют федеральный уровень регулирования отношений в сфере предпринимательской деятельности, основанный на централизации управления экономикой.

Такое положение соответствует правилу, сформулированному в п. 1 ст. 8 Конституции РФ о том, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств. Безусловно, что указанное единство можно обеспечить в первую очередь за счет единообразного применения нормативных правовых актов федерального уровня.

В системе предпринимательского законодательства заметную роль играют акты локального (внутрикорпоративного) регулирования. Последние в зависимости от характера содержащихся в них предписаний подразделяются на нормативные и индивидуальные.

¹ В постановлении Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 г. «О проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1999 года «О рекламе» (ст. 3) отмечается, что использование общеправового классификатора отраслей законодательства в качестве инструмента определения критериев отнесения правовых вопросов к той или иной отрасли законодательства является недопустимым//СЗ РФ. 1997. № 11. Ст. 1372.

Первые являются нормативными правовыми актами общеобязательного действия, вторые издаются в целях регулирования поведения конкретного индивида.

Локальные (внутрикорпоративные) нормативные правовые акты имеют ряд отличительных признаков. Во-первых, корпоративные акты издаются самим предприятием (организацией) для решения внутренних вопросов. Предприятие (организация) осуществляет правотворческую деятельность, направленную на урегулирование внутренних отношений. Во-вторых, локальные акты — это подзаконные акты. В иерархии правовых актов, регулирующих предпринимательскую деятельность, акты локального действия должны подчиняться актам более высокого ранга, не противоречить им. В-третьих, сфера действия локальных нормативных актов ограничена только территорией предприятия¹.

Локальные нормативные правовые акты, регулирующие внутрифирменные (корпоративные) отношения, можно классифицировать: по предмету регулирования; субъектному составу (кругу лиц); характеру содержащихся предписаний; в форме, в которую облечен акт.

Системность законодательства во многом обеспечивается путем издания кодифицированных актов в различных сферах. Каждая самостоятельная отрасль права стремится иметь свой кодифицированный акт. Существуют разные виды кодифицированных актов (основы, кодексы, уставы, положения). Роль подобного акта выполняет, в частности, Гражданский кодекс. Правда, не всегда наличие кодифицированного акта — показатель самостоятельности той или иной отрасли права (например, Градостроительный кодекс не свидетельствует о существовании градостроительного права). Не бесспорно утверждение о самостоятельности налогового права, бюджетного права в свете кодифицированных актов.

На наш взгляд, издание коммерческого, предпринимательского или хозяйственного кодекса в России пока нецелесообразно. Дуализм правового регулирования национальной экономики приведет к серьезной проблеме разграничения сферы действия гражданского и торгового (предпринимательского и др.) права². К такому же выводу можно прийти, анализируя нормы (правила) проектов хозяйственного (предпринимательского) кодекса, Основ хозяйственного законодательства, разработанных учеными — представителями концепции хозяйственного права России, а также действующего Хозяйственного кодекса Украины.

¹ См.: Корпоративное право: Учебник / Отв. ред. И. С. Шиткина. С. 45-52.

² Это признает и главный идеолог Хозяйственного кодекса Украины академик В. К. Мамутов (см.: Мамутов В. К. Развитие хозяйственного законодательства и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: Науч. доклад / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. Донецк, 2004. С. 28-35).

Тем не менее в обозримом будущем мы допускаем издание Предпринимательского кодекса, который призван комплексно регулировать отношения, возникающие в сфере предпринимательской деятельности. Указанные отношения неоднородны и состоят из административных, гражданских, финансовых и других общественных связей. В Предпринимательском кодексе должны получить закрепление публично- и частноправовые начала регулирования отношений в области предпринимательства. Предпринимательский кодекс не должен повторять модель торговых кодексов Запада. Последние представляют собой кодифицированные акты торгового права как составной части права гражданского.

Но прежде чем говорить о целесообразности или нецелесообразности разработки и принятия Предпринимательского кодекса РФ, надо разобраться в том огромном нормативном массиве, который именуется «предпринимательское законодательство». Иными словами, необходимо провести *инвентаризацию законодательства в сфере предпринимательской деятельности*, в ходе которой следует, с одной стороны, систематизировать нормативные акты, с другой — выявить слабые звенья (например, дублирование, противоречия, отсутствие регуляторов). По масштабам — это очень большая и трудная работа. Она не под силу одному или нескольким разрозненным научным коллективам¹.

Основные направления совершенствования предпринимательского законодательства:

1. Издание прежде всего кодификационных актов, содержащих предписания комплексного характера. Причем такие акты надо разрабатывать на уровне подотраслей права и правовых институтов. В качестве примера можно привести Банковский кодекс, Страховой кодекс, Кодекс о банкротстве, издание которых необходимо в обозримом будущем. В отличие от традиционных кодексов они охватывают не отрасли права, а подотрасли (правовые институты), регулирующие какую-либо сферу предпринимательской деятельности.

2. По схеме «Кодифицированный (отраслевой или комплексный) акт — специальный закон». Например, основные положения о субъектах предпринимательской деятельности содержатся в Гражданском кодексе РФ, а особенности — в законах «Об акционерных обществах», «Об обществах с ограниченной ответственностью», «О производственных кооперативах» и т. д.

3. Формирование и развитие законодательства, посвященного государственному регулированию отношений в сфере предпринимательской деятельности. В связи с этим необходимо:

¹ См.: Бельх В. С. Кодификация или консолидация предпринимательского законодательства: что делать? // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 3. С. 16-17.

а) коренным образом пересмотреть антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности с учетом перехода российской экономики на рыночные отношения;

б) издать закон «О ценных бумагах», поскольку Закон о рынке ценных бумаг в значительной мере посвящен статусу профессиональных участников рынка ценных бумаг;

в) в сфере правового регулирования инвестиционной деятельности принять Инвестиционный кодекс;

г) внести существенные коррективы в процесс приватизации и действующее законодательство;

д) принять закон об управлении федеральной государственной собственностью, а также закон о национализации и деприватизации;

е) дальнейшее совершенствование законодательства о техническом регулировании;

ж) принять общий систематизирующий закон о ценах и ценообразовании;

4. Продолжить совершенствование законодательства об отдельных видах предпринимательских договоров по схеме «Кодифицированный акт — специальный закон». В качестве примера можно сослаться на федеральные законы «О поставках продукции для федеральных государственных нужд», «О лизинге».

§ 3. Обычай делового оборота как источник предпринимательского права

Термин «обычай» имеет несколько значений. В качестве собирательного понятия он охватывает как собственно обычай, так и традиции и обыкновения (в том числе заведенный порядок). Гражданский кодекс использует в основном термин «обычай делового оборота».

Наряду с термином «обычай делового оборота» гражданское законодательство (ст. 309, 438, 474, 478, 992 ГК) использует универсальное (родовое) понятие — «обычно предъявляемые требования». Термины «обыкновение», «заведенный порядок» не применяются.

Обычай в широком значении можно подразделить на правовой и неправовой. *Правовой обычай* — это источник права, т. е. неоднократно и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее правовое содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права¹. Эти свойства правового обычая отличают его от традиций, обыкновений и заведенного порядка.

¹ См.: Малова О. В. Правовой обычай как источник права. С. 9.

Разновидностью правового обычая являются обычаи делового оборота (ОДО). В силу ст. 5 ГК *обычаем делового оборота* признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Кроме того, в российском законодательстве использует также «торговый обычай». В п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»¹ говорится о принятии третейским судом решения с учетом торговых обычаев, применяемых к данной сделке. Таким образом, термин «торговый обычай» уже по своему объему, чем понятие «обычай делового оборота».

Теперь рассмотрим признаки обычая делового оборота. ОДО характеризуется следующими признаками. Обычаем признается *сложившееся и широко применяемое в сфере предпринимательской деятельности правило поведения*. Внедрение обычаев в поведение людей — длительный процесс, в ходе которого известные правила перерастают в привычку. В этом смысле обычай имеет «консервативный» характер.

Обычай рассчитан на *широкое и массовое исполнение*. В отличие от индивидуальных велений он есть правило поведения общего действия, хотя по содержанию — это детализированные нормы. Только такие нормы могут войти в результате многократного повторения в привычку².

ОДО выступают в виде отдельных изолированных друг от друга правил поведения. Они не образуют единой и целостной системы. В ряде случаев обычаи фиксируются в определенном документе³. Однако в силу ст. 5 ГК РФ обычай существует независимо от того, зафиксировано ли оно (правило) в каком-либо документе. Не случайно в литературе указывается на «неписанный» характер обычного права⁴. Это позволяет отличать его от источников права «писанного», будь то закон или прецедент.

В Российской Федерации были опубликованы сборники обычаев в области внешней торговли (например, торговые и порто-

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Т. 1. С. 77-78.

³ ОДО предусматриваются транспортным законодательством. В частности, соответствующие положения можно встретить в Кодексе торгового мореплавания РФ (ст. 127, 129, 130 и др.). В силу ст. 130 срок, в течение которого груз должен быть погружен на судно (сталийное время), определяется соглашением сторон, а при отсутствии такого согласия — сроками, обычно принятыми в порту погрузки.

⁴ См.: Поротников А. И. Обычай в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13.

вые обычаи). Тем не менее унификация деловых обычаев еще не получила должного развития. Причины здесь разные. Одна из них — проблема объективного и неподвзятого описания обычая, а не просто собирание свода обычаев.

В Гражданском кодексе РФ правила об ОДО содержатся в ст. 5, 6, 309, 311, 312, 314, 316, 406, 427, 431, 438, 451, 452, 474, 478, 508, 516, 513, 848, 862, 863, 867, 874, 891, 985, 992, 998. В частности, в Кодексе называются в качестве ОДО примерные условия договора в случаях, когда в договоре нет отсылки к этим условиям. В соответствии со ст. 427 ГК примерные условия должны отвечать требованиям ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа. Однако сам по себе факт публикации текста примерного договора в печати (такие публикации в Российской Федерации распространены) не дает основание считать такой опубликованный примерный договор обычаем. Как справедливо указывал Л. А. Лунц, «... не следует смешивать формуляры или типовые контракты с обычаями». Примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота лишь тогда, когда они отвечают признакам, названным в ст. 5 ГК. Поэтому ссылка в суде при рассмотрении спора в качестве аргумента в пользу наличия обычного правила на то или иное положение, принятое в каком-либо типовом контракте, не является неоспоримым доказательством существования правового обычая и должна оцениваться судом с учетом всей совокупности обстоятельств.

Соотношение ОДО с положениями законодательства или договора определено п. 2 ст. 5 ГК. ОДО, противоречащие обязательным требованиям (правилам), содержащимся в законодательстве либо договоре, не применяются. Российская официальная доктрина не допускает применение обычаев, противоречащих императивным предписаниям законодательства. Мы считаем, что такое соотношение между ОДО и императивными нормами, а также между ОДО и договором оправдано.

ОДО исполняются в силу привычки. Однако, будучи источником предпринимательского права, обычай должен быть санкционирован государством. Существуют разные способы государственного санкционирования обычая. К ним относятся: законодательное; правоприменительное; ведомственное; договорное; «молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычая в деятельности государственных органов и учреждений; признание государствами международного обычая; государственное санкционирование обычаев, систематизированных и призванных негосударственными ор-

¹ Лунц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. М., 1975. С. 216-217.

ганизациями¹. В то же время модель государственного санкционирования не лишена отдельных недостатков. Так, модель законодательного санкционирования может привести к поглощению обычая законом, когда законодатель, переписав обычай в закон, тем самым стирает между ними имеющиеся различия².

На наш взгляд, указанный недостаток нельзя понимать односторонне.

Во-первых, надо проводить разграничение между ссылками в законе на использование в той или иной ситуации обычного правила и нормами закона (или иного правового акта), в которых помещены правовые обычаи. Сама по себе ссылка в законе не влияет на содержание обычая, а главное, не лишает его статуса обычая. Другое дело, когда обычное правило «перекачивало» в закон. В этом случае обычай, действительно, перестает быть «неписанным» правилом. Однако вряд ли здесь можно говорить о недостатках законодательного санкционирования обычая.

Данный процесс является закономерным; он свидетельствует о взаимодействии различных видов источников права в процессе правового регулирования общественных отношений. Именно таким образом судебные прецеденты в англо-американском праве переходят в ранг закона (статута). В свое время многие торговые обычаи Англии превратились в писанные правила статутного права. И это понятно и логично.

Во-вторых, мы ничего плохого не усматриваем в ситуациях, когда обычаи систематизируются в виде сборников. Письменная форма сборника качественно не влияет на содержание обычаев; последние не утрачивают статуса правовых обычаев и не превращаются в норму закона.

Итак, ОДО относятся к правовым обычаям, что отличает их от традиций, обрядов и заведенного порядка. В судебной практике не всегда проводится четкое разграничение между указанными понятиями. Так, в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 в качестве примера обычая названы «традиции исполнения тех или иных обязательств». Однако сами по себе традиции исполнения, на наш взгляд, — еще не обычай; они становятся обычаем только при наличии всех названных в ст. 5 ГК признаков обычая.

В юридической литературе и на практике спорным является вопрос о соотношении обычаев и обыкновений. Нередко эти понятия отождествляются, хотя предпринимались попытки дать определение обыкновения и раскрыть его специфику. Например,

¹ См.: Малова О. В. Правовой обычай как источник права. С. 10—11.

² См.: Поротников А. И. Обычай в гражданском праве Российской Федерации. С. 17.

как считает В. В. Попов, в основе понятия обычая лежит интерпретация нормы как прескриптивного (предписывающего) высказывания. В то же время понятие обыкновения основано на интерпретации понятия нормы как дескриптивного (описывающего) высказывания¹. Иначе говоря, в основе указанного различия лежит выделение двух функций языка — описания и оценки.

Развернутая характеристика торгового обыкновения дана И. С. Зыкиным, по мнению которого обыкновение есть правило, сложившееся в сфере внешней торговли (в нашем случае — в сфере предпринимательской деятельности) на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Обыкновение считается входящим в состав волеизъявления по сделке в случае его соответствия намерению сторон². Обыкновения не являются источником права. Они применяются только тогда, когда эти правила известны сторонам и нашли отражение в договоре в виде прямой отсылки или подразумеваемо-го условия³.

Мы солидарны с теми учеными, которые не ставят знак равенства между обычаями и обыкновениями. Приведем примеры обыкновений.

Во внешней торговле применяются Международные правила по толкованию торговых терминов «Инкотермс» (в настоящее время действует редакция 2000 г.). Инкотермс представляет собой свод правил, носящих факультативный, необязательный характер. Они применяются, если на них (правила) сделана прямая ссылка в контракте, а в нем не предусмотрено иное, чем в тексте Инкотермс.

В литературе и на практике имеется неоднозначная трактовка Инкотермс. То торговые термины называются деловыми обыкновениями, то их относят к обычаям делового оборота. Так, в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 (п. 11) прямо говорится, что арбитражный суд при решении спора применяет обычаи в сфере международной торговли, используя формулировки Инкотермс, если стороны договорились об этом при заключении внешнеэкономического контракта⁴. Как видно из материалов дела, стороны при заключении сделки договорились, что поставка продукции будет осуществляться на условиях СИФ (морская перевозка).

¹ См.: Попов В. В. Обыкновения правоприменительной деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. 8—9.

² См.: Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 17.

³ См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учебник/Отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 31.

⁴ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1997. № 3.

Однако здесь речь идет не об обычае делового оборота, а о деловом обыкновении. В частности, такой же позиции придерживается Н. Вилкова¹. В свою очередь, И. С. Зыкин воздерживается от квалификации Инкотермс в качестве торгового обычая либо обыкновения, отмечая, что базисы поставки «могут скорее служить одним из доказательств наличия обычных правил»². Действительно, резонно возникает вопрос: каких правил? Думается, что Инкотермс по общему правилу являются деловым обыкновением. Но в ряде государств торговые правила выполняют роль обычая делового оборота. Например, в силу законодательства Австрии, Франции, Германии условия Инкотермс применяются тогда, когда это специально не оговорено в контракте.

Примером деловых обыкновений могут служить многочисленные проформы договоров, разработанные Европейской экономической комиссией (ЕЭК) ООН. Наиболее известны: проформы № 188 и 574 «Общие условия экспортных поставок машинного оборудования», № 188a и 574a «Общие условия экспортных поставок и монтажа машинного оборудования», № 188d и 574d «Общие условия монтажа машинного оборудования за границей», № 730 «Общие условия купли-продажи для импорта и экспорта потребительских товаров длительного пользования и других металлоизделий серийного производства»³.

При заключении внешнеэкономических контрактов с предприятиями (фирмами, компаниями) стран — бывших членов СЭВ часто используются Общие условия поставки товаров (ОУП СЭВ). Сейчас ОУП СЭВ и другие связанные с ними акты носят необязательный (рекомендательный) характер. В процессе их применения наблюдается тенденция по превращению некоторых содержащихся в ОУП правил в деловые обыкновения либо деловые обычаи. Таким образом, в современном экономическом обороте провести границу между обычаем и обыкновением — вопрос непростой, особенно если учесть, что в реальной действительности обыкновения зачастую перерастают в обычаи.

§ 4. Применение норм международного права

Основой для применения международных актов являются положения ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ПС. И в Основном законе, и в Гражданском кодексе установлено правило о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права

¹ См.: Вилкова Н. Инкотермс 1990 г. и особенности его применения // Хозяйство и право. 1999. № 1. С. 102.

² Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 17.

³ Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 51-52.

и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Иначе говоря, в соотношении между международным договором и внутригосударственным законом приоритет отдается договору.

Несколько иное правило сформулировано в Налоговом кодексе РФ, в ст. 7 которого говорится о действии международных договоров по вопросам налогообложения. В данной статье отсутствует ссылка на применение общепризнанных принципов и норм международного права.

Аналогичное правило содержится в п. 4 ст. 13 АПК РФ. В п. 5 ст. 13 сформулировано следующее правило: «Арбитражный суд в соответствии с международным договором Российской Федерации, федеральным законом, соглашением сторон, заключенным в соответствии с ними, применяет нормы иностранного права. Данное правило не затрагивает действие императивных норм законодательства Российской Федерации, применение которых регулируется разделом VI Гражданского кодекса Российской Федерации». Выходит, что в соотношении между императивными нормами гражданского законодательства и положениями международных договоров приоритетными являются императивные нормы.

В данном случае надо руководствоваться, на наш взгляд, правилом п. 4 ст. 15 Конституции РФ, обладающей высшей юридической силой.

Далее, судебная практика ориентирует на то, что приоритетными являются не только нормы международных договоров, но и общепризнанные принципы и нормы международного права¹. При этом используется норма п. 1 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и с настоящей Конституцией.

И еще один принципиальный вопрос: *могут ли акты международного права одновременно занимать место и в системе источников внутригосударственного права?* В литературе по международному праву распространена точка зрения о том, что нет, не могут. Так, В. И. Канашевский подчеркивает, что международные договоры — это часть правовой системы Российской Федерации, но не национального права. По мнению автора, международные до-

¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

говоры и акты гражданского законодательства относятся к разнотипным источникам права. В правовой системе России международные договоры должны рассматриваться как регуляторы внутригосударственных отношений, но не в качестве источников внутреннего права Российской Федерации. Если международные договоры есть источник только международного права, то акты гражданского законодательства выступают и как регуляторы внутригосударственных отношений, и как источники внутреннего права. Такова логика рассуждений. Но, с другой стороны, если придерживаться этой точки зрения, то непонятно: во-первых, почему акты международного права образуют часть правовой системы России, не являясь при этом источниками внутреннего права? Во-вторых, возникает вопрос: в чем разница между такими понятиями, как «регуляторы внутригосударственных отношений» и «источники внутреннего права»? И, наконец, в-третьих, каким образом норма, установленная источником международного права, регулирует внутренние отношения, субъектами которых являются не государство, а его органы, должностные лица, юридические лица и граждане?

Итак, акты международного права (общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры) являются, на наш взгляд, источниками как международного права, так и внутреннего права (в том числе предпринимательского).

Под *общепризнанными принципами международного права* следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо¹. Источником международного права являются лишь такие общие принципы права, которые являются общими как для национальных правовых систем, так и для системы международного права². Наличие общих принципов, свойственных только национальным правовым системам, не означает, что они тем самым становятся общими принципами в международном праве. «Для того чтобы получить «права гражданства» в международном праве, — отмечается в «Курсе международного права», — такие принципы должны войти в международное право. Каким образом? Очевидно, путем согласования воли государств, т. е. через

¹ См.: Канашевский В. А. Международные договоры РФ и акты гражданского законодательства. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000.

² См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 (п. 1).

³ См.: Международное публичное право: Учебник / Отв. ред. К. А. Бекашев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 24 (автор гл. 1 — К. А. Бекашев).

международный договор или международный обычай»¹. Мы придерживаемся такого же мнения.

Общепризнанная норма международного права — это правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в качестве юридически обязательного.

На практике определенные трудности вызывает применение общепризнанных принципов и норм международного права, поскольку не существует общего нормативного акта, в котором бы содержался исчерпывающий перечень данных принципов и норм². Данные принципы и нормы содержатся в Уставе ООН, декларациях и резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, решениях Международного Суда, постановлениях других универсальных международных организаций, в общем международном обычном праве. Общими принципами права являются, в частности: принцип справедливости, принцип законности, принцип доверия, принцип защиты прав человека, принцип «договоры должны соблюдаться», принцип суверенитета над природными ресурсами и др.

Международные договоры являются также источником предпринимательского права. Международный договор Российской Федерации означает международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (ст. 2 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»)³. Данное определение было позаимствовано из правила п. 1 ст. 2 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.⁴

Классификация международных договоров возможна с учетом различных критериев. Договоры различаются в зависимости от количества и состава участников, от необходимости ратификации и других критериев⁵. Среди договоров особо выделяется классификация договоров на многосторонние и двусторонние международные договоры.

¹ Курс международного права. Т. II. М., 1989. С. 210.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. М., 2005. С. 21.

³ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757. Далее — Закон о международных договорах.

⁴ Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

⁵ См.: Вершинин А. П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001. С. 19—20.

Многосторонние международные договоры заключаются группой стран и тем самым создается универсальный международно-правовой режим отношений для лиц, имеющих соответствующую государственную принадлежность¹. В качестве примера можно назвать Бреттон-Вудские соглашения и созданные ими Международный валютный фонд (МВФ) и Всемирный банк, Марракешские соглашения, учредившие Всемирную торговую организацию (ВТО), и др.

Двусторонние международные договоры заключаются между двумя государствами по разным вопросам: о налогах, финансовой помощи, развитии, поощрении и взаимной защите частных инвестиций. Например, Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Казахстан о принципах взимания косвенных налогов во взаимной торговле (Астана, 9 октября 2000 г.), Соглашение между Правительством РФ и Правительством Грузии о сотрудничестве в области охраны интеллектуальной собственности (Москва, 11 февраля 2004 г.).

Считается, что юридическая сила международных договоров зависит от состава участников и характера соглашений². Так, двусторонние соглашения имеют приоритет перед многосторонними (для субъектов многосторонних договоров), а региональные — перед универсальными с теми же участниками. Договоры межведомственного характера (от имени органов исполнительной власти) должны соответствовать соглашениям межправительственным, а договоры от имени Правительства РФ — тем соглашениям, которые заключаются от имени Российской Федерации.

В соответствии со ст. 6 Закона о международных договорах согласие Российской Федерации на обязательность для нее международного договора может выражаться путем: подписания договора; обмена документами, образующими договор; ратификации договора; утверждения договора; принятия договора; присоединения к договору; применения любого другого способа выражения согласия, о котором условились договаривающиеся стороны. Решения о согласии на обязательность для Российской Федерации международных договоров принимаются органами государственной власти Российской Федерации в соответствии с их компетенцией, установленной Конституцией РФ, Законом о международных договорах, иными актами законодательства РФ (п. 2 ст. 6).

Международные договоры вступают в силу с даты их официального опубликования. В связи с этим возникает по крайней мере два вопроса: а) все ли международные договоры подлежат

¹ См.: Международное коммерческое право: Учебное пособие / Под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2004. С. 18.

² См.: Вершинин А. П. Указ. соч. С.20.

опубликованию; б) в каких официальных изданиях договоры подлежат опубликованию?

Обратимся к п. 3 ст. 15 Конституции РФ: «Законы подлежат официальному опубликованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения». Как видно, в Конституции РФ речь идет, во-первых, о законах, во-вторых, о любых нормативных правовых актах, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина. В последнем случае имеются в виду подзаконные нормативные акты (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные акты). Отсюда можно сделать вывод: правила п. 3 ст. 15 не распространяются на международные договоры, которые не требуют издания внутригосударственного акта (закона).

Однако в силу п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Иначе говоря, названный Закон исходит из необходимости официального опубликования и международных договоров данного вида.

Налицо противоречие между правилом п. 3 ст. 15 Конституции РФ и правилом п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах. Указанное противоречие следует решать в пользу положений Конституции РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 30 Закона о международных договорах вступившие в силу для Российской Федерации международные договоры, решения о согласии на обязательность которых для Российской Федерации приняты в форме федерального закона, подлежат официальному опубликованию по представлению Министерства иностранных дел РФ в Собрании законодательства Российской Федерации. В свою очередь, международные договоры Российской Федерации межведомственного характера опубликовываются по решению федеральных органов исполнительной власти, от имени которых заключены такие договоры, в официальных изданиях этих органов. Здесь также имеет место, на наш взгляд, противоречие с правилом п. 3 ст. 15 Конституции РФ.

В литературе справедливо отмечается, что вопросы действия международных договоров в Российской Федерации вызывают на практике значительные трудности¹. Так, на практике имеет место

¹ См.: Марочкин С. Ю., Лесин А. В. Еще раз о том, подлежат ли применению неопубликованные международные договоры // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 1.

временной разрыв между моментом согласия Российской Федерации на обязательность для нее международного договора и датой официального опубликования договора, что создает проблемы их применения в России¹.

Наряду с общепризнанными принципами международного права и международными договорами Российской Федерации в рассматриваемой сфере действуют международно-правовые обычаи и акты международных организаций (резолюции, декларации, регламенты и др.).

§ 5. Роль судебной практики в правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности

Известно, что в России судебная практика (точнее, судебные решения) не является официальным источником права. Судебные органы не вправе заниматься правотворческой деятельностью и издавать нормативные правовые акты. Ни Конституция РФ, ни другие федеральные законы не дают основания для иного вывода.

В юридической литературе вопрос о правовой природе судебной практики спорен; взгляды ученых разделились на две противоположные точки зрения. Согласно одной из них (С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров, Р. З. Лившиц, И. В. Решетникова, А. В. Цихоцкий, В. В. Ярков и др.) судебная практика и, прежде всего, постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ являются источниками права, в соответствии с другой (С. С. Алексеев, К. И. Комиссаров, Т. А. Савельева, В. В. Лазарев, М. К. Треушников, Я. Ф. Фархтинов) — нет. Для обоснования своих взглядов ученые приводят различные аргументы, в том числе ссылаются на опыт промышленно развитых стран.

Чаще всего сторонники рассмотрения судебной практики в качестве источника права указывают на возрастающую роль судебных органов в новых политических и социально-экономических условиях. В связи с этим приведем мнение В. В. Яркова, который пишет: «Суды путем прецедентного регулирования способны оказать позитивное воздействие на становление новой правовой системы, выработку единых общих правил поведения в конкретных фактических ситуациях. Складывающаяся судебная практика не только будет выступать в качестве предварительной ступени к последующему нормативному регулированию, но и са-

¹ См.: Комментарий к Федеральному закону «О международных договорах в Российской Федерации»//Под ред. В. П. Звекова, Б. И. Ахметова. М., 1996. С. 88.

ма должна стать непосредственным источником такого регулирования»¹.

А. В. Цихоцкий считает, что в нашей стране заметно растет число разного рода сборников и справочников судебной практики; они создаются для юристов-практиков, поскольку «судебная практика является в прямом смысле слова источником права». И далее названный автор делает вывод: «В этой связи объяснима и роль в правовой жизни общества публикуемой в «Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации» судебной практики. Безусловно, это способ направления судебной практики по единому «правоприменительному руслу». И хотя, например, районные суды в процессуальных документах не ссылаются на соответствующие определения и постановления Верховного Суда РФ, однако они имеют перед собой своеобразные юридические ориентиры (прецеденты) правильности разрешения судебных дел»².

По мнению И. В. Решетниковой, в настоящее время наблюдается тенденция к сближению источников правового регулирования в странах с различными правовыми системами. Так, в государствах состоятельной системой правосудия (Англия, США и др.) происходит усиление роли закона, а в континентальной системе — значения судебной практики³.

В качестве аргумента за признание судебной практики источником права ряд исследователей указывают на постановления Конституционного Суда РФ. Их нормативный характер проявляется в том, что, будучи принятыми по конкретным делам, они имеют общий характер и распространяются на всех субъектов, которые могут оказаться в аналогичной ситуации. Более того, такие постановления рассчитаны на многократность применения (фактически до приведения в соответствие с Конституцией РФ оспаривавшихся положений закона). Такого рода постановления обладают свойством императивности содержащихся в них норм⁴.

Противники данной точки зрения приводят следующие доводы. Во-первых, по их мнению, признание судебной практики источником права не вписывается в русло Конституции России

¹ Ярков В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 173—174; см. также: Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. М., 1999. С. 11.

² Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997. С. 385.

³ См.: Решетникова И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 27.

⁴ См.: Марченко М. Н. Является ли судебная практика источником права? // Журнал российского права. 2000. № 12. С. 19 и др.; Он же. Источники права: Учебное пособие. М., 2005. С. 356—403.

о разделе властей. В силу ст. 10 Основного закона государственная власть в России осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную, а органы каждой из них самостоятельны. Во-вторых, такое признание не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи, к которой традиционно причисляют Россию¹.

И, наконец, некоторые ученые говорят о несовместимости судебного правотворчества с парламентским. С. Л. Зивс считает, что отнесение судебной практики к числу формальных источников права противоречит принципам верховенства закона и подзаконности судебной практики. Правотворческая деятельность суда умаляет значение закона².

Для изучения различных аспектов затронутой проблемы обратимся к деятельности судебных органов промышленно развитых стран.

В странах англо-американской семьи правовых систем по-прежнему велика роль судебного прецедента как источника права. *Прецедент* — это часть судебного решения, которая со времен Остина именуется «ratio decidendi» (буквально — «основание решения»). Именно эта часть имеет обязательный характер при рассмотрении конкретных дел органами суда. Одной из важнейших черт доктрины прецедента является уважение к отдельно взятому решению вышестоящего суда. Вот что пишет по этому поводу английский юрист Руперт Кросс: «Судья, который пренебрег своей обязанностью относиться с уважением к прецедентному праву, будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию, и если подобное пренебрежение станет когда-либо общепринятым, в английской правовой системе наступит революция широчайшего масштаба»³. Остальная часть судебного решения образует «obiter dictum» («мнение суда, необходимое для обоснования судебного решения»).

Совокупность действующих в Англии, США, других странах судебных решений образует прецедентное право (case law). Однако с формальной точки зрения прецедентное право США характеризуется рядом особенностей. Одна из них заключается в том, что Верховный суд США и верховные суды штатов не связаны своими решениями. Более того, в 1938 г. Верховный суд США разъяснил, что общее право (common law) — это право отдельного штата. Что касается федерального общего права, то его, по мне-

¹ См.: Гурова Т. В. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3. С. 7.

² См.: Зивс С. Л. Источники права. М., 1981. С. 177-192.

³ Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под общей ред. Ф. М. Решетникова. М., 1985. С. 29.

нию Суда, не существует¹. Поэтому судебные решения, принятые в одном штате, не обязательны для судов других штатов.

Во многих странах континентальной Европы судебная практика вообще и ее форма — судебное решение в частности, официально не являются источником права. Так, Гражданский кодекс Франции (ст. 5) запрещает судьям, выносящим решения по конкретным делам, принимать общие предписания. Формально судебная практика не является источником права и в Германии, а также в ряде других европейских государств.

Решения Федерального суда ФРГ в принципе не связывают нижестоящие суды. В рамках судебного процесса Федеральный суд вправе возвратить нижестоящему суду дела, которые являются предметом кассации. Пересмотр дела Федеральным судом ограничивается рассмотрением вопроса, правильно ли нижестоящий суд применил право.

В соответствии с действующим в ФРГ принципом разделения властей судам запрещено создавать новые нормы права. С точки зрения Федерального Конституционного суда судам разрешается в сфере частного права (в области публичного права каждое ограничение индивидуального права требует подтверждение формальным правом) заполнять существующие пробелы, и в этом отношении говорят о регулировании этих вопросов «судейским правом». Однако судебское право не равно по силе правового воздействия закону, принятому парламентом.

Фактически решения Федерального суда в Германии становятся вторым источником правового воздействия, сравнимым с формальным законом. В то же время решения Федерального суда имеют большую убедительную силу, поскольку они (решения) опираются на различные источники права и литературы и приводят аргументы за и против определенного применения или толкования закона. Обычно нижестоящие суды руководствуются решениями Федерального суда.

С учетом фактического воздействия решений, принимаемых Федеральным судом в сфере частного права, а также в некоторых иных областях, судебные решения принимают характер источников права. Иногда судебные решения кодифицируются (например, в трудовом праве).

Вместе с тем в ряде западных стран (например, в Италии, Швейцарии) судебная практика в качестве источника права нашла законодательное закрепление. В Швейцарском гражданском уложении (1) прямо записано: «Если в законе не может быть найдено соответствующее постановление, то судья должен решить

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильева. С. 54; Марченко М. Н. Источники права: Учебник. С. 519-621.

дело на основании обычного права, при отсутствии такого — по правилу, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует доктрине и практике»¹.

Итак, в тех странах романо-германской семьи правовых систем, в которых судебная практика в качестве источника не получила закрепление в законодательстве, в реальной действительности она играет важную роль. Не случайно западные юристы указывают на несоответствие между формальной оценкой судебной практики и ее действительным авторитетом². Благодаря судебной практике судьи фактически вносят многочисленные изменения в действующее право. Особенно это касается случаев, когда содержащиеся в законодательстве формулировки страдают неопределенностью (например, такие как «разумный человек», «разумная заботливость», «разумные цели»). При такой неопределенности у судьи всегда имеются достаточные основания для обоснования любого принятого решения с учетом разумной заботливости честного человека.

Новый Гражданский кодекс РФ также содержит многочисленные нормы, в которых говорится о разумности (ст. 602, 662, 1101), разумном ведении дела (ст. 726 76), разумном сроке (ст. 314, 345, 375, 397 и др.), разумной цене (ст. 524, 738). В этих и других случаях заметно повышается роль судебного толкования. В ходе такого толкования происходит конкретизация и интерпретация норм права. Однако с формально-юридических позиций конкретизационные и интерпретационные нормы не могут выходить за пределы правовых предписаний. Но это только с формальной стороны. В действительности высшие судебные органы иногда практикуют такую конкретизацию норм права, которая позволяет говорить о появлении новой нормы. Происходит восполнение существующих пробелов в праве.

Подводя итог в отношении судебной практики, можно в сжатом виде сформулировать следующие выводы.

Во-первых, хотя формально судебная практика не является источником права, вместе с тем она наряду с правоконкретизирующей функцией играет роль фактора, оказывающего существенное влияние на совершенствование и развитие предпринимательского законодательства³. Судебная практика служит своеобразным «барометром» тех изменений и дополнений, которые надо внести в действующее законодательство. Так, появление в Гражданском кодексе РФ таких ин-

¹ Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992. С. 26.

² См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильева. С. 40.

³ Подробнее см. об этом: Рогожин Н. А. Роль судебной практики в совершенствовании правового регулирования предпринимательской деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 7—25.

статуты договорного права, как финансовый лизинг, финансирование под уступку денежного требования (факторинг), хранение на товарном складе, тесно связано с юридической практикой в целом и судебной в частности.

Во-вторых, в настоящее время наблюдается активный процесс сближения англосаксонской и континентальной правовых систем. При этом надо особо подчеркнуть, что речь идет не о слиянии двух систем, а лишь об их сближении¹. В странах общего права в связи с изданием законов и актов делегированного законодательства сужается сфера применения судебного прецедента. И, напротив, в государствах с континентальной правовой системой заметно повышается значение судебной практики в регулировании общественных отношений.

В-третьих, официальное признание в России судебного решения в качестве самостоятельного источника права вряд ли поставит знак равенства между английским и российским прецедентным правом. На это обстоятельство указывает, в частности, опыт промышленно развитых стран континентальной Европы. В этих государствах не спешат с таким признанием, хотя судебная практика уже вышла за пределы лишь объективизированного опыта реализации права, складывающегося в результате деятельности судов по применению юридических норм². Решения высших судебных органов Российской Федерации хотя и приобрели некоторые характерные черты прецедентного права, но в принципе не связывают нижестоящие суды.

Судебная деятельность не может иметь чисто правовой характер. С помощью права существующие виды деятельности подвергаются волевому воздействию, т. е. право организует иную, неправовую предметную деятельность. Понятие «правовая деятельность» также достаточно условно. В чистом виде правовая деятельность не существует. Например, нормотворческая деятельность (разработка и издание общеобязательных норм) есть отражение иной (неправовой) деятельности. То же самое можно сказать и о правоприменительной стадии.

Сущность судебной практики как правоприменительной деятельности состоит в принятии какого-либо решения. В результате этой деятельности судами общей юрисдикции, арбитражными судами принимаются решения по конкретным делам. Кроме того, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ информируют юридическую общественность о судебных решениях, имеющих принципиальное значение. Так, в «Вестнике Высшего Арбитраж-

¹ См.: Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997. С. 38.

² См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 84.

ного Суда Российской Федерации» публикуются материалы Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ о рассмотрении дел в порядке надзора по протестам на вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов. Такая практика ориентирует арбитражные суды по тому или иному вопросу при применении ими судебного решения. Добавим, и не только. Она (практика) оказывает также влияние на юридическую практику в целом, в том числе на содержание предпринимательских договоров.

В-четвертых, высшие судебные инстанции России на основе изучения и обобщения практики применения законов и других нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, дают разъяснения по вопросам судебной практики. Указанные разъяснения облекаются в форму постановлений либо информационных писем. Например, в соответствии с п. 2 ст. 13 Закона РФ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам своего ведения принимает постановления, обязательные для арбитражных судов.

Как видим, постановления пленумов обладают обязательной силой для судов. Сложнее обстоит дело с информационными письмами (обзорами судебной практики). И хотя они (письма) носят в целом информационный характер, резонно возникает вопрос: может ли судья при разрешении конкретного спора проигнорировать правило, изложенное в письме? Формально да. Но с практической точки зрения вряд ли судья осмелится на столь отчаянный шаг. В противном случае такое решение будет отменено вышестоящей судебной инстанцией.

Надо согласиться с мнением о том, что прецедент не чуждое явление для российской правовой системы. «Однако ему принадлежит особое место среди источников права. Он не обладает равной закону юридической силой, а потому нет смысла их противопоставлять. Скорее, прецедент имеет вспомогательное значение по отношению к закону, его роль заключается в упорядочении отношений, которые либо не урегулированы, либо не могут быть непосредственно урегулированы законом в силу неясности или неточности законодательных формулировок»¹.

Не замечать всего того, что происходит вокруг судебных решений, по-прежнему механически утверждать, будто прецедент не является источником права в правовой системе России, — это означает одно: в теоретическом плане «топтаться» на месте с закрытыми глазами, а с точки зрения практики игнорировать действительную роль судебных решений в регулировании общественных отношений.

¹ Кучин М. В. Судебный прецедент как источник права (дискуссионные вопросы) // Российский юридический журнал. 1999. № 4. С. 83.

Раздел 2. СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 3

ПРАВОВОЙ СТАТУС ОТДЕЛЬНЫХ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Субъекты предпринимательской деятельности: понятие и виды

Категория «субъекты предпринимательской деятельности» появилась в научном обороте сравнительно недавно. Своим рождением она во многом обязана Закону РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»¹ (далее — Закон о предприятиях), в преамбуле которого было записано: «Положения настоящего Закона действуют на всей территории РСФСР по отношению ко всем субъектам предпринимательской деятельности и предприятиям, независимо от формы собственности и сферы деятельности». Однако названный Закон не содержит определения понятия «субъекты предпринимательства». В ст. 2 дан лишь перечень субъектов предпринимательской деятельности, а ст. 3 посвящена формам предпринимательства. Такое положение вряд ли случайно. Дело в том, что рассматриваемая категория, несмотря на обилие публикаций, исследована недостаточно и даже поверхностно.

Ученые-цивилисты (по понятным причинам) избегают использовать это понятие в своих научных исследованиях. Наука гражданского права оперирует такими категориями, как «субъекты гражданского права», «граждане», «юридическое лицо». Спорным до сих пор является вопрос о соотношении понятий «субъект гражданского права» и «субъект гражданского правоотношения». Равным образом нет единства взглядов среди ученых по поводу содержания категории «субъект права».

Представители науки хозяйственного (предпринимательского) права предлагают различать понятия «субъекты предпринимательского права» и «субъекты предпринимательской деятельности». Субъекты предпринимательского права — носители прав и обязанностей в области осуществления и регулирования предпринимательской деятельности². К ним относятся: индивидуальные предприни-

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418. Далее — Закон о предприятиях.

² См.: Лантнев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. С. 39—41; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник. С. 232—234 (автор гл. 9 — О. М. Олейник).

матели; коммерческие организации; некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность; публичные образования (государство, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования). Субъектами предпринимательского права выступают и государственные органы, осуществляющие функции руководства и регулирования предпринимательской деятельности.

По мнению сторонников концепции предпринимательского права, особое место среди субъектов предпринимательского права занимают подразделения предприятий. Это внутренние подразделения (цех, отдел и др.), а также внешние (обособленные) — представительства и филиалы. Такой вывод базируется на утверждении о том, что внутрифирменные (корпоративные) связи входят, наряду с горизонтальными и вертикальными отношениями, в состав предмета предпринимательского права. Данное мнение далеко не бесспорно.

В числе субъектов предпринимательского права называются холдинги, финансово-промышленные группы (ФПГ) и другие интегрированные структуры. Последние также не обладают статусом юридического лица.

Те ученые, которые исповедуют идеи коммерческого права (В. Ф. Попондопуло, Б. И. Пугинский, В. В. Ровный), основывают свои взгляды на цивилистическом учении о лицах. Так, В. Ф. Попондопуло пишет: «...предприниматель — это лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Факт осуществления лицом предпринимательской деятельности является основанием для признания его субъектом гражданского права — предпринимателем и определяет необходимость предъявления к нему и его деятельности особых требований со стороны законодателя»¹. Круг предпринимателей строго ограничен: это физические и юридические лица (прежде всего коммерческие организации).

На наш взгляд, субъекты предпринимательской деятельности — это прежде всего индивидуальные предприниматели и коммерческие организации, основная цель которых — извлечение прибыли. Далее в их числе необходимо назвать и некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы (п. 3 ст. 50 ГК). В то же время отметим, что указанная классификация юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации с учетом такого критерия, как коммерческая направленность, вызывает на практике значи-

¹ Коммерческое право: Учебник / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. СПб., 1997. С. 48-57 (автор гл. 2 — В. Ф. Попондопуло); см. также: Пугинский Б. И. Коммерческое право России. С. 34—47; Ровный В. В. Понятие и признаки предпринимательства (гражданско-правовой аспект). Иркутск, 1998. С. 5—29.

тельные трудности. В реальной действительности порой невозможно отграничить основную цель деятельности от неосновной. Так, многие некоммерческие организации формально не преследуют в качестве основной цели извлечение прибыли, но фактически стремятся и получают огромные доходы от осуществления предпринимательской деятельности.

Субъектами предпринимательской деятельности являются коллективные образования, не обладающие статусом юридического лица. К ним относятся финансово-промышленные группы, холдинги и др.

Статус ФПГ (холдингов) весьма показателен: недопустимо сводить все коллективные образования к гражданско-правовой категории «юридическое лицо». Субъектами права, в том числе и гражданского, могут быть образования, не обладающие признаками юридического лица.

С точки зрения гражданского законодательства (ст. 55 ГК) представительства и филиалы не являются юридическими лицами, а потому не могут выступать носителями соответствующих прав и обязанностей. От имени юридического лица действуют руководители представительств и филиалов на основании его доверенности.

В то же время представительства и филиалы наделяются имуществом создавшего их юридического лица. Более того, имущество представительств и филиалов отражается на отдельном (обособленном) балансе. Возникает проблема вещно-правовой принадлежности имущества, закрепленного за представительством и филиалом. Гражданский кодекс хранит на этот счет «обет молчания». Статья 216 дает не исчерпывающий перечень вещных прав. В частности, в Кодексе перечислены (помимо вещных прав, связанных с владением земельными участками, права хозяйственного ведения и оперативного управления) и другие вещные права, например право пользования жилым помещением членом семьи собственника.

Другой вопрос: представительства и филиалы вправе иметь текущий, расчетный и другие счета в кредитных организациях. При этом руководитель представительства (филиала) осуществляет на основании выданной доверенности функции распоряжения денежными средствами.

И, наконец, в силу п. 5 ст. 36 АПК «иск к юридическому лицу, вытекающий из деятельности его обособленного подразделения, предъявляется по месту нахождения обособленного подразделения». Однако в этих случаях стороной по делу является юридическое лицо, взыскание производится судом с него или в пользу него. Представительство и филиал, не обладая признака-

ми юридического лица (ст. 48 ГК), не являются процессуальной стороной в суде.

Прежнее налоговое законодательство рассматривало представительства и филиалы в качестве плательщиков налогов на прибыль, т. е. субъектов налогового права. С принятием нового Налогового кодекса РФ (ст. 19) ситуация изменилась: филиалы и представительства российских организаций исполняют обязанности последних по уплате налогов и сборов по месту нахождения филиалов (представительств).

Правовое положение представительств и филиалов в контексте Налогового кодекса РФ создает дополнительные трудности в интерпретации и применении ст. 19 НК. С одной стороны, Налоговый кодекс устанавливает, что филиалы и иные обособленные подразделения российских организаций выполняют в порядке, предусмотренном Кодексом, обязанности этих организаций; с другой — Кодекс не содержит никаких правил относительно такого порядка¹. Имеются и другие трудности практического характера.

Итак, *филиалы и представительства* являются субъектами предпринимательства. Однако мы не разделяем мнение о том, что внутренние структурные подразделения (цех, отдел) коммерческой организации можно также отнести к субъектам предпринимательской деятельности.

Публичные образования, равно как органы государственной и местной власти, не могут заниматься предпринимательской деятельностью. Данное утверждение иногда оспаривается в юридической литературе. Так, С. Э. Жилинский рассматривает публичные образования в качестве субъектов гражданского права и субъектов предпринимательской деятельности². По его мнению, существует три направления предпринимательской деятельности с участием публичных образований: а) участие в предпринимательстве через создаваемые коммерческие и некоммерческие организации (например, унитарные предприятия); б) участие в делах приватизированного государственного и муниципального имущества; в) занятие предпринимательской деятельностью непосредственно самих органов государства и местного самоуправления. В последнем случае приводится пример: в силу ст. 7 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 123-ФЗ «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации государственного имущества в Российской Феде-

¹ См.: Шаталов С. Д. Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный): Учебное пособие. М., 1999. С. 93.

² См.: Жилинский С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). Курс лекций. С. 270—275.

рации»¹ орган по управлению государственным имуществом от имени Российской Федерации является учредителем открытых акционерных обществ, создаваемых в процессе приватизации, и осуществляет права акционера (участника) хозяйственных обществ, акции (доли в уставном капитале) которых находятся в федеральной собственности. Мы не можем согласиться с такими выводами.

Здесь наблюдается смешение двух разных, но пересекающихся понятий — «субъекты гражданского права» и «субъекты предпринимательской деятельности». Публичные образования действительно являются субъектами гражданского права (гл. 5 ГК). В соответствии с п. 2 ст. 124 ГК на публичные образования распространяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. При этом от имени публичных образований выступают соответствующие органы государственной власти и органы местного самоуправления (ст. 125 ГК).

Быть субъектом предпринимательской деятельности — это означает то, что государство, субъекты Федерации и муниципальные образования должны заниматься предпринимательской деятельностью на профессиональной и постоянной основе в целях систематического получения прибыли от реализации продукции (выполнения работ, оказания услуг). Участие публичных образований в экономической деятельности посредством создания коммерческих и некоммерческих организаций (равным образом участие в делах приватизированного государственного и муниципального имущества) нельзя, на наш взгляд, оценивать как участие в предпринимательстве. Акционеры, участвуя в общем собрании общества и получая дивиденды по акциям, непосредственно не осуществляют предпринимательскую деятельность. Статус акционера, его права и обязанности определены в Законе об акционерных обществах.

Сказанное в равной степени относится и к учредителям (участникам) обществ с ограниченной ответственности (ООО). Участник ООО и предприниматель — это не одно и то же.

Вывод о невозможности публичных образований заниматься предпринимательской деятельностью вытекает из положений Конституции РФ. Так, в определении Конституционного Суда РФ от 1 октября 1998 г. № 145-0 «По запросу Законодательного Собрания Нижегородской области о проверке конституционности части первой статьи 6 Кодекса РСФСР об административных

¹ В настоящее время действует новый Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»/СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251. Далее — Закон о приватизации.

правонарушениях» сформулирована следующая правовая позиция: «По смыслу Конституции Российской Федерации (статья 34, часть 1) одно и то же лицо не может совмещать властную деятельность в сфере государственного и муниципального управления и предпринимательскую деятельность, направленную на систематическое получение прибыли»¹. В определении также отмечается, что конституционные нормы предопределяют специальный характер правоспособности публично-правовых образований: Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования участвуют в гражданских правоотношениях как субъекты со специальной правоспособностью, которая в силу их публично-правовой природы не совпадает с правоспособностью других субъектов гражданского права — граждан и юридических лиц. Поэтому они (публичные образования) не могут, по мнению Конституционного Суда РФ, выступать и в качестве доверительных управляющих, поскольку такая деятельность предполагает получение вознаграждения, представление отчетов учредителю доверительного управления (ст. 1018 и 1023 ГК), что противоречит публично-правовой природе этих образований.

О публично-правовой природе государства, субъектов Федерации и муниципальных образований говорится в определении Конституционного Суда РФ от 4 декабря 1997 г. № 139-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Совета Федерации о проверке конституционности Федерального закона «О переводном и простом векселе».

Указанное конституционное положение получило развитие в текущем законодательстве. В частности, Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (п. 3 ст. 15) запрещает совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Федерации, органов местного самоуправления с функциями хозяйствующих субъектов, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов².

Российское законодательство запрещает органам государственной власти и органам местного самоуправления заниматься предпринимательской деятельностью, т. е. быть субъектами предпринимательской деятельности. Более того, ряд федеральных законов о субъектах предпринимательской деятельности содержит запрет на участие государственных органов и органов местного самоуправления в качестве учредителей общества, если иное не установлено федеральными законами (п. 1 ст. 10 Федерального закона

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. № 1.

² См.: Российская газета, 2006. № 162.

от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 155-ФЗ¹), п. 2 ст. 7 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 138-ФЗ)².

Существует запрет на совмещение предпринимательства с функциями государственных служащих. Закон РФ от 31 июля 1995 г. № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации» (ст. 11) предусматривает, что государственный служащий не вправе заниматься предпринимательской деятельностью лично или через доверенных лиц³. Соответствующие правовые запреты содержатся, например, в федеральных законах от 10 января 1996 г. № 5-ФЗ «О внешней разведке» (ст. 18) (в ред. от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ), от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции» (ст. 20) (в ред. от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ) и др.

И в заключение несколько слов о соотношении понятий «субъекты предпринимательской деятельности» и «хозяйствующие субъекты»⁴. На наш взгляд, это — *не совпадающие понятия*. Они соотносятся между собой точно так же, как соотносятся экономическая (хозяйственная) и предпринимательская деятельность. Хозяйствующие субъекты не всегда приобретают статус предпринимателей. Например, некоммерческие организации, как правило, не занимаются предпринимательством, хотя осуществляют хозяйственную деятельность. Как уже отмечалось, в соответствии со ст. 11 Закона о рынке ценных бумаг фондовая биржа может создаваться в форме некоммерческого партнерства и не преследует цели получения собственной прибыли. Биржевую деятельность нельзя отнести ни к благотворительной, ни к социально-культурной и т. д. Поэтому здесь следует использовать термин «хозяйственная деятельность».

§ 2. Индивидуальная форма предпринимательства

Понятие индивидуальной формы предпринимательства. *Индивидуальные предприниматели* — это граждане Российской Федерации,

¹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1. Далее — Закон об акционерных обществах или Закон об АО.

² СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785. Далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью или Закон об ООО.

³ В соответствии с п. 2 ст. 19 Федерального закона от 27 мая 2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» признаны утратившими силу пп. 1 п. 1 ст. 1; п. 1 и 3 ст. 2; п. 3 ст. 3 Закона «Об основах государственной службы Российской Федерации» // СЗ 2003. № 22. Ст. 2063.

⁴ Термин «хозяйствующие субъекты» применяется в антимонопольном законодательстве (например, в ст. 4 Закона о защите конкуренции).

иностранные граждане и лица без гражданства, занимающиеся в установленном законодательством порядке предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. Это общее положение о праве на предпринимательскую деятельность сформулировано в ст. 18, 23 ГК.

В литературе было высказано мнение о том, что понятия «предприниматель без образования юридического лица» и «индивидуальный предприниматель» не совпадают. Предпринимательская деятельность как экономическое явление может осуществляться физическим лицом и без государственной регистрации¹. Например, в силу п. 4 ст. 23 ГК гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с нарушением требований п. 1 настоящей статьи, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Кроме того, к предпринимателям без образования юридического лица некоторые ученые относят и так называемых частнопрактикующих лиц (адвокатов, детективов, нотариусов)², хотя действующее законодательство не рассматривает нотариальную и адвокатскую деятельность в качестве предпринимательской, о чем пойдет речь ниже.

Вместе с тем согласно п. 2 ст. 11 НК в контексте данного Кодекса под индивидуальными предпринимателями понимаются не только физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, но и частные нотариусы, частные охранники, частные детективы. Такая формулировка порождает справедливый вопрос о возможности применения норм налогового законодательства к частнопрактикующим лицам без учета специфики характера адвокатской и нотариальной деятельности. Именно такой вопрос возник в практике Конституционного Суда РФ по жалобе гражданки Притулы Г. Ю., нотариуса³.

По мнению Конституционного Суда РФ, анализ оспариваемого положения в нормативном единстве с другими положениями

¹ См.: Аксенчук Л. А. Гражданско-правовое положение индивидуального предпринимателя в сфере управления чужим имуществом. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 18—19; Романкова И. В. Проблемы правового регулирования предпринимательства граждан в Республике Казахстан: Учебное пособие. Алматы, 1997. С. 136-137.

² См.: там же. С. 19-20.

³ См.: определение Конституционного Суда РФ от 6 июня 2002 г. № 116-0. Документ не был опубликован // ИПС «Консультант Плюс».

ст. 11 НК свидетельствует, что некоторые межотраслевые понятия, в том числе понятие «индивидуальные предприниматели», употребляются в специальном значении исключительно для целей данного Кодекса. Причем в группу субъектов налоговых отношений, объединенных родовым понятием «индивидуальные предприниматели», частные нотариусы включены наряду с физическими лицами, зарегистрированными в установленном порядке и осуществляющими предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. «Поэтому систематическое толкование оспариваемого положения позволяет сделать вывод, что правовой статус частных нотариусов не отождествляется с правовым статусом индивидуальных предпринимателей как физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (ст. 23 ГК). Это согласуется с Основами законодательства Российской Федерации о нотариате, в соответствии со ст. 1 которых нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли».

Интересен и такой вывод Конституционного Суда РФ: отнесение частных нотариусов как субъектов налоговых обязательств к одной группе с индивидуальными предпринимателями вытекает из особенностей статусных характеристик частных нотариусов. В частности, в постановлениях Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. и 23 декабря 1999 г. отмечается, что деятельность занимающихся частной практикой нотариусов и адвокатов — особая юридическая деятельность, которая осуществляется от имени государства, чем предопределяется специальный публично-правовой статус нотариусов (адвокатов)¹.

Однако определенная схожесть статусных публично-правовых характеристик нотариусов и адвокатов не исключает, по мнению Конституционного Суда РФ, возможности применения законодателем социально оправданной дифференциации в правовом регулировании налоговых отношений применительно к этим категориям самозанятых граждан.

Таким образом, данное в Налоговом кодексе РФ определение индивидуальных предпринимателей имеет специально-терминологическое значение, а содержащиеся в п. 2 ст. 11 нормы-дефиниции предназначены для применения исключительно в целях налогообложения. Самостоятельного же регулятивного значения — как норма прямого действия — абзац четвертый п. 2 ст. 11 НК не имеет. Таков общий вывод Конституционного Суда РФ по жалобе частного нотариуса.

¹ См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. № 5; 2000. № 1.

В теоретическом плане фигура индивидуального предпринимателя вызывает ряд принципиальных вопросов.

Во-первых, надо всесторонне оценить предложение рассматривать в качестве индивидуальных предпринимателей физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без государственной регистрации. Действительно, с экономической точки зрения такая деятельность является предпринимательской, поскольку отвечает всем необходимым свойствам.

Во-вторых, такая деятельность является незаконной; отсутствует государственная регистрация субъекта предпринимательства. Правовой режим незаконного предпринимательства порождает различные правовые последствия. Гражданский кодекс РФ (п. 4 ст. 23) не позволяет указанным лицам ссылаться в отношении заключенных ими при этом сделок на то, что они не являются предпринимателями. Равным образом, Налоговый кодекс РФ считает налогоплательщиками лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без государственной регистрации.

Логика законодателя здесь понятна: защитить, с одной стороны, частные интересы стороны в гражданско-правовой сделке, с другой — публичные интересы государства посредством взыскания налога (сбора).

В свою очередь, административное и уголовное законодательство устанавливают меры юридической ответственности за незаконное предпринимательство. Так, ст. 171 УК предусматривает уголовную ответственность за незаконное предпринимательство, т. е. осуществление предпринимательской деятельности без регистрации либо без специального разрешения (лицензии) в случаях, когда такое разрешение (лицензия) обязательно, или с нарушением условий лицензирования, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода в крупном размере.

В свете сказанного можно сделать следующие выводы. *Предпринимательство* — это экономико-правовое понятие. Экономическая природа предпринимательской деятельности дополняется юридической формой. С позиции закона предпринимательство должно соответствовать требованиям законодательства. В противном случае оно (предпринимательство) является незаконным со всеми вытекающими последствиями.

Поэтому при характеристике законного предпринимательства (п. 1 ст. 2 ГК) следует выделить *два критерия* — предметный и субъектный. Используя субъектный критерий, законодатель прямо указал на необходимость государственной регистрации лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Без регистрации (равно без лицензии) такая деятельность незаконна. Более того, юридическое лицо просто не существует вне государ-

ственной регистрации. Нет и фигуры индивидуального предпринимателя без соответствующей регистрации.

Применительно к незаконному предпринимательству, на наш взгляд, корректно использовать словосочетание «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность без государственной регистрации». То же самое можно сказать в отношении организации без статуса юридического лица. Последняя (организация) легально не существует, однако занимается предпринимательской деятельностью¹.

Вряд ли можно согласиться с утверждением о том, что деятельность частнопрактикующих лиц является предпринимательской. Один из веских аргументов — правовая позиция Конституционного Суда РФ о публично-правовом статусе адвокатов и нотариусов. Даже на первый взгляд выглядит нелепо утверждение: «адвокат есть индивидуальный предприниматель». Конечно, он — не альтруист, но нельзя же все виды экономической деятельности сводить к предпринимательству.

Правоспособность индивидуального предпринимателя — следующая важная проблема. Правоспособность физического лица означает быть субъектом права. В литературе распространено мнение о том, что правоспособность индивидуального предпринимателя носит универсальный характер². При этом ученые, разделяющие данную точку зрения, ссылаются на ст. 23 и 49 ГК. В силу п. 3 ст. 23 ГК к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения.

Вопрос о правоспособности индивидуальных предпринимателей (равно юридических лиц) не является простым.

Во-первых, если сравнивать юридические лица с физическими лицами (гражданами), то объем правоспособности коллективных образований значительно меньше объема правоспособности физических лиц. Более того, в этом сравнительном плане все юридические лица должны обладать специальной правоспособностью, поскольку созданы для осуществления определенных целей.

¹ Такая деятельность не является лжепредпринимательством. Согласно ст. 173 УК лжепредпринимательство есть создание коммерческой организации без намерения осуществлять предпринимательскую или банковскую деятельность, имеющее целью получение кредитов, освобождение от налогов, извлечение иной имущественной выгоды или прикрытие запрещенной деятельности, причинившее крупный ущерб гражданам, организациям или государству.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1997. С. 47; Семусов В. А. Предпринимательство и право: Учебное пособие. С. 18.

Во-вторых, сопоставляя правоспособность юридических лиц, можно выделить универсальную и специальную правоспособность. Гражданский кодекс (ст. 49) также различает общую и специальную правоспособность. По общему правилу коммерческие организации обладают общей правоспособностью. Исключение составляют унитарные предприятия, а также другие виды организаций, предусмотренные законом.

Эти же выводы можно распространить и на правоспособность индивидуальных предпринимателей. Физическое лицо — носитель универсальной правоспособности. В то же время физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без создания юридического лица, наделяются специальной правоспособностью.

На практике это означает, что индивидуальный предприниматель вправе заниматься только теми видами деятельности, которые указаны в свидетельстве о регистрации¹. В свидетельстве обязательно указывается полное и точное наименование видов деятельности.

В то же время мы считаем, что наше предложение о специальной правоспособности индивидуальных предпринимателей не корреспондируется с правилами (нормами) Гражданского кодекса РФ и специальных законов. С точки зрения Кодекса и принятых в его развитие некоторых законов правоспособность лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, носит общий (универсальный) характер, поскольку приравнивается к правоспособности коммерческих организаций. Таким образом, налицо расхождение между доктринальным мнением и буквой закона по рассматриваемому вопросу.

Авторы комментария к Гражданскому кодексу РФ (под ред. О. Н. Садикова) противопоставляют универсальную правоспособность индивидуального предпринимателя и специальную правоспособность главы крестьянского (фермерского) хозяйства². Считаем, что для такого противопоставления правоспособности нет оснований.

Глава крестьянского (фермерского) хозяйства), будучи индивидуальным предпринимателем, обладает общей правоспособностью. Данный вывод подтверждается и отдельными положениями Федерального закона от 11 июня 2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»³. На наш взгляд, надо проводить разграничение между статусом главы крестьянского (фермерского) хозяй-

¹ См.: Мамай В. Правовой режим гражданина-предпринимателя // Хозяйство и право. 1994. № 12.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. проф. О. Н. Садиков. С. 47.

³ СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2249. Далее — Закон о крестьянском хозяйстве.

ства и статусом индивидуального предпринимателя. Статья 17 названного Закона перечисляет полномочия главы хозяйства, в частности, он организует деятельность фермерского хозяйства; без доверенности действует от имени фермерского хозяйства, в том числе представляет его интересы и совершает сделки; выдает доверенности; осуществляет прием на работу в фермерское хозяйство работников и их увольнение; организует ведение учета и отчетности фермерского хозяйства; осуществляет иные определяемые соглашением между членами фермерского хозяйства полномочия. Иначе говоря, глава крестьянского (фермерского) хозяйства является органом фермерского хозяйства, которое не наделено правом юридического лица. В то же время глава крестьянского (фермерского) хозяйства есть индивидуальный предприниматель, а потому он осуществляет любые виды предпринимательской деятельности исходя из целей образования хозяйства. В этом качестве глава хозяйства не ведет собственную, отдельную от других членов хозяйства индивидуальную предпринимательскую деятельность¹. Его деятельность (равно деятельность членов хозяйства) подчинена общей цели образования хозяйства.

Правоспособность индивидуального предпринимателя может быть ограничена в случаях и порядке, установленных федеральным законом. В силу п. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства. В Гражданском кодексе РФ (п. 2 ст. 1) говорится, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона. Сопоставляя нормы Конституции РФ (п. 3 ст. 55) и Кодекса (п. 2 ст. 1), можно действительно прийти к выводу, что объем гражданских прав субъектов с точки зрения Кодекса может быть ограничен и другими нормативными правовыми актами².

Данное текстовое противоречие попытался устранить Высший Арбитражный Суд РФ, указав на то, что «поскольку согласно ст. 55 Конституции Российской Федерации и п. 2 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации гражданские права могут быть ограничены только на основании федерального закона, следует иметь в виду, что иные нормативные акты, изданные после введения в действие части первой Гражданского кодекса Российской

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. М., 2006. С. 183.

² См.: Бельх С. В. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория. Екатеринбург, 2004. С. 131.

Федерации и ограничивающие права собственника, не подлежат применению»¹. Однако такое противоречие некорректно устранять в постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ. Имеются иные способы, приемы устранения.

Указанные ограничения касаются либо всех физических лиц, в том числе граждан Российской Федерации, либо иностранных граждан и лиц без гражданства. Так, производство боевого оружия исключено из сферы предпринимательской деятельности физических лиц. В соответствии со ст. 16 Федерального закона от 13 декабря 1996 г. № 150-ФЗ «Об оружии» (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ) производство оружия и патронов к нему осуществляется юридическими лицами, имеющими лицензию на производство, в порядке, устанавливаемом Правительством РФ². Частно-детективную (сыскную) деятельностью вправе осуществлять лишь граждане Российской Федерации. Закон РФ от 11 марта 1992 г. № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» (в ред. от 18 июля 2006 г. № 118-ФЗ) (ст. 4) частным детективом признает гражданина Российской Федерации, получившего лицензию на частную сыскную деятельность и выполняющего услуги, перечисленные в названном Законе³.

Не менее сложным является вопрос о *статусе самого крестьянского (фермерского) хозяйства*. С позиции Гражданского кодекса и Закона о крестьянском хозяйстве последнее (хозяйство) — не правосубъектное образование; оно не обладает правами юридического лица. Однако свойства (признаки) хозяйства позволяют ряду ученых говорить о его приближенности к категории субъектов права⁴. По крайней мере гражданское законодательство не дает такой возможности, здесь все предельно ясно и однозначно.

Тем не менее феномен крестьянского (фермерского) хозяйства существует и проявляется в различных аспектах (например, в процедуре образования и прекращения деятельности, включая процедуру банкротства). Поэтому мы солидарны с высказанным в литературе мнением, согласно которому осуществление деятельности хозяйством отличается от индивидуального предпринима-

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1998. № 10. С. 45.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5681.

³ Первоначальный текст документа опубликован: Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 17. Ст. 888.

⁴ См.: Беляева З. С. Крестьянское (фермерское) хозяйство как субъект гражданского права // Субъекты гражданского права. М., 2000. С. 93 и др.; Макаров Д. Е. Административно-правовой статус крестьянских (фермерских) хозяйств. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2004. С. 6—7, 10—12.

тельства¹. На наш взгляд, *крестьянское (фермерское) хозяйство* представляет собой коллективное предпринимательство (но без статуса юридического лица). Некоторый парадокс!

Физическое лицо признается в качестве индивидуального предпринимателя, если оно полностью дееспособно (ст. 21 ГК). Несовершеннолетние в возрасте от 16 до 18 лет могут заниматься предпринимательской деятельностью лишь с согласия родителей, усыновителей либо попечителей (п. 1 ст. 27 ГК). По достижении 16 лет несовершеннолетние также вправе быть членами кооперативов в соответствии с законами о кооперативах (ст. 26 ГК).

В теоретическом и практическом плане представляется интересным вопрос о возможности совершеннолетних граждан, ограниченных в дееспособности вследствие злоупотребления спиртными напитками и наркотическими веществами, заниматься предпринимательской деятельностью. В силу ст. 30 ГК под ограничением дееспособности следует понимать лишение судом гражданина права производить без согласия попечителя следующие действия:

продавать, дарить, завещать, обменивать, покупать имущество, а также совершать другие сделки по распоряжению имуществом, за исключением мелких бытовых сделок;

непосредственно самому получать заработную плату, пенсию и другие виды доходов (авторский гонорар, вознаграждение за открытие, изобретения и т. п.). Каких-либо иных ограничений дееспособности гражданина ст. 30 ГК не содержит, т. е. гражданское законодательство не запрещает указанным лицам заниматься предпринимательской деятельностью. Более того, здесь не требуется и согласие попечителя².

Физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, вправе использовать наемный труд. Ранее действовавший Закон РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (п. 3 ст. 2) запрещал индивидуальным предпринимателям использовать наемный труд.

Лицензирование индивидуальной формы предпринимательства. *Индивидуальные предприниматели* вправе заниматься любыми видами деятельности, за исключением тех, которые запрещены законом. Занятие некоторыми видами деятельности требует наличия у предпринимателя специального разрешения (лицензии) или квалифицированного аттестата. Перечень указанных видов должен определяться

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 183.

² См.: Шодонова М. Э. Ограничение гражданской дееспособности физических лиц по законодательству Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21.

только законом (п. 1 ст. 49 ГК). Сейчас действует Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (в ред. от 4 декабря 2006 г. № 201-ФЗ)¹ (далее — Закон о лицензировании), который регулирует отношения, возникающие между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Федерации, юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в связи с осуществлением лицензирования отдельных видов деятельности в соответствии с перечнем, предусмотренным п. 1 ст. 17 настоящего Закона. Названный Закон не распространяется на виды деятельности, перечень которых дан в ст. 2 Закона о лицензировании. Лицензирование этих видов деятельности осуществляется в соответствии со специальными законами.

Лицензирование — это особый вид административного производства. Оно позволяет проверить квалификацию соискателя на получение лицензии, выявить правоограничения, препятствующие ему заниматься данной деятельностью, определить лицензионные условия². В свою очередь, лицензия есть административный акт, дающий право лицензиату (в нашем случае — индивидуальному предпринимателю) осуществлять конкретный вид деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий. Таким образом, лицензирование представляет собой сферу административного (публичного) регулирования.

В литературе лицензирование рассматривается не только как вид властной публичной деятельности. *Лицензирование* — это способ (метод) государственного регулирования предпринимательской деятельности³.

На публично-правовую оценку лицензирования не влияет правило п. 1 ст. 49 ГК. Вряд ли под воздействием гражданско-правовых норм отношения в области лицензирования могут приобрести цивилистический оттенок. Выдача лицензии (специального разрешения) — юридический факт, на основании которого возникают различного рода правоотношения, в том числе административные и гражданские.

Индивидуальные предприниматели, в том числе главы крестьянских (фермерских) хозяйств, имеют некоторые преимущества перед иными организационно-правовыми формами предпринимательства. Начнем с уплаты налогов и сборов. Индивидуальные предприниматели уплачивают подоходный налог в порядке и раз-

¹ СЗ РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3430.

² См.: *Осинцев Д. В.* Лицензионно-разрешительная система в Российской Федерации. Екатеринбург, 1999. С. 5.

³ См.: *Тарасов С. А.* Лицензирование как метод государственной разрешительной политики в сфере предпринимательской деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 15—16.

мере, которые определены Налоговым кодексом РФ для физических лиц (граждан). Для этой группы налогоплательщиков установлен единый размер налога — 13%. Особенности исчисления сумм налога индивидуальными предпринимателями и другими лицами, занимающимися частной практикой, предусмотрены ст. 227 НК. Указанные правила существенно отличаются от положений Кодекса, посвященных налогу на прибыль организаций.

В сфере индивидуального предпринимательства применяется упрощенная система налогообложения, бухгалтерского учета и отчетности. Она (система) используется для субъектов малого предпринимательства — организаций и индивидуальных предпринимателей.

В соответствии с п. 1 ст. 861 ГК расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличными деньгами (ст. 140) без ограничения суммы или в безналичном порядке. В свою очередь, расчеты между юридическими лицами, а также с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке, если иное не установлено законом. Однако в настоящее время не предусмотрено каких-либо ограничений или запретов на осуществление расчетов с участием граждан-предпринимателей наличными деньгами. Банком России установлен предельный размер расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами по одной сделке (указанный размер меняется).

Взыскание имущества и денежных средств со счетов индивидуальных предпринимателей производится только в судебном порядке.

Существуют и другие преимущества и льготы, делающие весьма привлекательной для использования в бизнесе индивидуальную форму предпринимательства. Поэтому едва ли можно признать убедительным мнение некоторых ученых и практических работников об упразднении индивидуальной формы предпринимательства.

§ 3. Коллективные формы предпринимательства

И. Хозяйственные товарищества. В силу п. 1 ст. 66 ГК хозяйственными товариществами признаются коммерческие организации с разделенным на доли (вклады) учредителей (участников) складочным капиталом. Будучи юридическим лицом, хозяйственное товарищество обладает общими и специальными признаками.

Прежде всего хозяйственное товарищество есть юридическое лицо, а потому в силу ст. 48 ГК наделяется всеми признаками

(чертами) последнего¹. Хозяйственное товарищество относится к коммерческим организациям (п. 2 ст. 50 ГК), т. е. основная цель его создания — это извлечение прибыли. Таким образом, хозяйственное товарищество является организационно-правовой формой коммерческой организации².

В силу п. 2 ст. 48 ГК хозяйственные товарищества являются юридическими лицами, в отношении которых их участники имеют обязательственные права. Иначе говоря, между хозяйственным товариществом и его участниками возникают обязательственные правоотношения.

Хозяйственные товарищества обладают специальными признаками.

Во-первых, хозяйственное товарищество представляет собой *договорное объединение нескольких лиц* для совместного ведения предпринимательской деятельности. Данный сущностный признак позволяет провести разграничение между хозяйственными товариществами и хозяйственными обществами; последние есть объединения капиталов лиц, участвующих в создании обществ. Для хозяйственного товарищества свойственен доверительный (фидуциарный) характер отношений между его участниками.

Во-вторых, хозяйственное товарищество как объединение лиц предполагает *солидарную ответственность участников* по долгам товарищества, а в случае недостаточности его имущества участники (полные товарищи) отвечают всем своим имуществом, на которое может быть обращено взыскание. Напротив, участники хозяйственного общества не отвечают по его долгам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов (п. 1 ст. 87 ГК).

В-третьих, участниками полных товариществ и полными товарищами в товариществах на вере могут быть *индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации* (п. 4 ст. 66 ГК). Для сравнения: участниками хозяйственных обществ могут быть любые граждане и юридические лица, за исключением тех, которым это запрещено законом. Указанный признак не всеми учеными воспринимается положительно; ряд авторов высказывается за устранение ограничений по субъектному составу товариществ.

В-четвертых, учредительным документом товариществ является *учредительный договор* (ст. 70, 83 ГК). Гражданское законода-

¹ Однако признаки, содержащиеся в легальном определении юридического лица, предполагают различную конкретизацию для различных форм (см.: Горлов В. В. Правовое положение обществ с ограниченной ответственностью. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 10—11).

² В литературе было высказано мнение о том, что существует две самостоятельные формы хозяйственных товариществ: полное товарищество и товарищество на вере (см.: Кураев В. Н. Правовое положение хозяйственных товариществ. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 20).

тельство не относит к числу учредительных документов товариществ устав, что вытекает из природы товарищества как договорного объединения лиц.

На практике возникает вопрос: можно ли по инициативе участников товарищества разработать и утвердить устав? Конечно, каких-либо препятствий для этого нет. Другое дело, что в данном случае устав не становится учредительным документом со всеми последствиями (например, при регистрации хозяйственного товарищества устав не нужен).

В-пятых, вкладом в имущество хозяйственного товарищества могут быть деньги, ценные бумаги, другие вещи или имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку, образующие *складочный капитал* (п. 1, 6 ст. 66 ГК). Складочный капитал — вторичный (дополнительный) признак товариществ, что также предопределяется происхождение хозяйственных товариществ в качестве объединения лиц.

В-шестых, *ведение дел в товариществах осуществляют непосредственно сами участниками* (полными товарищами), тогда как в других юридических лицах (в том числе в хозяйственных обществах) эти функции выполняют соответствующие органы управления.

В литературе называются и иные отличительные признаки хозяйственных товариществ, в частности, последствия изменения состава участников товарищества, характер правового регулирования¹.

Итак, *хозяйственное товарищество* — это коммерческая организация с разделенным на доли (вклады) учредителей (участников) складочным капиталом, которая создана как договорное объединение нескольких лиц для совместного ведения предпринимательской деятельности.

Хозяйственные товарищества подразделяются на два вида: полные товарищества и товарищества на вере (коммандитные товарищества).

Полные товарищества. Статьи 69—81 ГК посвящены правовому статусу полных товариществ. Полное товарищество обладает как общими признаками юридического лица и хозяйственного товарищества, так и специальными признаками. Назовем их отличительные признаки.

1. Участниками полного товарищества являются полные товарищи, т. е. индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации. Любое лицо может быть *участником только одного полного товарищества* (п. 2 ст. 69 ГК). Однако данное правило не запрещает участнику товарищества вести собственную предпринимательскую деятельность при соблюдении п. 3 ст. 73

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин. П. Г. Лахно. С. 191-192.

ГК. Названное правило запрещает полным товариществам, являющимся предпринимателями, конкурировать с деятельностью товарищества на товарном рынке, т. е. «совершать от своего имени в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества». В противном случае товарищество вправе по своему выбору потребовать от такого участника возмещения причиненных товариществу убытков либо передачи товариществу всей приобретенной по таким сделкам выгоды (п. 3 ст. 73 ГК).

2. Участник полного товарищества обязан *лично участвовать в его деятельности* в соответствии с условиями учредительного договора. Вместе с тем Гражданский кодекс РФ (ст. 73) не устанавливает никаких санкций за пассивное поведение товарища в делах товарищества. Поэтому мы согласны с мнением о том, что систематическое неучастие в делах товарищества можно расценивать как грубое нарушение, являющееся основанием для исключения такого участника из товарищества в соответствии с п. 2 ст. 76 ГК¹. С другой стороны, товарищ может быть фактически освобожден от обязанности лично участвовать в делах товарищества.

В связи с этим возникает вопрос: можно ли, используя конструкцию учредительного договора, освободить товарища от такого участия? На наш взгляд, нет. Правило п. 1 ст. 73 ГК является императивной нормой, а потому учредительный договор в силу п. 1 ст. 422 ГК должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иным правовым актам (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Здесь не «срабатывают» положения ст. 1, 421 Кодекса о свободе договора, поскольку свобода участников гражданского оборота (полных товарищей) ограничена действием императивной нормы.

3. Участники полного товарищества *солидарно несут субсидиарную ответственность* своим имуществом по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75 ГК). Прежде всего отметим, что ответственность полных товарищей по отношению к ответственности товарищества является субсидиарной. В литературе распространено мнение о том, что она (ответственность) наступает только при условии недостаточного имущества товарищества. Данное мнение представляется ошибочным. Действительно, такое условие не предусмотрено в ст. 75 ГК и не следует из общего правила п. 1 ст. 399 ГК. В силу п. 1 ст. 399 для привлечения к субсидиарной ответственности достаточно отказа основного должника удовлетворить

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 164-165.

требования кредитора либо неполучения им в разумный срок ответа на предъявленное требование.

Солидарный характер ответственности полных товарищей означает, что кредитор товарищества вправе предъявить требование как ко всем товарищам совместно, так и к любому из них в отдельности, причем как полностью, так и в части долга (п. 1 ст. 323 ГК РФ).

В целях защиты интересов кредитора Гражданский кодекс РФ (п. 2 ст. 75) содержит правило, согласно которому участник полного товарищества, не являющийся его учредителем, отвечает по долгам товарищества наравне с другими участниками по обязательствам, возникшим до его вступления в товарищество. Более того, товарищи, которые выбыли из товарищества, также отвечают по обязательствам товарищества, возникшим до момента его выбытия, наравне с другими оставшимися участниками в течение двух лет со дня утверждения отчета о деятельности товарищества за год, в котором он выбыл из товарищества. Весьма жесткое правило!

И еще один аспект ответственности участников полного товарищества по его обязательствам. Соглашение полных товарищей об ограничении или исключении ответственности, предусмотренной ст. 75 ГК, *ничтожно*. Это правило свидетельствует о том, что императивная норма закона не может быть изменена частным соглашением.

4. *По общему правилу управленческие функции в полном товариществе осуществляются при наличии согласия всех участников* (ст. 71 ГК). Однако учредительным договором могут быть предусмотрены случаи, когда решение принимается большинством голосов участников. Такое исключение позволяет участникам товарищества в спорных ситуациях выходить на конкретное решение, поскольку по некоторым принципиальным вопросам достичь единогласного решения всех участников не всегда возможно.

Буквальное толкование правила п. 1 ст. 71 ГК позволяет прийти к выводу, что указанные исключения применимы к отдельным случаям. Иначе говоря, общее правило о единогласном решении сохраняет свое действие даже в тех случаях, когда в учредительном договоре сформулированы условия о принятии решения большинством голосов.

Поскольку Гражданский кодекс РФ предусматривает возможность принятия решения большинством голосов, постольку нет запрета, на наш взгляд, устанавливать в договоре правило о том, что по некоторым вопросам управления деятельностью полного товарищества соответствующие решения принимаются квалифицированным большинством голосов участников.

При подсчете голосов участников полного товарищества следует руководствоваться правилом о том, что каждый полный товарищ имеет один голос. Иной порядок определения количества

голосов участников товарищества может быть предусмотрен учредительным договором.

5. Кодекс (ст. 72 ГК) проводит различие между управлением в товариществе и *ведением дел полного товарищества*. Ведение дел означает представительство интересов товарищества в отношениях с третьими лицами. Кодекс предлагает на выбор три модели ведения дел полного товарищества: а) каждый участник товарищества вправе действовать от имени товарищества (общее правило); б) все участники товарищества ведут дела совместно; в) ведение дел поручено отдельным участникам. Два последних варианта ведения дел могут быть предусмотрены учредительным договором.

При ведении дел полного товарищества его участники, представляя интересы товарищества в отношениях с третьими лицами, выступают в качестве органов юридического лица. И хотя применительно к хозяйственным товариществам Гражданский кодекс не называет их (полных товарищей) органом товарищества, тем не менее они выполняют эти функции. В силу п. 1 ст. 53 ГК юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы.

Считаем, что полные товарищи с учетом разных моделей ведения дел полного товарищества — это *органы полного товарищества*, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительным договором. Особенности их формирования имеются, но вряд ли способны повлиять на функциональную принадлежность участников товарищества к органам юридического лица. При этом мы не склонны распространять режим института представительства на органы юридического лица в целом и на участников полного товарищества в частности. Между юридическим лицом и его органами нет представительских отношений, являющихся предметом регулирования нормами гл. 10 ГК.

Каждая модель ведения дел полного товарищества обладает своими достоинствами и недостатками. Так, первая модель дает право каждому участнику товарищества действовать от имени товарищества. Это можно рассматривать, с одной стороны, как плюс, с другой — как минус, поскольку такая демократичность ведения дел приведет к анархии.

Напротив, вторая модель призвана обеспечить согласование действий всех участников полного товарищества. Идея неплохая, но в реальной действительности ее реализация сопряжена со значительными трудностями. Даже лично-доверительный характер полного товарищества не способен гарантировать абсолютное единство мнений и голосов.

6. *Перечень обязанностей полных товарищей*, предусмотренных ст. 73 ГК, не является исчерпывающим. Например, полный товарищ обязан участвовать в распределении убытков (п. 1 ст. 74 ГК).

Кроме того, дополнительные обязанности участников полного товарищества могут быть предусмотрены учредительным договором.

Наряду с обязанностью участника товарищества участвовать в деятельности товарищества, ст. 73 ГК *обязывает* полного товарища внести не менее половины своего вклада в складочный капитал товарищества к моменту его регистрации. *Складочный капитал* — это вид имущества товарищества, формируемого за счет вкладов учредителей товарищества. Поэтому он (капитал) представляет собой зарегистрированную (зафиксированную) в учредительном договоре и выраженную в рублях суммарную стоимость всех вкладов, которые учредители полного товарищества решили объединить при создании товарищества.

Действующее законодательство не содержит нормы о минимальном размере складочного капитала хозяйственного товарищества. На наш взгляд, вряд ли такое отсутствие можно рассматривать как пробел. Напротив, исходя из природы хозяйственных товариществ, считаем нецелесообразным законодательное установление минимального размера складочного капитала товарищества¹. Указанный размер должен определяться учредителями хозяйственного товарищества самостоятельно.

Складочный капитал хозяйственного товарищества не выполняет гарантийную функцию, направленную на обеспечение интересов кредиторов. Применительно к хозяйственным товариществам для кредиторов важно, кто является полными товариществами и каково их имущественное положение².

По большому счету уставный капитал хозяйственных обществ также не выполняет функции гарантии, хотя бы потому, что его размер в большинстве случаев не способен обеспечить интересы кредиторов.

7. По общему правилу (ст. 74 ГК) *прибыль и убытки полного товарищества распределяются* между его участниками пропорционально их долям в складочном капитале. Однако иное правило может быть сформулировано в учредительном договоре или в ином соглашении участников. Например, в зависимости от личного участия товарищей в деятельности товарищества полные товарищи могут договориться об иной пропорции распределения прибыли и убытков. В то же время Гражданский кодекс не допускает соглашение участников об устранении кого-либо из полных товарищей от участия в прибыли или убытков. Такое соглашение является ничтожным.

¹ См.: Кураев В. Н. Правовое положение хозяйственных товариществ. С. 18–19.

² См.: Горлов В. В. Правовое положение обществ с ограниченной ответственностью. С. 13–14.

Кодекс (п. 2 ст. 74) запрещает распределение прибыли между полными товарищами в случае, если вследствие понесенных товариществом убытков стоимость его чистых активов станет меньше размера его складочного капитала. Данный запрет действует до тех пор, пока стоимость чистых активов не превысит размер складочного капитала. При этом законодатель преследует единственную цель — оказать стимулирующее воздействие на участников полного товарищества с тем, чтобы они проявили минимум заинтересованности в поддержании платежеспособности товарищества, хотя бы до уровня его складочного капитала. Но едва ли это правило способно каким-либо образом повлиять на судьбу товарищества, равно и на деловые отношения товарищества с кредиторами¹. Главная гарантия интересов кредиторов — это субсидиарная ответственность полных товарищей по обязательствам товарищества.

8. *Изменение состава участников полного товарищества* (ст. 76 ГК). Кодекс определяет обстоятельства, наличие которых может повлиять на судьбу хозяйственного товарищества, а также последствия изменения состава участников полного товарищества. К таким обстоятельствам относятся: выход или смерть кого-либо из участников полного товарищества; признание одного из товарищей безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным; признание полного товарища несостоятельным (банкротом), открытие в отношении одного из участников реорганизационных процедур по решению суда, ликвидация участвующего в товариществе юридического лица; обращение кредитором одного из участников взыскания на часть имущества, соответствующую его доле в складочном капитале товарищества. Таким образом, Кодекс различает изменение персонального состава участников полного товарищества и имущественного положения участника.

Указанные обстоятельства являются основаниями для ликвидации полного товарищества (ст. 81 ГК). В практическом плане заслуживает внимания вопрос о добровольном или принудительном способе ликвидации товарищества. Вот что пишет Ф. М. Полянский, автор комментария параграфа 2 гл. 4 Кодекса: «Каждое из указанных обстоятельств является основанием для принудительной ликвидации товарищества, если только его учредительным договором или соглашением остающихся участников не будет предусмотрено иное»². Как видим, перечисленные в ст. 76 ГК обстоятельства служат, по мнению названного

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 166.

² Там же. С. 167.

автора, основанием для принудительной ликвидации полного товарищества.

Мы не согласны полностью с таким мнением. Пункт 2 ст. 61 ГК устанавливает основания для добровольной и принудительной ликвидации юридического лица. Принудительная ликвидация юридического лица осуществляется *по решению суда* по основаниям, перечень которых дан в п. 2 ст. 61 ГК. Анализ данной нормы показывает, что указанные основания для ликвидации юридического лица неоднородны: одна группа оснований — это нарушения юридическим лицом положений закона, иных правовых актов, другая группа не связана с такими нарушениями. На наш взгляд, словосочетание «в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом», означает, что Кодекс может предусматривать иные основания для ликвидации юридического лица; причем не обязательно, чтобы они представляли собой какие-либо нарушения.

В рассматриваемом случае (ст. 76 ГК), когда остающиеся участники полного товарищества не вынесли единогласного решения о существовании товарищества, есть основания для ликвидации товарищества. Такая ликвидация может быть *добровольной*, т. е. по решению участников полного товарищества. В свою очередь, решение суда о ликвидации полного товарищества по основаниям, указанным в п. 1 ст. 76 ГК, свидетельствует о наличии разногласий между остающимися полными товарищами. Поэтому по заявлению одного из них суд вправе вынести решение о ликвидации полного товарищества. Прямо скажем: возникающая при этом ситуация не является простой (например, девять товарищей выступают за сохранение товарищества, а один — против).

Другая ситуация: остающиеся участники полного товарищества не приняли решение о продолжении деятельности товарищества, но, с другой стороны, не обращаются в суд по поводу его ликвидации.

С требованием о принудительной ликвидации полного товарищества по основаниям, указанным в п. 1 ст. 76 ГК РФ, вправе обратиться остающиеся полные товарищи. Данное утверждение не противоречит смыслу и содержанию правила, сформулированного в п. 3 ст. 61 ГК. Согласно названному правилу требование о принудительной ликвидации юридического лица *может быть предъявлено* в суд государственным органом или органом местного самоуправления, которым право на предъявления такого требования предоставлено законом.

9. *Выход участника из полного товарищества* (ст. 77 ГК). Любой участник товарищества вправе выйти из него, заявив об отказе от участия в товариществе. В целях защиты интересов оставшихся полных товарищей Кодекс содержит специальное правило о выходе участника из полного товарищества. Если товарищество

учреждено без указания срока, отказ от участия в полном товариществе должен быть заявлен участником не менее чем за шесть месяцев до фактического выхода из товарищества. При учреждении товарищества на определенный срок досрочный отказ от участия в полном товариществе допускается лишь по уважительной причине (например, болезнь участника товарищества).

Кодекс признает ничтожным соглашение между участниками товарищества об отказе от права выйти из товарищества.

Последствия выбытия участника из полного товарищества предусмотрены ст. 78 ГК. В частности, п. 1 ст. 78 предоставляет участнику, выбывшему из полного товарищества, право на получение стоимости части имущества товарищества, соответствующей доле этого участника в складочном капитале. Однако иной принцип определения размера такой оплаты может быть установлен учредительным договором.

Выбывающий участник может договориться с остающимися полными товарищами о замене выплаты стоимости имущества выдачей имущества в натуре. Данное правило также сформулировано в ст. 78 ГК.

Гражданский кодекс особо регулирует процедурные вопросы, связанные с правопреемством. Так, в случае смерти участника полного товарищества его наследник может вступить в полное товарищество лишь с согласия других участников. В отношении реорганизованного юридического лица действует несколько иное правило: для его вступления в товарищество требуется согласие других полных товарищей, если *иное не предусмотрено учредительным договором* товарищества.

Кодекс содержит нормы о производстве расчетов с наследником (правопреемником), не вступившим в товарищество. Такого рода расчеты производятся в соответствии с п. 1 ст. 78 ГК, т. е. наследник получает стоимость части имущества товарищества, которая должна соответствовать доле данного участника в складочном капитале товарищества. Кроме того, наследник (правопреемник) несет риск ответственности по обязательствам товарищества перед третьими лицами в течение двух лет со дня утверждения отчета о деятельности товарищества (п. 2 ст. 75 ГК), но в пределах перешедшего к нему имущества выбывшего участника.

10. *Передача доли участника в складочном капитале полного товарищества* (ст. 79 ГК). Такая передача осуществляется с согласия остальных полных товарищей. При передаче доли (части доли) иному лицу к нему переходят полностью или в соответствующей части права, принадлежащие участнику, передавшему долю (часть доли).

Конечно же, лицо, которому передана доля (часть доли), принимает на себя лежащий на выбывшем товарище риск ответственности (п. 2 ст. 75 ГК). В свою очередь, передача *всей* доли

иному лицу участником товарищества прекращает его участие в товариществе. При этом данная передача влечет последствия, предусмотренные п. 2 ст. 75 ГК.

11. *Ликвидация полного товарищества* (ст. 81 ГК). Кодекс различает общие основания для ликвидации юридического лица (ст. 61 ГК) и специальные. К числу последних относится, например, случай, когда в товариществе остается единственный участник. В силу ст. 81 такой участник вправе в течение шести месяцев с момента, когда он стал единственным участником товарищества, преобразовать такое товарищество в хозяйственное общество. В противном случае полное товарищество подлежит принудительной ликвидации по решению суда (кстати, здесь нет нарушения закона, иных правовых актов). Требование о принудительной ликвидации товарищества может направить в суд единственный участник. Однако возникает вопрос: как быть, если он этого не сделает?

Как отмечалось ранее, полное товарищество может быть ликвидировано в случаях, указанных в п. 1 ст. 76 ГК.

Товарищество на вере (командитное товарищество). *Товариществом на вере* признается товарищество, в котором наряду с участниками, осуществляющими от имени товарищества предпринимательскую деятельность и отвечающими по обязательствам товарищества своим имуществом (полными товарищами), имеется один или несколько участников — вкладчиков (командитистов), которые несут риск убытков, связанных с деятельностью товарищества, в пределах сумм внесенных ими вкладов и не принимают участия в осуществлении товариществом предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 82 ГК).

Будучи разновидностью хозяйственного товарищества, товарищество на вере обладает всеми признаками последнего. Поэтому рассмотрим специальные признаки командитного товарищества.

1. *Сложный субъектный состав товарищества.* С одной стороны, в состав товарищества на вере входят полные товарищи, с другой — товарищи-вкладчики (командитисты). Статус полных товарищей уже рассматривался ранее, а потому обратимся к правовому положению командитиста. Прежде всего отметим, что товарищами-вкладчиками могут быть физические и юридические лица, причем не обязательно осуществляющие предпринимательскую деятельность.

Командитисты, в отличие от полных товарищей, *несут риск убытков*, связанных с деятельностью товарищества, в пределах сумм внесенных ими вкладов. В этом качестве товарищи-вкладчики находятся на уровне статуса участников общества с ограниченной ответственностью.

Далее, командитисты полностью отстранены от управления и ведения дел товарищества на вере. Это полномочия полных товарищей (ст. 84 ГК). Более того, вкладчики не вправе оспаривать

действия полных товарищей по управлению и ведению дел товарищества.

2. Товарищество на вере создается и действует на основании *учредительного договора*, который подписывается всеми полными товарищами (ст. 83 ГК). Комментируя данное правило, в литературе справедливо обращалось внимание на некоторые спорные моменты.

Первый момент: могут ли учредительный договор подписать вкладчики с тем, чтобы определить свои взаимоотношения с полными товарищами? Надо сказать, что Гражданский кодекс (п. 1 ст. 83) не препятствует этому, а судебная практика положительно оценивает такого рода условия договора.

Действительно, если конструкция учредительного договора в данной ситуации не устраивает полных товарищей по каким-либо причинам, то можно использовать другой договор (например, договор об участии в товариществе) между полными товарищами и командитистами.

Второй момент связан с применением правила абзаца второго п. 1 ст. 86 ГК. Относительно ликвидации товарищества на вере в Кодексе записано, что товарищество сохраняется, если в нем остается по крайней мере один полный товарищ и один вкладчик. Неожиданный ракурс!

Товарищество на вере есть договорное объединение лиц. Для его существования необходимым условием является наличие не менее двух полных товарищей. Иначе его деятельность прекращается.

3. *Права и обязанности вкладчика товарищества на вере* (ст. 85 ГК). Кодекс называет единственную обязанность вкладчика — внести вклад в складочный капитал, что удостоверяется свидетельством, выдаваемым вкладчику товариществом. Указанное свидетельство необходимо лишь тогда, когда нет соглашения (учредительного договора) между полными товарищами и вкладчиками. Если такое соглашение имеется, то фактическая надобность в свидетельстве отпадает.

Перечень прав вкладчиков, предусмотренный ст. 85 ГК, не носит исчерпывающего характера. Последний абзац 85 расширяет возможности учредительного договора товарищества на вере, в котором могут быть иные права вкладчиков. Одним словом, еще раз подтверждается тезис о том, что полные товарищи и вкладчики вправе использовать конструкцию учредительного договора товарищества.

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 175-177.

Права вкладчиков товарищества являются *равными (одинаковыми)* по объему. С помощью договора участники товарищества могут расширить их перечень (количество) для вкладчиков. На наш взгляд, дополнительные права могут устанавливаться как для всех вкладчиков, так и для конкретных вкладчиков. Запрета на такую дифференциацию прав нет.

В частности, вкладчик товарищества на вере имеет право: а) получать часть прибыли товарищества, причитающуюся на его долю в складочном капитале; б) знакомиться с годовыми отчетами и балансами товарищества; в) по окончании финансового года выйти из товариществ и получить свой вклад в порядке, предусмотренном учредительным договором; г) передать свою долю в складочном капитале или ее часть другому вкладчику либо третьему лицу. Рассмотрим некоторые права.

Вкладчик может рассчитывать на получение *именно части прибыли* товарищества. Причем распределение прибыли происходит по иным правилам, чем распределение прибыли между полными товарищами (п. 1 ст. 74 ГК). Как уже отмечалось ранее, прибыль полного товарищества распределяется между его участниками пропорционально их долям в складочном капитале. В рассматриваемом случае допускается такая возможность, когда распределению подлежит не вся, а лишь часть прибыли товарищества на вере. Доля прибыли, подлежащая распределению между вкладчиками товарищества, может быть определена в учредительном договоре. В итоге командитисты могут получить незначительную часть прибыли товарищества (например, 1/10), а оставшаяся часть прибыли может быть зарезервирована за полными товарищами.

Обращаем внимание на то, что вкладчик имеет право выйти из товарищества и получить свой вклад только по *окончании финансового года*. В отличие от него полный товарищ вправе сделать это в любое время (с предварительным уведомлением не менее чем за полгода).

4. *Ликвидация товарищества на вере* (ст. 86 ГК). Прежде всего отметим, что командитное товарищество ликвидируется по общим основаниям, предусмотренным ст. 61 ГК. Кроме того, товарищество подлежит ликвидации по основаниям ликвидации полного товарищества (ст. 81 ГК). И, наконец, товарищество на вере может быть ликвидировано по специальным основаниям, которые сформулированы в ст. 86.

И. Общества с ограниченной ответственностью (ООО). В силу п. 1 ст. 87 ГК *обществом с ограниченной ответственностью* признается учрежденное одним или несколькими лицами общество, уставный капитал которого разделен на доли определенных учредительными документами размеров; участники ООО отвечают по

его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов.

Будучи коммерческой организацией (ст. 50 ГК), ООО обладает рядом специальных признаков.

1. ООО является объединением капитала, а потому оно может быть учреждено даже *одним лицом* (физическим или юридическим). Однако и здесь возникает вопрос: с кем объединяется капитал, если участник общества один (ведь не с обществом же)?

Гражданский кодекс РФ (ст. 88) запрещает ООО иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица. Логика законодателя понятна: избежать злоупотреблений участников обществ с ограниченной ответственностью в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обществом своих договорных обязательств. В реальной действительности предприимчивые участники ООО могут найти различного рода лазейки, чтобы выйти из установленного запрета.

В силу ст. 88 ГК число участников общества с ограниченной ответственностью не должно превышать предела, установленного Законом об ООО. Названный Закон (п. 3 ст. 7) ограничивает число участников общества — их не должно быть более 50. В противном случае общество в течение года должно преобразоваться в ОАО или производственный кооператив. Иначе общество ждет ликвидация в судебном порядке по требованию органа, осуществляющего государственную регистрацию юридических лиц, либо иных государственных органов или органов местного самоуправления, которым право на предъявление такого требования предоставлено федеральным законом (п. 3 ст. 7 Закона об ООО).

В рассматриваемой ситуации наблюдается стремление законодателя взять под контроль создание и деятельность обществ с ограниченной ответственностью. Государство при этом демонстрирует свое отношение к большому по числу участников ООО, показывая, что с позиции публичных интересов здесь более предпочтительна акционерная форма объединения капитала. Все логично, а главное — закономерно.

2. Участники ООО не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов (п. 1 ст. 87 ГК). Из легального признака ООО не вытекает, что общество не несет ответственности по своим долгам. Напротив, *общество несет полную ответственность всем принадлежащим ему имуществом* (п. 1 ст. 56 ГК), а потому некорректно использовать понятие «общество с ограниченной ответственностью»¹.

¹ См.: Горлов В. В. Правовое положение обществ с ограниченной ответственностью. С. 13; Белов В. А., Пестерова Е. В. Хозяйственные общества. М., 2002. С. 123.

Исключение из общего правила Гражданский кодекс РФ распространяет на участников ООО, которые внесли вклады не полностью. В данном случае участники несут *солидарную ответственность* по обязательствам общества.

Почему законодатель решил изменить общий подход к ответственности участников ООО по его обязательствам? Ответ напрашивается сам: заставить участников общества исполнять свою обязанность по оплате вклада своевременно и в полном объеме. Однако при этом законодатель не уточнил, какой является ответственность таких участников по отношению к ответственности самого общества: солидарной или субсидиарной. В литературе распространено мнение, согласно которому участники, внесшие вклады не полностью, несут наряду с обществом солидарную ответственность. Мы придерживаемся иной позиции, считая, что участники в данной ситуации несут субсидиарную ответственность¹. Такой вывод подтверждается также правилами об ответственности участников полного товарищества (п. 1 ст. 75 ГК), участников общества с дополнительной ответственностью (п. 1 ст. 95 ГК), а также участников, вызвавших банкротство юридического лица (п. 3 ст. 56 ГК). Иначе говоря, участники ООО, которые внесли вклады не полностью, несут солидарно субсидиарную ответственность перед кредиторами общества, т. е. по обязательствам общества.

В практическом плане заслуживает внимания вопрос: как кредиторы узнают о факте невнесения вклада полностью?

3. Учредительными документами ООО являются *учредительный договор*, подписанный его учредителями, и утвержденный ими *устав* (ст. 89 ГК). В случае учреждения общества одним лицом, устав — его учредительный документ. При увеличении числа участников общества между ними может быть подписан договор о совместной деятельности. Однако едва ли данный договор приобретает статус учредительного документа. В анализируемой ситуации нельзя применять правила об изменениях, вносимых в учредительные документы, поскольку статус учредительного документа появляется только на стадии создания ООО.

Закон об ООО (п. 5 ст. 12) содержит правило о преимущественной силе для третьих лиц и участников общества положений устава общества, когда имеет место несоответствие положений учредительного договора и устава общества. Раньше аналогичная точка зрения была высказана в постановлениях пленумов высших судебных инстанций.

4. *Уставный капитал* ООО состоит из стоимости вкладов его Участников (ст. 90 ГК). Отметим, что уставный капитал общест-

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 186.

ва — это в первую очередь вид имущества ООО и лишь затем — учетно-бухгалтерская категория. Он образуется за счет вкладов участников общества, а потому представляет собой их суммарную стоимость.

В силу п. 1 ст. 15 Закона об ООО вкладом в уставный капитал общества могут быть деньги, ценные бумаги, другие вещи или имущественные права или иные права, имеющие денежную оценку. По общему правилу имущество участника, передаваемое в качестве вклада в уставный капитал общества, переходит в собственность ООО. В свою очередь, между обществом и участником возникают обязательственные (имущественные) правоотношения (п. 2 ст. 48 ГК). Таким образом, имущество ООО, формируемое на стадии его учреждения и функционирования, не является общей долевой собственностью участников общества.

Закон об ООО (п. 3 ст. 15) разрешает участнику общества передавать имущество в пользование в качестве вклада в уставный капитал. В случае досрочного прекращения у общества права пользования таким имуществом участник обязан предоставить обществу по его требованию денежную компенсацию, равную плате за пользование таким же имуществом на подобных условиях в течение оставшегося срока.

Размер уставного капитала общества не может быть менее суммы, определенной Законом об ООО (п. 1 ст. 90 ГК). В соответствии с п. 1 ст. 14 Закона указанный размер должен быть не менее стократной величины минимального размера оплаты труда (МРОТ), установленного федеральным законом на дату представления документов для государственной регистрации общества. Участники общества обязаны оплатить уставный капитал на момент регистрации общества не менее чем на половину. Оставшаяся неоплаченная часть уставного капитала подлежит оплате его участниками в течение первого года деятельности общества.

Гражданский кодекс (п. 5, 6 ст. 90), Закон об ООО (ст. 17–20) предусматривают изменение уставного капитала путем увеличения или уменьшения его размера. *Увеличение уставного капитала* ООО, которое допускается только после его оплаты, возможно тремя способами: а) за счет имущества общества; б) за счет дополнительных вкладов участников общества; в) за счет вкладов третьих лиц, принимаемых в общество, если это не запрещено уставом. *Уменьшение уставного капитала* ООО — это прежде всего *право участников общества*, которое происходит двумя способами: а) путем уменьшения номинальной стоимости долей всех участников общества в уставном капитале пропорционально размерам их долей; б) путем погашения долей, принадлежащих обществу. Общество *обязано уменьшить свой уставный капитал* в случаях: неполной оплаты участниками своих вкладов в течение года

с момента государственной регистрации (уставный капитал ООО должен быть уменьшен до его фактически оплаченного размера, но не выше стоимости его чистых активов); когда стоимость чистых активов общества окажется меньше его уставного капитала по окончании второго и каждого последующего финансового года (уставный капитал общества подлежит уменьшению до размера, не превышающего стоимости его чистых активов).

В целях защиты интересов кредиторов общество обязано письменно уведомить об уменьшении уставного капитала и о его новом размере всех известных кредиторов, а также опубликовать в органах печати сообщение в течение 30 дней с даты принятия соответствующего решения. При этом кредиторы вправе потребовать досрочного прекращения или исполнения соответствующих обязательств и возмещения убытков.

5. *Доля участия в обществе.* Надо различать понятия «вклад в уставный капитал» и «доля участия в обществе», хотя эти понятия иногда отождествляются. Если вклад в уставный капитал ООО есть имущество (деньги, ценные бумаги и др.), то *доля участия в обществе* — это совокупность прав и обязанностей в определенном объеме (размере) каждого участника в отношении с обществом¹. В отличие от акционерного общества доля участия в ООО не выражена в ценной бумаге или ином документе. Имеются и другие отличия акционерных обществ от ООО в части характеристики долей участия.

Размер доли участника общества в уставном капитале определяется в процентах или в виде дроби. Он (размер) должен соответствовать соотношению *номинальной стоимости его доли* и уставного капитала общества (п. 2 ст. 14 Закона об ООО). Действительная стоимость доли участия в обществе определяется соотношением стоимости чистых активов ООО и доли участника в уставном капитале общества. Таким образом, Закон различает номинальную и действительную стоимость доли.

Данный вывод имеет практическое значение. Так, при приеме в общество нового участника он должен оплатить действительную, а не номинальную стоимость доли; в случае его выхода (исключения) общество обязано также выплатить ему действительную стоимость доли².

Передача доли. В силу п. 1 ст. 21 Закона об ООО участник общества вправе продать или иным образом уступить свою долю

¹ См.: Розенберг В. В. Товарищество с ограниченной ответственностью. СПб., 1912. С. 156; Беляев К. П., Горлов В. А., Захаров В. А. Общество с ограниченной ответственностью: правовое положение (практический комментарий, законы и другие правовые акты, образцы документов). М., 1999. С. 102–103.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 203.

в уставном капитале общества либо ее часть одному или нескольким участникам ООО. При этом согласие общества или других участников на совершение такой сделки не требуется, если иное не предусмотрено уставом общества.

В свою очередь, передача доли (ее части) участия в обществе третьим лицам допускается, если это не запрещено *уставом* общества¹.

Во-первых, Гражданский кодекс РФ (ст. 93), Закон об ООО используют термин «уступка доли» в качестве родового понятия, объединяющего различные виды двусторонних сделок по отчуждению имущества, в том числе имущественных прав. В данном случае под уступкой доли понимается передача доли участия в обществе посредством заключения договора купли-продажи, мены, дарения. Не относится к уступке передача доли в доверительное управление и залог, поскольку здесь нет отчуждения имущества².

Во-вторых, нельзя согласиться с мнением о том, что передача доли участия в обществе должна осуществляться только по правилам гл. 24 ГК «Перемена лиц в обязательстве». При этом такая передача осуществляется по договору, который одновременно является договором об уступке права и переводе долга³. Возможно, в научном плане это мнение можно рассматривать в качестве одного из предложений по совершенствованию гражданского законодательства. Однако с учетом действующей редакции закона конструкции договора продажи, мены, дарения применимы к передаче доли участника общества. Что касается договоров об уступке права (требования), то он также применим в данной ситуации.

По общему правилу (п. 1 ст. 23 Закона об ООО) общество не вправе приобретать доли (части долей) в своем уставном капитале. Такое положение является противоестественным. Тем не менее Закон предусматривает несколько случаев, когда общество становится приобретателем доли (например, доли исключенного из общества участника). Выход из создавшейся ситуации Закон видит в распределении принадлежащей обществу доли между всеми участниками общества пропорционально их долям в уставном капитале либо в продаже всем или некоторым участникам общества и (или), если это не запрещено уставом, третьим лицам. Соответ-

¹ Таким образом, если запрет получил закрепление в учредительном договоре, а не в уставе, то, следуя логике закона, такой запрет не имеет юридической силы.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «Об обществах с ограниченной ответственностью» / Под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1998. С. 146.

³ См.: *Беляев К. П., Горлов В. А., Захаров В. А.* Общество с ограниченной ответственностью: правовое положение (практический комментарий, законы и другие правовые акты, образцы документов). С. 141 — 142.

ствующее распределение (продажа) должно произойти в течение года со дня перехода доли (ее части) обществу. Иначе доля, принадлежащая обществу, должна быть погашена соответствующим уменьшением уставного капитала общества (ст. 20 Закона об ООО).

Гражданский кодекс РФ (п. 2 ст. 93), Закон об ООО (п. 4 ст. 21) содержат нормы о преимущественном праве покупки доли участника (ее части) пропорционально размерам долей участников общества, если иной порядок осуществления этого права не предусмотрен уставом общества или *соглашением между участниками*. Иначе говоря, реализация нормы о преимущественном праве может быть ограничена не только учредительными документами, но и любым соглашением участников общества.

6. *Выход и исключение участника из общества.* Прекращение членства в обществе может происходить путем выхода участника из общества (ст. 94 ГК, ст. 26 Закона об ООО). Участник общества имеет право в любое время выйти из общества независимо от согласия других участников или общества. Для этого участнику достаточно обратиться с заявлением в уполномоченный орган общества без какого-либо предупреждения. Данная норма является императивной и не может быть изменена частным соглашением. Такой позиции придерживаются и высшие судебные инстанции (п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

При выходе участника из общества наступают *следующие последствия*: а) переход его доли к обществу с момента подачи заявления; б) выплата участнику обществом действительной стоимости его доли или выдача ему имущества в натуре такой же стоимости. Указанные выплаты общество обязано осуществить в течение шести месяцев с момента окончания финансового года, если меньший срок не предусмотрен *уставом* общества. При этом выход участника из ООО не освобождает его от обязанности перед обществом по внесению вклада в имущество общества, возникшей до подачи заявления о выходе из общества.

Исключение участника из общества — это *санкция*, применяемая к участнику, который грубо нарушает свои обязанности либо своими действиями (бездействием) делает невозможной деятельность общества или существенно затрудняет ее (ст. 10 Закона об ООО)¹. С инициативой об исключении участника из общества вправе обратиться в суд участники общества, доля которых в совокупности составляет не менее чем 10% уставного капитала об-

¹ Иной точки зрения придерживается Шиткина И. С. (см.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 200).

щества. Итак, Закон об ООО определяет, что исключение возможно только по *решению суда*.

Исключенному участнику должна быть выплачена действительная стоимость его доли, которая определяется по данным бухгалтерской отчетности общества за последний отчетный период, предшествующий дате вступления в законную силу решения суда об исключении (п. 4 ст. 23 Закона об ООО). Однако с согласия исключенного участника общество обязано выдать ему в натуре имущество такой же стоимости. Иначе говоря, имущественные последствия выхода и исключения из общества совпадают. Тем не менее мы считаем возможным рассматривать исключение участника из общества в качестве санкции организационного (оперативного) характера, поскольку она применяется за неправомерные действия (бездействие). На квалификацию исключения как санкции не влияет, на наш взгляд, тот факт, что исключенному участнику общество выплачивает денежную компенсацию (действительную стоимость доли).

При исключении участника из общества происходит *расторжение учредительного договора* в соответствии с правилами гл. 29 ГК. В силу п. 2 ст. 450 Кодекса договор может быть изменен или расторгнут по решению суда в случаях: а) существенного нарушения договора другой стороной; б) в иных случаях, предусмотренных Кодексом, другими законами или договором. Особенность в данной ситуации заключается в том, что договор расторгается только в отношении одного участника и продолжает существовать в отношении остальных участников общества¹.

Аналогичную позицию по этому вопросу заняли высшие судебные инстанции. В п. 28 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 разъясняется, что исключение участника из общества возможно в случаях, предусмотренных законом или учредительными документами, а также при существенном нарушении участником общества условий учредительного договора (ст. 450 ГК). Следовательно, в учредительном договоре участники общества вправе предусмотреть иные основания для изменения и расторжения договора. При отсутствии соответствующих положений об исключении в учредительном договоре применяются общие правила о расторжении (изменении) договора.

Надо подчеркнуть, что расторжение учредительного договора в отношении исключенного участника общества не происходит автоматически, только на основании самого факта исключения участника из общества. Можно проецировать ситуацию, когда

¹ См.: *Беляев К. П., Горлов В. А., Захаров В. А.* Общество с ограниченной ответственностью: правовое положение (практический комментарий, законы и другие правовые акты, образцы документов). С. 149.

с исключенным участником учредительный договор не расторгается по решению суда или заинтересованные участники не обратились с заявлением в суд.

7. *Распределение прибыли общества между участниками* (ст. 28 Закона об ООО). Начнем с того, что общество вправе ежеквартально, один раз в полгода или ежегодно принимать решение о распределении своей *чистой прибыли* между участниками общества. Решение об *определении части чистой прибыли* общества, распределяемой между участниками общества, — компетенция общего собрания участников общества.

Как видно из содержания Закона об ООО, общество вправе распределить всю чистую прибыль между участниками общества.

По общему правилу распределение прибыли общества между его участниками осуществляется *пропорционально* их долям в уставном капитале общества. Иной порядок распределения прибыли общества может быть предусмотрен в *уставе общества* при его учреждении или путем внесения в устав изменений по решению общего собрания общества.

С целью защиты интересов кредиторов, участников общества и самого общества Закон об ООО (ст. 29) устанавливает ограничения распределения прибыли общества между участниками в следующих случаях:

- а) до полной оплаты всего уставного капитала общества;
 - б) до выплаты действительной стоимости доли (ее части) участника общества в случаях, предусмотренных Законом об ООО;
 - в) если на момент принятия такого решения стоимость чистых активов общества меньше его уставного капитала и резервного фонда или станет меньше их размера в результате принятия такого решения;
 - г) в иных случаях, предусмотренных федеральными законами.
- В указанных случаях общество не вправе принимать решение о распределении своей прибыли между участниками.

Закон об ООО (п. 2 ст. 29) также запрещает распределение прибыли между участниками при наличии *признаков решения*: если на момент выплаты общество отвечает признакам несостоятельности (банкротства) либо эти признаки появятся у общества в результате выплаты; если на дату выплаты стоимость чистых активов общества меньше его уставного капитала или резервного фонда либо станет меньше их размера по причине выплаты; в иных случаях, предусмотренных законами.

8. *Управление обществом* (ст. 91 ГК, гл. 4 Закона об ООО). Управление в обществе с ограниченной ответственностью представляет собой вид управленческой деятельности, в рамках которой соответствующие органы общества осуществляют управленческие функции. Статья 91 ГК очерчивает двухзвенную систему управления обществом: высший орган ООО — общее собрание его

участников, исполнительный орган (коллективный и (или) единоличный). Закон об ООО (п. 2 ст. 32) гласит: «Уставом общества может быть предусмотрено образование совета директоров (наблюдательного совета) общества», т. е. появляется возможность образования трехзвенной системы управления обществом.

Несколько неопределенно в системе органов управления обществом положение ревизионной комиссии (ревизор). Ее основное назначение — проверка и подтверждение годовой финансовой отчетности общества.

В литературе обычно ревизионная комиссия (ревизор) не рассматривается в качестве органа управления обществом¹, хотя известно, что контроль, учет и анализ относятся к функциям управления.

На наш взгляд, надо различать понятия «органы юридического лица» и «органы управления обществом». В силу п. 1 ст. 53 ГК юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы. Отличительная черта органа юридического лица — он действует от имени юридического лица без доверенности и представляет интересы юридического лица вовне. Органы — это часть юридического лица, а не законные представители юридического лица. Что касается органов управления обществом, то не все из них являются органами юридического лица. Например, коллективный орган управления (правление) не обладает свойствами органа юридического лица и его действия не образуют волю юридического лица вовне.

В большинстве случаев компетенция общего собрания участников общества, совета директоров (наблюдательного совета) также ограничена рамками рассмотрения внутренних вопросов деятельности общества.

Закон об ООО закрепляет разграничение компетенции общего собрания участников общества, совета директоров и единоличного исполнительного органа. Прежде всего отметим, что в силу п. 2 ст. 33 общее собрание участников общества обладает *исключительной компетенцией* при принятии решений по принципиальным вопросам деятельности общества. Перечень этих вопросов носит исчерпывающий характер (общество вправе решать иные вопросы, предусмотренные Законом об ООО).

Следовательно, в уставе общества не могут содержаться другие вопросы исключительной компетенции общего собрания общества, если Закон об ООО не предоставляет такое право участникам

¹ См.: Рубенко Г. Л. Правовой статус органов управления акционерных обществ. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2004. С. 11. Автор проводит разграничение между органами управления обществом и органом контроля.

общества. Помимо вопросов, отнесенных Законом об ООО к исключительной компетенции общего собрания участников общества, устав может содержать перечень иных вопросов компетенции общего собрания.

Далее, Закон об ООО (ст. 33) запрещает передавать вопросы исключительной компетенции общего собрания участников общества на решения совета директоров (наблюдательного совета), за исключением случаев, предусмотренных данным Законом, а также на решение исполнительных органов общества. Из содержания приведенного правила можно прийти к следующим выводам.

1. Компетенция совета директоров общества может включать вопросы, которые Законом об ООО не отнесены к категории исключительных для принятия решения общим собранием участников общества.

2. Совет директоров общества вправе принимать решения по вопросам, которые переданы ему общим собранием участников общества, в случаях, предусмотренных Законом об ООО.

3. Вопросы исключительной компетенции общего собрания не могут быть переданы исполнительным органам общества (никаких исключений нет).

Общества с дополнительной ответственностью (ОДО)¹. ОДО — это коммерческая организация, учрежденная одним или несколькими лицами, уставный капитал которой разделен на доли определенных учредительными документами размеров; участники такого общества несут солидарно субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом в размере, кратном стоимости их вкладов в уставной капитал (п. 1 ст. 95). По мнению большинства ученых, ОДО является, по сути, разновидностью ООО. ОДО не обладает достаточной спецификой для того, чтобы признать его самостоятельной организационно-правовой формой коммерческой организации. Эти выводы подтверждаются ссылками на судебную практику, а также на правило Гражданского кодекса РФ (п. 3 ст. 95), согласно которому нормы Кодекса об ООО применяются к ОДО, если иное не установлено данной статьей Кодекса.

Иное мнение было высказано И. Ф. Никифоровым, одним из авторов комментария к Гражданскому кодексу РФ². Он считает, что ОДО занимает промежуточное положение между товариществом и ООО, будучи при этом ближе к последнему. Далее, ОДО

¹ Правительством РФ 18 мая 2006 г. одобрена Концепция развития корпоративного законодательства на период до 2008 г., в соответствии с которой предлагается устранить такую организационно-правовую форму, как общество с дополнительной ответственностью.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 198-199.

есть самостоятельная организационно-правовая форма, о чем свидетельствует и то место, которое отводится ему в Гражданском кодексе. Отсюда, по мнению названного автора, преобразование ООО в ОДО представляет собой форму реорганизации.

Такое мнение имеет разумные основания, однако оно не опирается на судебную практику и отдельные положения Кодекса.

Основное отличие ОДО от ООО состоит в особом характере имущественной ответственности участников по долгам ОДО.

Во-первых, участники общества несут солидарно субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом.

Во-вторых, на участников ОДО возлагается одинаковая ответственность в размере, кратном стоимости их вкладов в уставной капитал.

В-третьих, общий объем ответственности всех участников ОДО определяется учредительными документами как величина, кратная (двух-, трехкратная и т. п.) размеру уставного капитала общества. Благодаря своим свойствам данный вид хозяйственных обществ не получил какого-либо широкого применения (если не сказать больше: ОДО — мертворожденная конструкция юридического лица).

III. Акционерные общества (АО). АО признается обществом, уставный капитал которого разделен на определенное число акций, участники которого (акционеры) не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций (п. 1 ст. 96 ГК). Пункт 1 ст. 2 Закона об АО дополняет легальное определение акционерного общества указанием на его коммерческий характер, а также определением юридической природы вытекающих из акций прав акционеров по отношению к обществу как прав обязательственных.

Акционерное общество обладает как всеми общими признаками юридического лица, названными в ст. 48 ГК, так и признаками коммерческих организаций в целом и специфическими признаками хозяйственных товариществ и обществ в частности.

К числу *формообразующих признаков*, указывающих на неповторимость и уникальность акционерного общества, которые отличают его от всех других форм коллективного предпринимательства, необходимо отнести следующие.

1. *Правовой статус акционера в акционерном обществе.* Содержание правового статуса акционера включает правосубъектность участника акционерного общества, состоящую из правоспособности и дееспособности акционера, а также права и обязанности участника акционерного общества¹. Фигура акционера возникает только в акционерном обществе, что обусловлено особенностями

¹ См.: *Сумской Д. А.* Статус акционера по континентальному праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 5—6.

правового режима акций как разновидности ценных бумаг. С точки зрения действующего законодательства акционером может быть любое физическое и юридическое лицо, а также публичное образование (Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования). Государственные органы и органы местного самоуправления не вправе выступать в качестве акционера в акционерном обществе, поскольку они (органы) представляют соответственно интересы Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований (ст. 125 ГК). На наш взгляд, указанные органы, даже будучи юридическими лицами, не могут быть участниками акционерного общества.

Такой вывод не совсем согласован с правилом п. 4 ст. 66 ГК, в силу которого государственные органы, органы местного самоуправления не вправе выступать участниками хозяйственных обществ и вкладчиками в товариществах на вере, если иное не установлено законом. Как видно, Кодекс содержит общий запрет на такое участие; в то же время разрешает это на уровне федерального закона. В Законе об АО нет разрешения на участие органов публичных образований в качестве акционеров.

Названный Закон (п. 1 ст. 10) запрещает соответствующим органам выступать *учредителями акционерного общества*, за исключением случаев, установленных федеральными законами. Так, в соответствии с п. 1 ст. 68 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» представительные органы муниципальных образований для совместного решения вопросов местного значения могут принимать решения об учреждении межмуниципальных хозяйственных обществ в форме закрытых акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью¹. Другой пример: в силу ст. 12 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ (в ред. от 1 июня 2005 г. № 4-ФКЗ) Правительство РФ вправе учреждать организации² (в том числе акционерные общества).

Таким образом, органы публичных образований не должны, на наш взгляд, принимать участие в акционерных обществах как учредители и акционеры. Таким правом обладают сами публичные образования, а соответствующие органы представляют их интересы во вне образования.

В литературе верно отмечается, что оптимальной организационно-правовой формой коммерческой организации с участием публичных образований является открытое акционерное общество³.

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822. Далее — Закон о местном самоуправлении.

² СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712. Далее — Закон о Правительстве РФ.

³ См.: *Пышкин И. И.* Публично-правовые образования как акционеры. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8.

Основные права акционера. Исходя из сущности акционерного капитала, акционер обладает следующими основными правами:

- 1) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов;
- 2) на участие в управлении акционерным обществом;
- 3) на часть имущества, остающегося после ликвидации акционерного общества (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг).

Наряду с этими (основными) правами акционер обладает также другими правами. К их числу относятся:

- а) право на распоряжение акциями;
- б) преимущественное право на приобретение вновь выпущенных акций;
- в) право на информацию об акционерном обществе;
- г) право на судебную защиту¹.

Причем акционерное законодательство выделяет как имущественные, так и неимущественные (личные) права акционера. Среди последних правомочий следует назвать право акционера на участие в управлении акционерным обществом; право на информацию об акционерном обществе; право на судебную защиту.

Акционерное законодательство дифференцирует права акционера на: права акционеров — владельцев обыкновенных акций и права акционеров — владельцев привилегированных акций общества. Правами *в полном объеме* обладают акционеры — владельцы обыкновенных акций. Что касается акционеров — владельцев привилегированных акций, то они не имеют права голоса на общем собрании акционеров, если иное не установлено Законом об АО (п. 1, 4, 5 ст. 32). В частности, акционеры — владельцы привилегированных акций участвуют в общем собрании акционеров с правом голоса при решении вопросов о реорганизации и ликвидации общества.

Другой пример: акционеры — владельцы привилегированных акций *определенного типа* приобретают право голоса при решении на общем собрании акционеров вопросов о внесении изменений и дополнений в устав общества, ограничивающих их права.

2. *Уставный капитал акционерного общества разделен на определенное число акций.* Природа уставного капитала акционерного общества проявляется прежде всего через функции акций в акционерном обществе. *Во-первых*, акциями измеряется стоимость вкладов акционеров в уставный капитал, *во-вторых*, принадлежностью определенного числа акций тому или иному лицу удостоверяется факт нахождения их обладателя в особом длящегося правовом состоянии — состоянии участия² в акционерном обществе со всеми выте-

¹ См.: Метелева Ю. А. Правовое положение акционера в акционерном обществе. М., 1999. С. 43-176.

² См.: Белов В. А., Пестерева Е. В. Хозяйственные общества. М., 2002. С. 21.

кающими из данного юридического факта последствиями. Для реализации этих функций акции наделяются свойствами ценных бумаг (ст. 143 ГК). Каждая акция, являющаяся эмиссионной ценной бумагой, дает ее владельцу (акционеру) равный объем прав, важнейшими из которых являются права на участие в управлении обществом и на получение дохода от деятельности общества. Числом принадлежащих акционеру акций определяется доля его участия в уставном капитале акционерного общества.

В соответствии со ст. 25 Закона об АО общество может выпускать только *именные акции*. Именные ценные бумаги, в том числе акции, могут быть выпущены лишь в *бездокументарной форме*, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами (ст. 16 Закона о рынке ценных бумаг). Такая позиция законодателя отвечает требованиям рынка к повышению оборотоспособности акций, поскольку для осуществления и передачи прав, удостоверяемых ценной бумагой в бездокументарной форме, достаточно доказательств их закрепления в специальном реестре (ст. 142 ГК). Операции с бездокументарными ценными бумагами могут совершаться только при обращении к лицу, которое официально совершает записи прав. Передача, предоставление и ограничение прав должны официально фиксироваться этим лицом, которое несет ответственность за сохранность официальных записей, обеспечение их конфиденциальности, представление правильных данных о таких записях, совершение официальных записей о проведенных операциях (п. 2 ст. 149 ГК).

Что касается порядка ведения и требований, предъявляемых к системе ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, обязательных для исполнения регистраторами и эмитентами, то эти вопросы установлены постановлением ФКЦБ от 2 октября 1997 г. № 27, которым утверждено Положение о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг¹. В качестве регистратора названы профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие деятельность по ведению реестра владельцев именных ценных бумаг как исключительную на основании договора с эмитентом и имеющие лицензию на осуществление данного вида деятельности, а также эмитенты, осуществляющие самостоятельно ведение реестра владельцев именных ценных бумаг. В силу ст. 44 Закона об АО общество само вправе вести реестр акционеров. Однако общества с числом акционеров более 50 обязаны передать функции по ведению реестра профессиональному участнику рынка ценных бумаг, предварительно заключив с ним соответствующий договор.

По характеру и объему прав, удостоверяемых ими, акции делятся на две категории: *обыкновенные и привилегированные*. Как

¹ См.: Вестник ФКЦБ России. 1997. № 7; 1998. № 1; № 2.

отмечалось ранее, только владельцы обыкновенных акций приобретают весь комплекс прав, связанных с участием в акционерном обществе.

Привилегированные акции подразделяются на различные типы. По способу выплаты дивидендов привилегированные акции могут быть *кумулятивными* (с накапливаемым дивидендом), а исходя из возможности изменения прав, удостоверенных акцией, *конвертируемыми*. Уставом общества могут быть предусмотрены другие типы привилегированных акций. В целях защиты прав акционеров на участие в управлении акционерным обществом в Законе об АО (п. 3 ст. 31) содержится императивная норма о запрете конвертации обыкновенных акций в привилегированные акции, облигации или иные ценные бумаги.

Привилегированные акции не предоставляют своим владельцам права голоса на общем собрании, за исключением специальных случаев, установленных Законом об АО. Зато их владельцы имеют право на получение дивидендов в заранее установленном уставом размере и (или) преимущественное право на получение ликвидационной стоимости. Таким образом, привилегированные акции преимущественно по отношению к обыкновенным гарантированно предоставляют владельцам имущественные права и приближают статус владельцев привилегированных акций к статусу товарищей-вкладчиков в товариществе на вере.

Акции одной категории (типа) предоставляют акционерам общества одинаковый объем прав. Это значит, что равные права должны быть предоставлены владельцам обыкновенных акций всех выпусков и владельцам привилегированных акций одного типа. Права владельцев привилегированных акций различных типов могут быть различны.

Одной из спорных категорий акционерного законодательства является так называемая *дробная акция*, которая, как пишут В. П. Мозолин и П. Д. Баренбойм, неизвестна мировой практике¹. Дробными называются части акций, которые условно образуются из целых при осуществлении акционерами преимущественного права на приобретение акций, продаваемых акционерам закрытого общества, при осуществлении преимущественного права на приобретение дополнительных акций, а также при консолидации акций, когда приобретение акционером целого числа акций невозможно (п. 3 ст. 25 Закона об АО). Цель введения института дробных акций без обязанности их выкупа обществом — стремление законодателя предотвратить выдавливание из обществ миноритарных акционеров помимо их воли, которое ранее осуществлялось крупными акционерами и менеджментом путем проведе-

¹ См.: Мозолин В. П., Баренбойм П. Д. Неорецепция институтов корпоративного права и конституционная экономика // Адвокат. 2004. № 10.

ния консолидации акций в расчете перевести подконтрольные акционерные общества на так называемую единую акцию. Статья 74 Закона об АО допускает консолидацию и дробление акций по решению общего собрания акционеров. При этом в устав общества вносятся соответствующие изменения относительно номинальной стоимости и количества размещенных и объявленных акций общества соответствующей категории (типа).

Конституционный Суд РФ высказал свое мнение по поводу консолидации акций. Он признал, что суды не вправе выяснять мотивы принятия большинством акционеров решения о консолидации акций общества. При рассмотрении исков акционеров о признании недействительными решения о консолидации акций и принудительном выкупе акций Конституционный Суд ориентирует арбитражные суды прежде всего проверять соблюдение юридических процедур проведения консолидации и выплаты справедливой компенсации миноритарным акционерам¹.

Дробная акция наделяет ее владельца правами, предоставляемыми акцией соответствующей категории (типа), в объеме, соответствующем части целой акции, которую она составляет. Для целей отражения в уставе общества общего количества размещенных акций все размещенные дробные акции суммируются. В случае если в результате этого образуется дробное число, в уставе общества количество размещенных акций выражается дробным числом. Дробные акции обращаются наравне с целыми акциями. В случае если одно лицо приобретает две и более дробных акций одной категории (типа), эти акции образуют одну целую и (или) дробную акцию, равную сумме этих дробных акций².

С учетом того, что уставный капитал призван выполнять гарантийную функцию, законодательство содержит жесткие нормы об условиях выпуска акций, о порядке и сроках их оплаты. Так, общество вправе размещать обыкновенные акции и вправе размещать один или несколько типов привилегированных акций. Номинальная стоимость размещенных привилегированных акций не

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений статей 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 830.

² Г. С. Шапкина отмечает следующее: «Вряд ли можно признать обособленным и в теоретическом, и в практическом плане включение в Закон норм, допускающих появление дробных акций. Это нововведение не согласуется с одним из главных принципов, заложенных в основу акционерной формы предпринимательства, — неделимости акции, что отличает указанные общества от других коммерческих структур» (см.: Шапкина Г. С. Новое в российском акционерном законодательстве // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2001. № 11).

должна превышать 25% от уставного капитала общества. Следует особо выделить принципиальное положение: п. 2 ст. 25 Закона об АО предписывает размещать все акции общества при его учреждении *исключительно среди учредителей*.

Статья 34 Закона об АО предусматривает для полной оплаты акций, размещаемых при его учреждении, предельный годичный срок, исчисляемый с момента государственной регистрации общества. Договором о создании общества годичный срок может быть уменьшен¹. При этом не менее 50% акций общества, распределенных при его учреждении, должно быть оплачено в течение трех месяцев с момента государственной регистрации общества. Речь идет именно об оплате не менее 50% *акций общества*, а не об оплате 50% приобретенных акций каждым из лиц, подписавших на них при учреждении общества. По действующей редакции п. 1 ст. 34 Закона об АО неоплаченные акции не предоставляют учредителю права голоса до их полной оплаты. Однако уставом общества может быть предусмотрено наделение учредителей правом голоса и до момента полной оплаты акций.

С неоплатой акций связаны следующие последствия. *Во-первых*, на акционеров, не полностью оплативших акции, возлагается солидарная ответственность по обязательствам акционерного общества в пределах неоплаченной части стоимости принадлежащих им акций. *Во-вторых*, право собственности на акции, неоплаченные в течение года или определенного в уставе меньшего срока, переходит к обществу.

Закон о рынке ценных бумаг предъявляет детализированные требования к выпуску акций как эмиссионных ценных бумаг. Процедура эмиссии акций включает *следующие этапы*:

а) принятие решения о размещении акций; утверждение решения о выпуске акций;

б) государственную регистрацию выпуска акций; размещение акций;

в) государственную регистрацию отчета об итогах выпуска акций. Акции, выпуск (дополнительный выпуск) которых не прошел государственную регистрацию, не подлежат размещению.

При учреждении акционерного общества размещение акций осуществляется до государственной регистрации их выпуска, а государственная регистрация отчета об итогах выпуска акций осуществляется одновременно с государственной регистрацией вы-

¹ То обстоятельство, что иной срок оплаты акций может быть предусмотрен договором о создании общества, а не уставом, вызывает некоторое недоумение, так как действительно порождает взгляд на этот договор как действующий и после государственной регистрации юридического лица, на что справедливо указывает М. И. Брагинский (см.: *Брагинский М. И.* Договоры об учреждении коммерческих образований // Право и экономика. 2003. № 3).

пуска эмиссионных ценных бумаг (ст. 19 Закона о рынке ценных бумаг).

Уставный капитал общества может быть *увеличен* путем увеличения номинальной стоимости акций или размещения дополнительных акций (п. 1 ст. 28 Закона об АО). Увеличение уставного капитала общества путем увеличения номинальной стоимости акций осуществляется только за счет имущества общества, а увеличение уставного капитала путем размещения дополнительных акций может осуществляться как за счет имущества общества, так и без использования имущества общества на эти цели. Решение об увеличении уставного капитала общества путем увеличения номинальной стоимости акций может быть принято только общим собранием акционеров, тогда как вопрос об увеличении уставного капитала путем размещения дополнительных акций в соответствии с уставом может быть передан в компетенцию совета директоров (наблюдательного совета) общества. При этом указанное решение совета директоров (наблюдательного совета) общества принимается единогласно всеми членами совета директоров (наблюдательного) совета общества.

Дополнительные акции могут быть размещены обществом только в пределах числа объявленных акций, установленного уставом общества. Сумма, на которую увеличивается уставный капитал общества за счет имущества общества, не должна превышать разницу между стоимостью чистых активов общества и суммой уставного капитала и резервного фонда общества. При увеличении уставного капитала общества путем размещения дополнительных акций эти акции распределяются среди всех акционеров. Каждому акционеру распределяются акции той же категории (типа), что и акции, которые ему принадлежат, пропорционально числу принадлежащих ему акций.

Уменьшение размера уставного капитала общества — это право общества, а в случаях, предусмотренных Законом об АО, — обязанность. Решение вопроса об уменьшении размера уставного капитала общества относится к исключительной компетенции общего собрания акционеров.

Закон об АО (ст. 29) называет *два способа* уменьшения размера уставного капитала общества: а) путем уменьшения номинальной стоимости акций; б) путем сокращения общего числа акций, в том числе путем приобретения части акций в случаях, предусмотренных Законом об АО. Уменьшение уставного капитала общества путем приобретения и погашения части акций допускается, если такая возможность предусмотрена уставом общества. Однако Закон об АО прямо *запрещает* уменьшать уставный капитал общества, если в результате такого уменьшения его размер станет меньше минимального размера уставного капитала, определенного на дату представления документов для государственной регистра-

ции соответствующих изменений в уставе общества. Когда общество обязано уменьшить свой уставный капитал, то существует другой уровень ограничения: не ниже минимального размера уставного капитала общества на дату его государственной регистрации.

Уменьшение размера уставного капитала общества связано с наступлением *следующих последствий*:

в течение 30 дней с даты принятия решения об уменьшении своего уставного капитала общество обязано письменно уведомить об уменьшении уставного капитала общества и о его новом размере кредиторов общества;

в этот же срок общество обязано опубликовать в печатном издании, предназначенном для публикации данных о государственной регистрации юридических лиц, сообщение о принятом решении;

кредиторы общества вправе в установленный срок письменно потребовать досрочного прекращения или исполнения гражданско-правовых обязательств общества и возмещения им убытков.

3. *Переход прав по акциям.* С точки зрения необходимости обеспечения имущественной стабильности основным недостатком других хозяйственных товариществ и обществ являются наделение их участников безусловным правом на выход из них с выплатой выбывающему участнику части стоимости имущества товарищества или общества, а также замкнутость состава участников, препятствующая притоку новых капиталов. В акционерном обществе правовые режимы выхода из него отдельных акционеров и вступления новых доведены до высшей степени юридической формальности и определенности. Условия выхода из общества отдельных акционеров и вступления новых, *с одной стороны*, делают подобные акты крайне простыми и не требующими соблюдения процедур согласования с остальными акционерами либо самим обществом, *во-вторых*, исключают наступление в результате подобных актов каких-либо неблагоприятных последствий в имущественной сфере общества.

Прежде всего сущности акционерного общества как объединения капиталов противоречит идея о возможности выхода акционера из общества с выплатой ему части стоимости имущества. Раз так, никакого выдела хотя бы условно «принадлежащей акционеру доли имущества» или выплаты ее денежного эквивалента не происходит и тем самым предотвращается возможность растаскивания имущества общества, как это часто случается на практике в отношении других хозяйственных обществ и товариществ. Поэтому выход из него возможен только путем продажи акционером принадлежащих ему акций другому лицу.

Пункт 1 ст. 2 Закона об АО в действующей редакции дополнен указанием о том, что *акционеры вправе отчуждать свои акции*

без согласия других акционеров и общества. Возможность такого легкого отчуждения и приобретения акций создает условия для привлечения в акционерное общество капитала широкого круга лиц, что позволяет осуществлять дорогостоящие проекты при возможности собственников рассредоточивать свой капитал по нескольким акционерным обществам и минимизировать, таким образом, риск утраты своей собственности¹. Мы согласны также с утверждением о том, что развитое законодательство о ценных бумагах и биржах позволяет легко переводить капиталы и другие имущественные активы субъекта в оборачиваемые ценные бумаги того или иного акционерного общества, равно как в ту или иную сферу предпринимательской деятельности. Возможность сохранять в неприкосновенности первоначально сформированный капитал и увеличивать его без риска распределения между участниками — самое главное преимущество акционерного общества в глазах потенциальных инвесторов.

Сохранение абсолютного значения принципа недопустимости выхода акционеров с получением имущественной компенсации за счет имущества общества могло бы привести к существенному ущемлению прав миноритарных акционеров, которые в современных условиях практически лишены возможности влиять на принимаемые акционерными обществами решения. Они, как правило, настроены на максимальное распределение полученной прибыли в виде дивидендов, а крупные акционеры, наоборот, обычно предпочитают создавать резервы или инвестировать прибыль в развитие экономической деятельности общества. Распространенными в российской практике являются примеры, когда большинство акционеров из года в год проводит на общих собраниях решение о нераспределении прибыли в виде дивидендов и направлении ее в резервы или на развитие акционерного общества². В сравнительном плане: согласно законам ряда стран подобное решение любой акционер может оспорить в суде, если считает, что тем самым нарушается его право собственности³. Закон об АО такого права акционерам не предоставляет.

Вместе с тем ст. 75 Закона об АО предусматривает случаи *выкупа акций* обществом по требованию акционеров. Акционеры — владельцы голосующих акций вправе требовать выкупа обществом всех или части принадлежащих им акций в следующих случаях: реорганизации общества или совершения крупной сдел-

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губина, П. Г. Лахно. С. 210.

² Следует отметить, что во многих случаях невыплата дивидендов акционерными обществами не связана с их убыточной деятельностью.

³ См.: Мозолин В. П., Баренбойм П. Д. Неорецепция институтов корпоративного права и конституционная экономика // Адвокат. 2004. № 10.

ки, решение об одобрении которой принимается общим собранием акционеров, если они голосовали против принятия этих решений и не принимали участия в голосовании по этим вопросам; внесения изменений и дополнений в устав общества или утверждения устава общества в новой редакции, ограничивающих их права, если они голосовали против принятия соответствующего решения или не принимали участия в голосовании. Выкуп акций обществом осуществляется по цене, определенной советом директоров (наблюдательным советом) общества, но не ниже рыночной стоимости, которая должна быть определена независимым оценщиком без учета ее изменения в результате действий общества, повлекших возникновение права требования оценки и выкупа акций. На наш взгляд, институт выкупа акций самим обществом противоречит самой идее акционерного общества и является плодом развития позитивного законодательства, вынужденного учитывать интересы миноритарных акционеров.

4. *Правовой статус акционерного общества.* В рамках единой организационно-правовой формы акционерные общества подразделяются на два типа: *открытые и закрытые*. Изменение типа общества не является его реорганизацией. Между ними существует несколько формальных различий, таких как:

ограничение участников закрытого общества числом 50, тогда как число акционеров открытого общества не ограничено (ст. 7 Закона об АО);

значительно больший размер минимального уставного капитала открытого общества, который должен составлять не менее тысячекратной суммы минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на дату регистрации общества, в то время как в закрытом обществе эта величина может быть и ниже, но не менее стократной суммы минимального размера оплаты труда (ст. 26 Закона об АО).

Для открытых обществ, публично размещающих акции среди широкого круга лиц, предусмотрена обязанность публичного ведения дел: опубликования в средствах массовой информации годового отчета, годовой бухгалтерской отчетности, проспекта эмиссии, сообщения о проведении общего собрания акционеров (ст. 92 Закона об АО).

Но принципиальное отличие между открытым и закрытым акционерным обществом проявляется в следующем.

Открытое общество вправе проводить открытую подписку на выпускаемые им акции и осуществлять открытую их продажу. В Законе об АО содержится запрет на возможность установления в открытом обществе преимущественного права общества или его акционеров на приобретение акций, отчуждаемых акционерами этого общества.

Акции закрытого общества распределяются только среди учредителей или иного заранее определенного круга лиц. Такое общество не вправе проводить открытую подписку на акции либо иным образом предлагать их для приобретения неограниченному кругу лиц. Акционеры закрытого общества имеют преимущественное право приобретения акций, продаваемых другими его акционерами третьим лицам, по цене предложения. Уставом акционерного общества может быть также предусмотрено преимущественное право самого общества на приобретение акций, продаваемых его акционерами, если другие акционеры не использовали своего преимущественного права.

Такие черты, как небольшой состав участников, преимущественное право акционеров на приобретение акций и вытекающая из этого «замкнутость» состава участников, порождают твердое представление о правовом образе закрытого общества как явления, не соответствующем экономической природе акционерного общества, основные черты и признаки которого были выработаны логикой развития коллективных форм предпринимательства в течение целых столетий. Конструкция закрытого общества по букве Закона об АО предназначена для реализации функции, прямо противоположной классической функции акционерного общества — служить оптимальной правовой формой «собирания» капиталов, а не обеспечения «замкнутости» капиталов заранее известного числа лиц. Мы не видим существенных отличий между классическим обществом с ограниченной ответственностью и закрытым акционерным обществом и поэтому считаем данную форму непродуманной и излишней.

В законодательстве тех стран, где признано общество с ограниченной ответственностью, нет правовой конструкции закрытого акционерного общества; и, напротив, в правовых системах, которым известны закрытые акционерные общества, отсутствует такая организационно-правовая форма предпринимательской деятельности, как общество с ограниченной ответственностью. Появление в современной России большого числа закрытых акционерных обществ было связано с приватизацией государственных и муниципальных предприятий, когда действительно цели их создания были подняты «с ног на голову»¹ (вместо привлечения капитала — его раздача). Конструкция закрытого акционерного общества была некритически заимствована российским законодателем из англо-американского права, где «close corporation» выполняет функции общества с ограниченной ответственностью. В итоге получили то, что хотели. Теперь, как говорится, пожинаем плоды законотворчества.

¹ Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губина, П. Г. Лахно. С. 211.

Особенности создания акционерного общества. Общество может быть создано путем учреждения вновь и путем реорганизации существующего юридического лица (слияния, разделения, выделения, преобразования). К числу признаков, характерных для акционерного общества как объединения капиталов, в котором договорные связи между участниками не должны ограничивать свободный и беспрепятственный оборот долей участия, выраженных в акциях, следует отнести, на наш взгляд, *внедоговорную природу учреждения акционерного общества*. Устав акционерного общества является его единственным учредительным документом (п. 3 ст. 98 ГК; п. 1 ст. 11 Закона об АО).

Согласно п. 1 ст. 9 Закона об АО создание общества путем учреждения осуществляется по *решению учредителей*. Учредителями общества являются граждане и (или) юридические лица, принявшие решение о его учреждении. Общество не может иметь в качестве единственного учредителя (акционера) другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица. Решение об учреждении общества принимается на учредительном собрании. В случае учреждения общества одним лицом такое решение принимается этим лицом единолично. Поэтому, на наш взгляд, являются ошибочными взгляды ученых, согласно которым учреждение акционерного общества является актом договорного порядка¹. Закон различает понятия «учреждение общества» и «создание общества».

Гражданским юридическим фактом, который во взаимодействии с другим фактом — актом государственной регистрации влечет возникновение акционерного общества как юридического лица, является *решение об учреждении общества*, а не фактические действия учредителей по созданию общества, совершаемые на основании заключенного между ними договора о его создании. Согласно п. 5 ст. 9 Закона об АО *договор о его создании* заключается, во-первых, наряду с принятием решения об учреждении общества, во-вторых, после принятия такого решения, в-третьих, предметом договора является не институализация акта учреждения общества, а порядок осуществления его сторонами совместной деятельности по осуществлению фактических действий по учреждению общества. Кроме того, в договоре о создании общества должны быть определены: размер уставного капитала общества, категории и типы акций, подлежащих размещению среди учредителей, размер и порядок их оплаты, права и обязанности учредителей по созданию общества (п. 5 ст. 9 За-

¹ Именно таким образом можно трактовать позицию тех авторов, которые не проводят различий между решением учредителей о создании акционерного общества и договором о создании акционерного общества. См., например: Каманина Т. В. Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ): Учебник для вузов. М., 1999. С. 191; Шапкина Г. Как применять акционерное законодательство // Хозяйство и право. 2004. № 1.

кона об АО). В момент государственной регистрации акционерного общества как юридического лица этот договор прекращается и потому не может определять статус созданного с его помощью общества.

Учредители общества несут солидарную ответственность по обязательствам, связанным с его созданием и возникающим до государственной регистрации данного общества. Общество несет ответственность по обязательствам учредителей, связанным с его созданием, только в случае последующего одобрения их действий общим собранием акционеров (п. 3 ст. 10 Закона об АО).

5. Органы управления акционерным обществом. Управление акционерным обществом осуществляется его органами, а не акционерами¹. Гражданский кодекс РФ (ст. 103), Закон об АО предусмотрел двух- или трехзвенную систему управления акционерным обществом. В обществе с числом акционеров — владельцев голосующих акций более 50 императивно применяется трехзвенная система управления. Напротив, в закрытых обществах с числом акционеров менее 50 может применяться двухзвенная система управления обществом. В соответствии с п. 1 ст. 64 Закона об АО устав общества может предусматривать, что функции совета директоров общества (наблюдательного совета) осуществляет общее собрание акционеров. В этом случае устав общества должен содержать указание об определенном лице или органе общества, к компетенции которого относится решение вопроса о проведении общего собрания акционеров и об утверждении его повестки дня.

Итак, трехзвенная система управления обществом включает: высший орган управления обществом — общее собрание акционеров, совет директоров (наблюдательный совет), исполнительные органы общества — по усмотрению самого общества в составе коллегиального (правление, дирекция) и единоличного органов (генеральный директор, директор) или только единоличного органа управления.

Двухзвенная система управления обществом состоит из общего собрания акционеров и исполнительных органов управления обществом.

Закон об АО закрепляет разграничение компетенции общего собрания общества, совета директоров и единоличного исполнительного органа. В соответствии с п. 1 ст. 48 общее собрание общества обладает *исключительной компетенцией* при принятии решений по принципиальным вопросам деятельности общества.

¹ В названной Концепции развития корпоративного законодательства сформулировано предложение о том, чтобы акционерным обществам предоставлять возможность выбора между однозвенной и двухзвенной моделями управления.

Указанная исключительность означает, что вопросы, отнесенные к компетенции общего собрания акционеров, не могут быть переданы на решение исполнительному органу, а также совету директоров (наблюдательному совету) общества (п. 2 ст. 48). Однако Закон об АО предусматривает случаи *альтернативной компетенции*, когда уставом общества определенные вопросы могут быть отнесены к компетенции как общего собрания, так и совета директоров (наблюдательного совета). К их числу относятся следующие вопросы: увеличение уставного капитала общества путем увеличения номинальной стоимости акций или путем размещения дополнительных акций; образование исполнительного органа общества, досрочное прекращение его полномочий. Таким образом, вопросы альтернативной компетенции строго определены Законом об АО и носят исчерпывающий характер.

И еще одно важное положение Закона об АО (п. 3 ст. 48). Общее собрание акционеров не вправе рассматривать и принимать решения по вопросам, не отнесенным к его компетенции настоящим Законом. Данное правило ограничивает вседозволенность общего собрания акционеров как высшего органа управления. Поэтому общее собрание акционеров не вправе принимать решения по любому вопросу деятельности общества.

Внутренний контроль за финансово-хозяйственной деятельностью общества осуществляет ревизионная комиссия (ревизор) общества.

IV. Производственные кооперативы (ПК). Кооперация как явление общественной жизни является многоплановой категорией, которая имеет несколько значений. В широком смысле данный термин используют, когда имеют в виду сотрудничество вообще как форму взаимодействия и координации усилий субъектов в решении научных, социальных, гуманитарных и других задач¹. Термином «кооперация» обозначают и более узкий круг общественных отношений, связанных с объединением труда нескольких людей и коллективов, участием в хозяйственных операциях и других производственных процессах структурных подразделений хозяйствующих субъектов, самих хозяйствующих субъектов, отраслей производства и экономики страны, двух или нескольких стран. В данном значении имеется в виду кооперация, выступающая как способ организации труда и производства, в которой много лиц совместно участвуют в одном и том же или в разных, но технологически взаимосвязанных процессах труда и производства. Кооперация в данном значении понимается

¹ См.: Теория кооперации. М., 1982. С. 48; Кооперативное движение: Учебное пособие для кооперативных вузов. 2-е изд. М., 2003. С. 18.

и как форма межотраслевого, межрегионального и международного сотрудничества¹.

Термин «кооперация» употребляется в третьем, совершенно ином значении, когда им обозначают «совокупность специфических общественно-хозяйственных организаций граждан, называемых кооперативами и служащих для достижения их общих целей в различных областях экономической и иной деятельности»². Впервые термин «кооперация» в подобном значении вошел в обиход в середине XIX в. Им обозначали экономические организации потребителей и мелких товаропроизводителей, которые в условиях развития капиталистических отношений создавались ими в целях защиты экономических интересов от преобладания на рынке крупных собственников, для выживания в условиях конкурентной борьбы, сохранения и упрочения своего социального положения³.

Характеризуя соотношение понятий «кооперация» и «кооператив», теоретик и практик кооперации А. В. Чаянов отмечал, что кооперация должна прежде всего определяться как социальное движение, тогда как кооператив является хозяйственным предприятием, используя которое субъекты социального движения достигают свои цели⁴. В условиях усиления противоречий между трудом и капиталом кооперация является формой социального движения, возникшего в целях повышения трудовых доходов и самозащиты трудящихся⁵. Организационной формой бытия, в которой кооперация находит конкретное воплощение, служат кооперативы как первичные элементы данного явления.

После революции 1917 г. кооперация в нашей стране была фактически огосударствлена и утратила свою природную функцию и назначение. В системе плановой экономики кооперация выполняла строго отведенные ей функции, содержание которых определялось особой направленностью законодательства, действовавшей в тот или иной период господствующей идеологией и отношением государства и общества к кооперативной форме организации труда и производства. Производственная кооперация в нашей стране была ликвидирована в конце 50-х гг. XX в. и бы-

¹ Более подробно о развитии кооперации как формы экономического сотрудничества самостоятельных субъектов см.: Кузнецов В. Н. Новые формы кооперации в СССР. М., 1990.

² Кооперативное движение: Учебное пособие для кооперативных вузов. 2-е изд. С. 18; см. также: Теория кооперации. С. 49.

³ См.: Селиверстов Т. А. Правовое регулирование кооперации в России в 1865–1917 гг. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 2.

⁴ См.: Чаянов А. В. Основные идеи и формы организации сельскохозяйственной кооперации. М., 1991. С. 81.

⁵ См.: Туган-Барановский М. И. Социальные основы кооперации. М., 1918. С. 86.

ла возрождена только в период начала экономических реформ в середине 80-х гг. прошлого века, когда был принят Закон СССР «О кооперации в СССР»¹. Кооперация использовалась как полигон, на котором апробировались не только специфические кооперативные принципы хозяйствования, но и общие принципы рыночной экономики.

Однако в начале 90-х гг. XX в., когда кардинальной перестройке были подвергнуты основы экономического устройства новой России, был принят курс на приватизацию, производственные формы кооперации вновь были отвергнуты, но уже как пережитки социализма, которым нет места в новой системе экономических отношений. По вопросу о целесообразной и оптимальной структуре организационно-правовых форм трудовой и производственной деятельности изменения в общественном сознании привели к возобладанию в среде законодателей и большей части общества тяги к капиталистическим принципам организации труда, производства и распределения. За основу экономики в посубъектном разрезе были признаны различные правовые модели хозяйственных обществ и товариществ, а также индивидуальных производителей².

В очередной раз организационно-правовая форма производственного кооператива была возрождена частью первой Гражданского кодекса (ст. 107—112). Наряду с Гражданским кодексом правовое положение производственного кооператива, права и обязанности его членов определяются также принятыми в соответствии с ним Федеральными законами от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах»³ и от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»⁴.

1. *Правовой статус производственного кооператива.* Производственным кооперативом (артелью) признается добровольное объединение граждан на основе членства для совместной производственной и иной деятельности, основанной на их личном трудовом и ином участии и объединении его членами (участниками) имущественных паевых взносов (п. 1 ст. 107 ГК, ст. 1 Закона о производственных кооперативах). Фирменное наименование производственного кооператива должно включать наряду с именем собственным слова «производственный кооператив» или «артель».

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 22. Ст. 355. Далее — Закон о кооперации в СССР.

² Закон о предприятиях и предпринимательской деятельности 1990 г. содержал исчерпывающий перечень организационно-правовых форм предприятий и не предусматривал создание производственных кооперативов.

³ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2321. Далее — Закон о производственных кооперативах.

⁴ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870. Далее — Закон о сельскохозяйственной кооперации.

Гражданский кодекс и Закон о производственных кооперативах используют понятия «производственный кооператив» и «артель» как равнозначные.

В дореволюционном законодательстве все производственные кооперативы преимущественно назывались либо артелями, либо артельными товариществами. В последующие периоды артелями называли колхозы, промысловые кооперативы и объединения граждан по добыче драгоценных металлов. Вместе с тем понятие «артель» имеет и неправовое значение как форма совместной деятельности граждан без образования коллективного субъекта с круговой ответственностью каждого из них.

Гражданский кодекс и Закон о производственных кооперативах определяют *производственный кооператив* как коммерческую организацию, наделив его соответствующими признаками. Однако многие ученые в таком положении усматривают явное противоречие с традиционной и общепринятой характеристикой кооперативных организаций как организаций бесприбыльных. Рассуждая о природе кооперативных организаций, об их месте в системе общечеловеческих ценностей, на протяжении второго столетия за ними традиционно не признают важную, определяющую мотивы человеческого поведения цель, а именно цель получения прибыли¹. В литературе высказано мнение, что необходимо провести границу в правовом регулировании статуса производственных и потребительских кооперативов как однотипных некоммерческих образований, с одной стороны, и хозяйственных обществ и товариществ как коммерческих — с другой². Такова логика теоретических рассуждений.

Мы критически относимся к характеристике производственных кооперативов как бесприбыльных организаций, не преследующих в качестве основной цели извлечение прибыли. В производственных кооперативах распределение прибыли между членами производится в форме выплаты денежных средств и (или) выплат в натуральной форме. Размер выплат каждому члену определяется в зависимости от количества и качества вложенного им труда. По аналогии с отношениями работодателя и наемного работника производственный кооператив — единственное место осуществления членом трудовой деятельности и основной источник личного дохода члена кооператива.

¹ См., например: Туган-Барановский М. И. Курсы по кооперации. Т. 1. М., 1912. С. 3—5; Хаджуова З. А. Модернизация российского кооперативного законодательства в конце XIX — начале XX века: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001.

² См.: Абова Т. Е. Производственные кооперативы в России. Правовые проблемы теории и практики // Государство и право. 1998. № 8. С. 74.

Чтобы обеспечивать доходы своим членам, производственный кооператив должен заниматься предпринимательской деятельностью. Он осуществляет не те виды деятельности, которые направлены исключительно или преимущественно на удовлетворение потребностей своих членов в товарах, работах (услугах), подобно потребительским кооперативам, а только те из них, результаты которых способны стать товаром и могут быть реализованы третьим лицам, принося прибыль. В этом смысле *производственный кооператив* — организация, уставная деятельность которой ориентирована на интересы потребителей, а не своих членов.

Таким образом, хозяйственной целью производственного кооператива является извлечение прибыли, которая достигается за счет производства товаров, выполнения работ (услуг) и их реализации на товарном рынке в условиях жесткой конкуренции со стороны других субъектов.

Правовой формой объединения граждан в производственном кооперативе является *членство*. Признак членства характерен и для потребительских кооперативов. Термин «членство» имеет, по крайней мере два значения. Первое значение состоит в том, что в широком понимании этого слова оно означает принадлежность лица к тому или иному социальному образованию в целом (например, члены общества как социума). В таком широком смысле можно назвать членами и участников договорного юридического лица (хозяйственные общества и товарищества). Второе значение слова «членство» выводится из узкого, или специального, его толкования. В этом смысле членство означает не всякую принадлежность или причастность лица к тому или иному явлению, а лишь принадлежность к сконструированному правом специфическим социальным образованиям (например: семья и член семьи; трудовой коллектив и член трудового коллектива и т. п.). Эта принадлежность предопределяет своеобразие правового статуса членов и социального образования, в отношении которого возникает членство, а также характер отношений между ними. В таком узком смысле и надо понимать членство применительно к кооперативным и другим юридическим лицам, основанным на членстве.

В специальном значении термин «членство» употребляется в юридической литературе и практике для обозначения различных по существу правовых явлений. Например, указывают, что членство — это субъективное право, правоотношение, юридический факт, элемент гражданской правоспособности. Можно согласиться с такими отдельными характеристиками института членства. Но, рассматривая их изолированно, нельзя увидеть весь спектр возникающих в связи с членством граждан в юридических лицах правоотношений. Поэтому представляется, что членство следует определять не только как отдельный юридический факт или особое

самостоятельное субъективное право, но и как ряд прав и обязанностей, как длящееся правоотношение, комплекс прав и обязанностей. Членство представляет собой, на наш взгляд, специфическое правовое состояние членов, с одной стороны, и членской организации — с другой.

Применительно к юридическим лицам, возникающим на основе членства, в том числе и кооперативам, Гражданский кодекс РФ и другие специальные законодательные акты предусматривают, что внутренние отношения в них должны возникать только между членами, структурными подразделениями, с одной стороны, и самим юридическим лицом — с другой. Иначе говоря, взаимные правовые связи между членами кооперативной организации «устанавливаются не напрямую, а опосредуются кооперативом, который выступает своеобразным центром системы этих связей»¹.

2. *Особенности создания производственного кооператива.* *Производственный кооператив — это добровольное объединение граждан.* Кооператив образуется исключительно по решению его учредителей. Членами кооператива могут стать граждане, достигшие 16 лет (п. 2 ст. 26 ГК). Вместе с тем ст. 107 Кодекса и ст. 1 Закона о производственных кооперативах в принципе допускают, что в учредительных документах кооператива может быть предусмотрено участие в его деятельности юридических лиц². Юридическое лицо участвует в деятельности кооператива через своего представителя в соответствии с уставом кооператива (ст. 4 Закона о производственных кооперативах). Но на практике случаи членства в производственных кооперативах юридических лиц крайне редки.

Членство в производственном кооперативе предполагает такие формы участия членов в его деятельности (личное трудовое участие, личное участие в деятельности органов управления), которые осуществимы только физическими лицами, а лично-доверительный характер корпоративных отношений в кооперативе препятствует осуществлению прав и обязанностей члена представителем или работником члена — юридического лица. Можно представить, какая сложная ситуация возникнет на практике по поводу реализации кооперативных принципов труда и распределения в случае, например, если одними только юридическими лицами будет учрежден производственный кооператив. Здесь не будет субъектов, способных принимать личное трудовое участие в его деятельности. А как применять принцип преимуществен-

¹ Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб и доп. /Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. С. 191.

² Закон о сельскохозяйственной кооперации исходит из того, что членами сельскохозяйственных производственных кооперативов могут быть только физические лица (п. 1 ст. 3).

ного распределения дохода по труду? Как бы ни был сформулирован и изложен устав такого кооператива, в силу общеправового принципа приоритета содержания над формой данное образование следовало бы признавать в качестве юридического лица, созданного в рамках одной из организационно-правовых форм хозяйственных обществ (товариществ) или союзов, ассоциаций юридических лиц. Тем более что учредители такого юридического лица будут вынуждены использовать явно не кооперативные принципы управления, участия в деятельности и распределения дохода.

Закон о производственных кооперативах (ст. 4) допускает участие иностранных граждан и лиц без гражданства в создании и деятельности производственного кооператива наравне с гражданами Российской Федерации. Число членов производственного кооператива не должно быть менее пяти (п. 3 ст. 108 ГК; ст. 4 Закона о производственных кооперативах).

Единственным учредительным документом производственного кооператива является *устав* (п. 1 ст. 5 Закона о производственных кооперативах). Правовая форма выражения воли будущих членов образовать кооператив — принимаемое на первом учредительном собрании граждан решение об образовании кооператива. Заключение учредительного договора при его создании не требуется. Объяснение этому можно обнаружить в традиционных представлениях о кооперативе как образовании, в котором социальные начала имеют не меньшее значение, чем правовые.

Государственная регистрация кооператива осуществляется в порядке, установленном Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (в ред. от 2 июля 2005 г. № 83-ФЗ)¹.

3. *Членство в кооперативе. Основные права и обязанности его членов.* Членство в производственном кооперативе предполагает личное трудовое и иное участие членов в его деятельности, тогда как, например, в хозяйственных обществах не предусмотрено личное трудовое участие участников или акционеров в их деятельности, кроме участия в формировании уставного капитала и органах управления.

Личное трудовое участие в деятельности производственного кооператива предполагает, что член кооператива должен приложить свои профессиональные навыки и другие способности к труду в производственные, управленческие и другие вспомогательные процессы, существующие в производственном кооперативе. Член производственного кооператива принимает личное тру-

довое участие, процесс осуществления которого является самостоятельным способом приложения способностей к труду и получения дохода. Членство с личным трудовым участием предполагает вовлечение члена в состав трудового коллектива. При этом возможность получения в кооперативе работы или должности в соответствии со своими знаниями и квалификацией и связанное с этим личное трудовое участие — это не только право члена кооператива, но и членская обязанность. Невыполнение этой обязанности должно повлечь исключение гражданина из числа членов кооператива.

Особенность института членства в кооперативе состоит и в том, что он сам по себе формирует трудовые отношения между кооперативом и его членом. Заключение трудового или какого-либо другого договора с членом кооператива не требуется. Пункт 1 ст. 19 Закона о производственных кооперативах гласит, что трудовые отношения членов кооператива регулируются данным Законом и уставом кооператива. Законодательство о труде не подлежит применению в данном случае. В Законе лишь предусмотрено, что кооператив должен обеспечить своим членам некоторые виды социального обеспечения, установленные законодательством для рабочих и служащих, а также обеспечить отдельным категориям членов социальные льготы и гарантии, предусмотренные трудовым законодательством (женщинам, несовершеннолетним).

С наемными работниками кооператив заключает трудовые договоры. Труд наемных работников регулируется трудовым законодательством. Средняя за отчетный период численность наемного персонала не может превышать 30% от числа членов кооператива (ст. 21 Закона о производственных кооперативах)¹. Правление кооператива обязано заключить с наемными работниками коллективный договор. Члены кооператива не участвуют в его подписании.

Указанное выше соотношение числа членов и наемных работников введено в Закон о производственных кооперативах впервые и создает механизм реализации одного из традиционных принципов кооперации — принципа ограничения наемного труда и недопустимости использования кооперативных форм для эксплуатации граждан и обогащения членов за счет граждан, не являющихся членами. В свое время введение в Закон о кооперации в СССР абстрактного положения об ограничении в производственных кооперативах труда наемных работников и отсутствие в нем четких предписаний о соотношении числа членов и лиц, не являю-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2001. № 33 (Часть I). Ст. 3431. Далее — Закон о регистрации юридических лиц.

¹ Согласно п. 6 ст. 3 Закона о сельскохозяйственной кооперации не менее 50% объема работ в сельскохозяйственном производственном кооперативе должно выполняться его членами.

шихся таковыми, привело к тому, что отдельные кооперативы создавались минимальным числом членов, а по договору найма в них работали сотни граждан. В сущности, такие образования кооперативами и не являлись, а форма производственного кооператива выбиралась их учредителями исключительно в связи с отсутствием в тот период правовых конструкций хозяйственных обществ и товариществ. Подобные проявления кооперативной практики способствовали становлению в сознании многих граждан негативного отношения к кооперации.

Кроме личного трудового участия Гражданский кодекс и Закон о производственных кооперативах предусматривают и «иное» участие членов (участников) в деятельности кооператива. Закон не раскрывает виды и формы иного участия членов в деятельности кооператива. Очевидно, они должны быть предусмотрены в уставах производственных кооперативов. Статья 107 ГК и ст. 1 Закона о производственных кооперативах в легальном определении кооператива упоминают об «ином участии» членов в его деятельности помимо личного трудового участия, так как эти формы участия перечислены через союз «и». Однако п. 2 ст. 7 Закона предусматривает, что число членов кооператива, внесших паевой взнос, участвующих в деятельности кооператива, но не принимающих личного трудового участия в его деятельности, не может превышать 25% числа членов кооператива, принимающих личное трудовое участие.

Малозаметные на первый взгляд приемы и техника описания одной и той же обязанности в разных статьях Закона порождают совершенно разные трактовки о сущности и природе организационно-правовой формы производственного кооператива. Статья 1 Закона, предусматривающая в легальном определении обязанность личного трудового участия каждого члена в деятельности производственного кооператива, полностью соответствует традиционным принципам кооперации. Такая законодательная конструкция позволяет определить производственный кооператив как объединение, наиболее последовательно содержащее в себе признаки *объединений лиц*, а не капиталов¹. И наоборот. Обеспечиваемая ст. 7 Закона возможность членства в производственном кооперативе без обязательного личного трудового участия члена в его деятельности противоречит основополагающим принципам кооперативного движения и разрушает традиционную модель производственного кооператива, привнося в нее элементы объединений капиталов. Позиция законодателя по этому вопросу, сформировавшаяся, быть может, на общем фоне восприятия и тяги к край-

¹ По мнению С. А. Карелиной, кооператив представляет собой объединение и капиталов, и лиц (см.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губина, П. Г. Лахно. С. 236—237).

ним капиталистическим принципам организации труда и производства, а также слабого знания истории и принципов кооперативного движения, не должна поддерживаться¹.

Следовало бы, на наш взгляд, в Законе о производственных кооперативах четко закрепить правила о том, что все граждане — члены производственного кооператива должны непременно принимать личное трудовое участие в его деятельности. Положение об «ином участии» в производственном кооперативе без личного трудового участия и норма, ограничивающая число таких лиц 25% от общего числа членов кооператива, принимающих личное трудовое участие, должны применяться только к юридическим лицам. Внесение таких поправок позволило бы устранить в Законе явные внутренние противоречия, предотвратить размывание кооперативных принципов чужеродными элементами и их перерождение, а также создать правовую модель участия юридических лиц в производственных кооперативах на правах участников, а не членов.

Основные права и обязанности члена кооператива изложены в ст. 8 Закона о производственных кооперативах. В частности, член кооператива *имеет право*:

участвовать в производственной и иной хозяйственной деятельности кооператива, а также в работе общего собрания членов кооператива с правом одного голоса;

избирать и быть избранным в наблюдательный совет, исполнительные и контрольные органы кооператива;

вносить предложения об улучшении деятельности кооператива, устранении недостатков в работе его органов и должностных лиц;

получать долю прибыли кооператива, подлежащую распределению между его членами, а также иные выплаты;

запрашивать информацию от должностных лиц кооператива по любым вопросам его деятельности;

выйти по своему усмотрению из кооператива и получить предусмотренные настоящим Законом и уставом кооператива выплаты;

обращаться за судебной защитой своих прав, в том числе обжаловать решения общего собрания членов кооператива и прав-

¹ В современной юридической литературе, в большей части которой отсутствует критический взгляд на отдельные положения законодательства о кооперации, формирующий правовой образ производственного кооператива, допущение так называемых финансовых участников, принимающих исключительно имущественное участие в деятельности кооператива, объясняется тем, что иначе в имущественном обороте кооперативы, основанные исключительно на личном труде их участников, неизбежно были бы оттеснены более мощными в экономическом отношении хозяйственными обществами (см. например: Суханов. Е. А. Производственный кооператив как юридическое лицо (Комментарий ГК РФ)//Хозяйство и право. 1998. № 4. С. 4).

ления кооператива, нарушающие права члена кооператива. Получать плату за свой труд в денежной и (или) натуральной формах.

К числу *основных обязанностей* Закон о производственных кооперативах относит:

внести паевой взнос;

участвовать в деятельности кооператива личным трудом либо путем внесения дополнительного паевого взноса, минимальный размер которого определяется уставом кооператива;

соблюдать установленные для членов кооператива, принимающих личное трудовое участие в деятельности кооператива, правила внутреннего распорядка;

нести предусмотренную данным Законом и уставом кооператива субсидиарную ответственность по долгам кооператива.

В уставе кооператива могут содержаться и другие права и обязанности членов кооператива, необходимые для осуществления его деятельности.

4. *Имущество производственного кооператива.* Кооператив вправе иметь в собственности любое имущество, за исключением имущества, отнесенного законодательством к федеральной, иной государственной или муниципальной собственности. Имущество кооператива образуется за счет паевых взносов членов кооператива, предусмотренных его уставом, прибыли от собственной деятельности, кредитов, имущества, переданного в дар физическими и юридическими лицами, иных допускаемых законодательством источников (п. 1, 2 ст. 9 Закона о производственных кооперативах).

Основным источником формирования обособленного имущества производственного кооператива являются *членские паевые взносы*. Вступительные взносы, как правило, вносятся в целях осуществления мероприятий по образованию и регистрации кооператива. Их особенность состоит в том, что сумма вступительных взносов единовременно потребляется на определенные цели и не участвует в образовании имущества кооператива. В случае выхода или исключения гражданина из числа членов вступительный взнос ему не возвращается.

Специальные (дополнительные) взносы обязательны, если это предусмотрено уставом кооператива по решению общего собрания. Их назначение — реализация отдельных программ развития кооператива, приобретение имущества, осуществление непредвиденных расходов и покрытие убытков. Закон о сельскохозяйственной кооперации предусматривает возможность дополнительного взноса, имеющего другую юридическую природу. Дополнительный паевой взнос — паевой взнос члена кооператива, вносимый им по своему желанию сверх обязательного паевого взноса, по которому он получает дивиденды в размере и в порядке, предусмотренных уставом кооператива. Подобные взносы — одна из

форм привлечения кооперативом за плату денежных средств и имущества своих членов. Дополнительные взносы не предоставляют членам преимущества при участии в органах управления кооператива.

Паевой взнос (пай) — это основной способ материального участия члена в формировании имущества кооператива. Закон о сельскохозяйственных кооперативах определяет его как взнос члена кооператива, вносимый в обязательном порядке и дающий право голоса и право на участие в хозяйственной деятельности кооператива, на пользование его услугами и льготами, предусмотренными уставом кооператива, и на получение полагающихся кооперативных выплат. Иными словами, паевой взнос — это условие приема гражданина в кооператив и средство, которое связывает узами кооперативных отношений кооператив и его члена.

Паевым взносом члена кооператива могут быть деньги, ценные бумаги, иное имущество, в том числе и имущественные права, а также иные объекты гражданских прав (п. 2 ст. 10 Закона о производственных кооперативах). Объекты гражданских прав названы в ст. 128 ГК.

Член кооператива обязан внести к моменту государственной регистрации кооператива не менее чем 10% паевого взноса. Остальная часть паевого взноса вносится в течение года после государственной регистрации кооператива (п. 1 ст. 10 Закона о производственных кооперативах). Оценка паевого взноса, превышающего 250 установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда, должна быть произведена независимым оценщиком. Размер паевого взноса устанавливается уставом кооператива. Как правило, в производственных кооперативах их члены вносят паевые взносы в одинаковых размерах. В Законе о сельскохозяйственной кооперации (п. 3 ст. 35) прямо закреплен принцип равного размера паевых взносов членов сельскохозяйственного производственного кооператива. Однако Закон о производственных кооперативах не исключает возможности устанавливать разные размеры паевых взносов членов кооператива.

Паевые взносы образуют *паевой фонд кооператива* (ст. 10 Закона о производственных кооперативах). Он должен быть полностью сформирован в течение первого года деятельности кооператива. Законодательство не содержит требование о минимальном размере паевого фонда производственного кооператива. Это скорее является данью традиции. В отличие от товариществ и обществ на капиталах кооперативные товарищества всегда признавались организациями с *переменным составом лиц и капиталов*. Принцип переменности состава лиц и капиталов означал следующее. Во-первых, кооператив имел капитал, но не обязан был поддерживать его величину на заранее определенном уровне. Во-вторых, величина капитала изменялась каждый раз, когда

кто-либо выбывал из состава членов либо вступал в него¹. В-третьих, прекращение членства было возможно только путем выхода члена с выплатой ему причитающихся выплат из части имущества кооператива. Таким образом, продажа или передача в иной форме пая другому члену кооператива или третьему лицу запрещалась, соответственно и вступление в кооператив нового члена было возможно только путем принятия в состав членов гражданина, вносящего имущественный взнос в паевой капитал.

Непоследовательность же действующего законодательства о производственных кооперативах состоит в том, что оно, так же как и законодательство о хозяйственных обществах, исходит из принципов оборотоспособности паев, постоянной величины паевого фонда и преобладания в его природе гарантийной функции. Статья 10 Закона о производственных кооперативах содержит положение о том, что паевой фонд кооператива определяет минимальный размер имущества кооператива, гарантирующего интересы его кредиторов, а также вводит нормы, призванные обеспечить такое назначение паевого фонда. Подобный режим правового регулирования паевого фонда представляется неоправданным.

Дело в том, что в отличие от других организационно-правовых форм юридических лиц в производственных кооперативах исполнение «гарантийной» функции возложено на их членов. Статья 13 Закона о производственных кооперативах предусматривает, что кооператив отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему на праве собственности имуществом. В случае недостаточности имущества производственного кооператива каждый его член должен субсидиарно нести ответственность по обязательствам кооператива. Закон о производственных кооперативах не указывает на размер дополнительной ответственности членов. Пределы ответственности членов кооператива и порядок ее возложения должны быть определены в уставе. Субсидиарная ответственность члена сельскохозяйственного производственного кооператива не может составлять менее 5% своего пая (п. 2 ст. 37 Закона о сельскохозяйственной кооперации). Представляется, что при равенстве размера паевых взносов членов определение доли и пределов ответственности каждого из них по долгам кооператива должно определяться в кратном отношении к размеру его дохода за определенный период, например за последний календарный год.

Имущество, находящееся в собственности кооператива, делится на пай его членов в соответствии с уставом кооператива. Пай состоит из паевого взноса члена кооператива и соответствующей части чистых активов кооператива. Деление имущества на пай

¹ См.: Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 180-181.

членов носит не реальный, а идеальный характер. В успешно функционирующих кооперативах значения суммы пая каждого члена будет многократно больше суммы внесенных им паевых взносов, так как к ним прибавляется в соответствующих долях стоимость чистых активов кооператива. Сформированные таким образом пай членов кооператива объявлены самостоятельными объектами правоотношений, которые можно продать или уступить иным образом остальным членам кооператива или третьим лицам. Передача пая (его части) гражданину, не являющемуся членом кооператива, допускается лишь с согласия кооператива. В этом случае гражданин, приобретший пай (его часть), принимается в члены кооператива. Члены кооператива пользуются преимущественным правом покупки такого пая (его части). Паи являются также объектами наследования.

Уставом кооператива может быть установлено, что определенная часть принадлежащего кооперативу имущества составляет *неделимый фонд кооператива*, используемый в целях, определяемых уставом. Решение об образовании неделимого фонда кооператива принимается по единогласному решению членов кооператива, если уставом кооператива не предусмотрено иное. Имущество, составляющее неделимый фонд кооператива, не включается в пай членов кооператива. На указанное имущество не может быть обращено взыскание по личным долгам члена кооператива. В неделимый фонд включаются, как правило, особо ценные и дорогие виды имущества кооператива. Таким образом, производственный кооператив может минимизировать отрицательные имущественные последствия выхода отдельных членов из кооператива с выплатой им стоимости их паев (п. 7 ст. 22 Закона о производственных кооперативах). Уставом производственного кооператива могут быть предусмотрены иные образуемые кооперативом фонды.

При начислении паев, при распределении полученной кооперативом прибыли, а также при разделе оставшегося после его ликвидации имущества между его членами применяются кооперативные принципы. Их суть состоит в том, что значение доли каждого члена кооператива и его денежная оценка для всех вышеприведенных целей определяются и производятся преимущественно в зависимости от степени его личного трудового участия в деятельности кооператива. Вместе с тем ст. 12 Закона о производственных кооперативах допускает распределение прибыли между членами кооператива, не принимающими личного трудового участия в его деятельности, соответственно размеру их паевого взноса, но в сумме не более 50% прибыли, подлежащей распределению между членами кооператива.

5. *Управление производственным кооперативом* также обладает значительной спецификой. Высшим органом управления коопера-

тивом является общее собрание его членов. В кооперативе с числом членов более 50 может быть создан наблюдательный совет. В состав исполнительных органов кооператива входят правление и (или) председатель кооператива. Особенностью порядка формирования коллегиальных и единоличных органов управления производственного кооператива является принцип их комплектования исключительно из членов данного кооператива (п. 4 ст. 14 Закона о производственных кооперативах).

Принцип разделения компетенции между коллегиальными органами, характерный для законодательства о хозяйственных обществах, производственным кооперативам *не свойственен*. В силу кооперативного принципа демократического централизма здесь действуют иные правила: общее собрание как высший орган кооператива может принять решение по любому вопросу деятельности кооператива, тогда как вопросы, отнесенные к исключительной компетенции общего собрания членов кооператива, не могут быть переданы на решение наблюдательного совета кооператива или его исполнительных органов.

Общее собрание членов кооператива принимает решения простым большинством голосов присутствующих на этом собрании членов кооператива. Квалифицированное большинство голосов присутствующих на общем собрании членов кооператива требуется при принятии следующих решений:

об изменении устава кооператива, о реорганизации и о ликвидации кооператива, принимаемого тремя четвертями голосов;

о преобразовании кооператива в хозяйственное товарищество или общество, принимаемого по единогласному решению членов кооператива;

об исключении члена кооператива, принимаемого двумя третями голосов.

Каждый член кооператива независимо от размера его пая имеет при принятии решений общим собранием членов кооператива один голос (п. 2 ст. 15 Закона о производственных кооперативах).

Прекращение членства в производственном кооперативе возможно в добровольном или принудительном порядке. Член кооператива вправе по своему усмотрению выйти из него, предупредив в письменной форме председателя (правление) кооператива не позднее чем за две недели. Член кооператива может быть исключен из него в случае, если он не внес в установленный уставом кооператива срок паевой взнос либо не выполняет или ненадлежащим образом выполняет обязанности, возложенные на него уставом кооператива (п. 2 ст. 22 Закона о производственных кооперативах). Особенность института членства в кооперативе, не предполагающая договорные отношения между членами, проявляется и в том, что для исключения члена из кооператива не надо обращать-

ся в суд, как в случае исключения лиц из состава участников полного товарищества или общества с ограниченной ответственностью. Для этого достаточно решения общего собрания.

Лицу, прекратившему членство в кооперативе, выплачивается стоимость пая или выдается имущество, соответствующее его паю, а также производятся другие выплаты, предусмотренные уставом кооператива. Расчеты с выбывшими членами производятся по окончании финансового года и утверждении бухгалтерского баланса кооператива, если иное не предусмотрено уставом.

V. Государственные и муниципальные унитарные предприятия.

Организационно-правовые формы участия государств и других публичных образований в имущественном обороте известны во всех правовых системах. В одних странах для опосредования такого участия используют учреждаемые государствами или их органами классические хозяйственные общества, в других странах для этих целей конструируют правовые формы особых субъектов права. Но вряд ли найдется страна, в которой проблемам выработки правовых взглядов о формах и способах организации всей экономики на основе государственной собственности и закрепления в нормах права правового образа его первичного и основного субъекта уделялось бы столько внимания, сколько в нашей стране после известных исторических событий 1917 г.

1. *Анализ современного состояния и перспектив использования публичной собственности в предпринимательских целях.* Становление и развитие правового института унитарного предприятия неоднозначно оценивается в юридической литературе. Отношение к ним ряда специалистов, признающих подлинным юридическим лицом лишь такое, которое выступает в гражданском обороте в качестве собственника, можно воспринять как крайне негативное. Например, по мнению Е. А. Суханова, организационно-правовая форма унитарного предприятия не свойственна нормальному имущественному обороту по той причине, что как юридическое лицо оно не является собственником, а поэтому представляет собой исключение, сохраненное законом на период становления рыночной экономики¹. «Ясно, — пишет названный автор, — что... их участие в нормальном имущественном обороте представляется странным и даже опасным для обычных частных собственников»².

В целом отрицательное отношение к унитарным предприятиям высказывал В. А. Дозорцев, усматривавший внутренние противоречия в отношениях, когда право собственности принадлежит одному лицу (публичному образованию), а правомочия по его

¹См.: Гражданское право: Учебник. Т. I/Под ред. Е. А. Суханова. М., 2004. С. 249.

²Суханов Е. А. Государство и гражданский оборот // Юрист. 2004. № 22.

осуществлению закрепляются за другим субъектом права (унитарным предприятием). Соответственно такая группа отношений приводит к ситуации, когда право собственности и правосубъектность отрываются друг от друга. Как полагает В. А. Дозорцев, унитарные предприятия имеют право на существование, но не как система унифицированных и массовых субъектов, а как «уникальные», единичные экземпляры, создание которых может быть объяснено «только специальными единичными обстоятельствами». Правовой статус каждого из них «подлежит определению не общим образом, а *ad hoc*», т. е. специальным законом.

Предлагаемые противниками унитарных предприятий пути преодоления теоретических и практических проблем, связанных с их существованием, обладая общими признаками, отличаются способами их реализации. Так, В. А. Дозорцев решение проблемы видит на пути акционирования существующих государственных предприятий и передачи всех акций возникших акционерных обществ публичным собственникам. Таким образом, «право государственной собственности на эти предприятия прекратится, они станут объектом права собственности вновь образованных акционерных обществ. Разрыва между правом собственности и правосубъектностью больше не будет и предприятия станут функционировать в экономике на тех же основах, что и все остальные субъекты»².

Е. А. Суханов, в свою очередь, констатируя внутреннюю несогласованность и бессистемность акционерного законодательства, которое состоит из «не стыкующихся между собой нескольких «ветвей», в качестве более удачного рассматривает такой способ управления публичной собственностью, как сдача предприятий в аренду в качестве имущественных комплексов. Нормы параграфа 5 гл. 34 ГК, по мнению ученого, способны обеспечить эффективный баланс интересов публичного собственника и частного собственника — арендатора»³.

Было бы не правильно, на наш взгляд, полностью отказываться от широко известных и приспособленных к отечественным реалиям правовых форм и категорий только на том основании, что они суть пережитки прошлого, вопиющим образом не соответствующие потребностям современного рыночного оборота

¹ Дозорцев. В. А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 250, 252-253.

² Там же. С. 252.

³ См.: Суханов Е. А. Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый Гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова С. 219—221.

и противоречащие общей направленности законодательства, формирующего его правовые основы. Такое несколько упрощенное представление о сущности анализируемых категорий может возникнуть в том случае, если догматически следовать девизу, согласно которому основным ориентиром, определяющим содержание и функции всех институтов гражданского законодательства, доктрины и практики, а также их дальнейшее развитие, должна являться исключительно частноправовая природа отрасли гражданского права.

До тех пор пока наука не придумает более удачную экономическую и правовую форму введения публичной собственности в рыночный оборот, фигура унитарного предприятия должна остаться как единственно доступное средство и способ реализации функций производительной публичной собственности¹. Как полагает С. С. Алексеев, категория «унитарное предприятие» позволяет обеспечивать как государственные интересы, так и развивать на предприятиях хозяйственную инициативу, экономическую самостоятельность и предприимчивость². Для гражданского оборота не так уж важно, является ли унитарное предприятие собственником имущества или нет. Не будучи собственником, оно обладает такой же деликтоспособностью, какой обладают юридические лица-собственники. В отличие от прежнего законодательства, ограждавшего здания, сооружения, оборудование и другое имущество государственных организаций, относящееся к основным средствам, от взыскания по претензиям кредиторов (ст. 98 ГК РСФСР 1964 г.), действующий Гражданский кодекс РФ устанавливает принцип ответственности унитарного предприятия всем закрепленным за ним имуществом (п. 5 ст. 113).

Следует признать оправданным сохранение в публичной собственности на современном этапе и в обозримом будущем значительной части средств производства и другого имущества, предназначенных для использования в воспроизводственных целях. Разные природные условия территорий огромной страны, неравномерность социально-экономического развития отдельных регионов, некомпактность размещения производительных сил

¹ По мнению Ю. К. Толстого, гносеологические корни отрицания унитарных предприятий как субъектов усматриваются в убежденности сторонников в том, будто предприятие имеет право на существование лишь как единый имущественный комплекс, но не как субъект права. «Между тем, — напоминает Ю. К. Толстой, — С. Н. Братусь в свое время справедливо обратил внимание на то, что понятие «предприятие» является двузначным: это и субъект, и объект права (см.: Толстой Ю. К. К разработке теории юридического лица на современном этапе // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 110-111).

² См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных предприятиях». М., 2003. С. 7.

и другие подобные причины вызывают необходимость использования публичной собственности для выполнения государственно-публичными образованиями непосредственных хозяйственных функций, таких как организация и поддержание убыточных производств, общественного транспорта и подобных. Важным с точки зрения обеспечения экономической безопасности в условиях быстро меняющейся ситуации на мировых рынках представляется нахождение в государственной собственности производственных и других объектов стратегического назначения. Вряд ли стоит ожидать в ближайшее время и перепрофилирование на выпуск гражданской продукции большого числа предприятий военно-промышленного комплекса, которые также целесообразно сохранять в публичной собственности¹.

2. *Правовое понятие и признаки унитарного предприятия.* Унитарным предприятием признается коммерческая организация, не наделенная правом собственности на закрепленное за ней собственником имущество, которое является неделимым и не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в том числе между работниками предприятия (п. 1 ст. 113 ГК РФ). Аналогичное определение понятия унитарного предприятия сформулировано в п. 1 ст. 2 Закона об унитарных предприятиях.

Во-первых, унитарное предприятие — это коммерческая организация, а потому на него распространяются общие положения Гражданского кодекса РФ о коммерческих организациях с учетом особенностей унитарных предприятий. Так, правоспособность унитарных предприятий, в отличие от иных коммерческих организаций, ограничена указанием на то, что они могут осуществлять только те виды предпринимательской деятельности, которые закреплены в уставе предприятия (ст. 49, 113 ГК). Решение об учреждении унитарного предприятия должно определять цели и предмет его деятельности, (п. 5 ст. 7). Сделки, противоречащие целям и предмету деятельности унитарных предприятий, определенным законом или иными правовыми актами, должны признаваться ничтожными на основании 168 ГК.

Во-вторых, входящая в наименование данной организационно-правовой формы коммерческой организации характеристика «*унитарное*» подчеркивает неделимость имущества предпри-

¹ Способ прекращения использования публичной собственности в имущественном обороте посредством акционирования всех без исключения унитарных предприятий с закреплением 100% акций в публичной собственности юридически не корректен. Образ такого юридического лица не будет соответствовать экономической и юридической природе акционерного общества, которое исторически и логически предназначено служить формой объединения собственности множества субъектов, а не обособления собственности одного из них. Акционировать целесообразно лишь те унитарные предприятия, которые в перспективе подлежат приватизации.

ятия-субъекта по вкладам (долям, паям) не только между его работниками, но и между несколькими собственниками. При учреждении унитарного предприятия собственником могут выступать Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования. Не допускается создание унитарных предприятий на основе объединения имущества, находящегося в собственности публичных образований (п. 4 ст. 2 Закона об унитарных предприятиях)¹. Кроме того, как термин «унитарное» отражает и такие особенности предприятия:

1) простейшую организационную структуру предприятия, которое не может быть создано в форме сложного образования по примеру ранее известных производственных и научно-производственных объединений с входящими в их состав производственными и структурными единицами;

2) прямую (непосредственную) форму управления предприятием, когда между ним и собственником не могут быть созданы промежуточные центры принятия управленческих решений, что ранее имело место в рамках промышленных объединений. Об этом, в частности, свидетельствует отказ законодателя от конструкции «дочернего предприятия», создаваемого унитарным предприятием.

В соответствии с п. 1 ст. 2 Закона об унитарных предприятиях это предприятие не вправе создавать в качестве юридического лица другое унитарное предприятие путем передачи ему части своего имущества (дочернее предприятие). Такой запрет соответствует общей направленности Закона на усиление фактора участия собственника в деятельности унитарных предприятий. Раньше унитарное предприятие по отношению к созданному им дочернему предприятию, по существу, выполняло функции учредителя и собственника. Данное обстоятельство на практике позволяло руководителям унитарных предприятий путем создания дочерних выводить часть закрепленного за ними на праве хозяйственного ведения имущества из под контроля реального собственника — публично-правового образования.

Виды унитарных предприятий. В рамках единой организационно-правовой формы Гражданский кодекс РФ и Закон об унитарных предприятия выделяют две основные группы предприятий: а) предприятия, основанные на *праве хозяйственного ведения*; б) предприятия, основанные на *праве оперативного управления*. Первые могут создаваться в виде федерального государственного предприятия, государственного предприятия субъекта Федерации

¹ Ранее в литературе на основе общих положений Гражданского кодекса РФ полагали, что унитарные предприятия могут создаваться на началах общей долевой собственности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований на имущество унитарных предприятий. (См.: Гражданское право: Учебник. Т. I / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2004. С. 251.)

(далее — государственное предприятие), а также муниципального предприятия; вторые — в виде федерального казенного предприятия, казенного предприятия субъектов Федерации, а также муниципального казенного предприятия.

Очевидна схожесть, а в отдельных случаях и тождественность целей создания предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, и казенных предприятий, что оставляет широкие возможности для усмотрения собственника в выборе конкретной формы публичного предпринимательства¹. Явное отличие обнаруживается только в том, что казенные предприятия могут создаваться также для осуществления следующих «бесприбыльных» видов деятельности: производства товаров (работ, услуг), реализуемых по установленным государством ценам в целях решения социальных задач; осуществления отдельных дотируемых видов деятельности и ведения убыточных производств. Последнее обстоятельство, по справедливому замечанию С. Артеменкова и В. Г. Степанова, усиливает позицию тех исследователей, которые отстаивают идеи о некоммерческой сущности казенных предприятий². Дополнительной аргументацией для Д. А. Медведева, наделившего данную форму юридического лица характеристикой «предпринимательское учреждение», правоспособность которого «занимает промежуточное положение между правоспособностью коммерческой и некоммерческой организаций»³, послужило то, что хозяйственная деятельность казенных предприятий может финансироваться из бюджетных источников. Л. В. Щенникова также замечает, что Закон об унитарных предприятиях указывает место унитарных предприятий «с новым лицом» в системе юридических лиц, выстроенной Гражданским кодексом РФ⁴, предполагая, очевидно, не вполне корректным безусловное их отнесение к коммерческим организациям либо указывая на непоследовательность критериев классификации юридических лиц в рамках их основной классификации.

¹ См.: Степанов В. Г. Особенности правового регулирования деятельности унитарных предприятий в деловом обороте // Юрист. 2004. № 2.

² См.: Артеменков С. Правовой статус государственных и муниципальных предприятий // Законность. 2003. № 5, 6. Идеи о некоммерческой сущности казенных предприятий были высказаны, например: Зинченко С., Лапач В., Газарьян Б. Новый ГК и предпринимательство: проблемы регулирования // Хозяйство и право. 1995. № 10. С. 92—93; Ершова И. В. Проблемы правового регулирования государственного имущества в хозяйственном обороте. М., 2001. С. 156.

³ Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. С. 197 (автор параграфа — Д. А. Медведев).

⁴ См.: Щенникова Л. Закон об унитарных предприятиях и его роль в российской экономике // Рос. юстиция. 2003. № 4. С. 15.

Как уже отмечалось, основная цель предпринимательства заключается не только в получении прибыли. С современных позиций для предпринимательства важно иметь собственный бизнес (свое дело). Применительно к унитарным предприятиям появляется вторая основная цель — обеспечение публичных интересов. Поэтому в фигуре унитарного предприятия гармонично переплетаются, с одной стороны, коммерческая направленность, с другой — интересы публично-правовых образований.

3. *Особенности учреждения унитарного предприятия.* Прежде всего надо еще раз отметить, что учредителем унитарного предприятия может выступать Российская Федерация, ее субъект или муниципальное образование. Решение об учреждении унитарного предприятия принимает соответствующий орган исполнительной власти или орган местного самоуправления (ст. 8 Закона об унитарных предприятиях).

Решение об учреждении унитарного предприятия должно определять цели и предмет деятельности унитарного предприятия.

В ст. 8 Закона об унитарных предприятиях определены случаи учреждения унитарных предприятий, закрытый перечень которых позволяет судить о приоритетах экономической политики государства на современном этапе. Создание государственных или муниципальных унитарных предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, может быть обусловлено следующими причинами:

для хозяйственного использования имущества, приватизация которого запрещена;

для осуществления запрещенных законодательством для иных коммерческих организаций видов деятельности, в том числе производства отдельных видов продукции, изъятой из оборота или ограниченно оборотоспособной;

для осуществления деятельности в целях решения социальных задач (в том числе реализации определенных товаров и услуг по минимальным ценам), а также организации и проведения закупочных и товарных интервенций для обеспечения продовольственной безопасности государства;

для осуществления научной и научно-технической деятельности в отраслях, связанных с обеспечением безопасности Российской Федерации;

для разработки и изготовления отдельных видов продукции, находящейся в сфере интересов России и обеспечивающей ее безопасность.

Казенное предприятие может быть создано в случаях:

если преобладающая или значительная часть производимой продукции, выполняемых работ, оказываемых услуг предназначена для нужд публично-правовых образований; необходимость использования имущества, приватизация которого запрещена, в том числе имущества, необходимого для обеспечения безопасности

Российской Федерации, функционирования воздушного, железнодорожного и водного транспорта, реализации иных стратегических интересов России;

необходимости осуществления деятельности по производству товаров, выполнению работ, оказанию услуг, реализуемых по установленным государством ценам в целях решения социальных задач;

необходимости разработки и производства отдельных видов продукции, обеспечивающей безопасность Российской Федерации, а также продукции, изъятой из оборота или ограниченно оборотоспособной;

необходимости осуществления отдельных дотируемых видов деятельности и ведения убыточных производств.

Единственным учредительным документом унитарного предприятия является его *устав*, который утверждается уполномоченными органами исполнительной власти или органами местного самоуправления.

Что касается процедуры государственной регистрации унитарного предприятия, то она осуществляется в общем порядке регистрирующим органом. Для этой цели предоставляются решения уполномоченного государственного органа Федерации, уполномоченного государственного органа субъекта Российской Федерации или органа местного самоуправления о создании унитарного предприятия, устав предприятия, сведения о составе и стоимости имущества, закрепляемого за ним на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления.

4. *Правовой режим имущества унитарного предприятия.* Юридическая грань, отделяющая унитарное предприятие как субъекта от предприятия как объекта гражданского права, весьма трудно определима. Это обусловлено тем, что предприятие как имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, само является субъектом гражданского права, самостоятельно участвующим в экономических отношениях, несущим собственные права и обязанности, предполагающим наличие коллектива работников¹. Таким образом, двойственность термина «предприятие» создает правовую уникальность конструкции данного вида юридического лица.

Имущество унитарного предприятия формируется за счет имущества, закрепленного за ним на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления собственником этого имущества, доходов унитарного предприятия от его деятельности, а также иных не противоречащих законодательству источников.

¹ См.: Заборовская И. Г. Гражданско-правовое положение государственных унитарных предприятий. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 7.

В государственных и муниципальных предприятиях, которые наряду с хозяйственными обществами основаны на принципе раздельной имущественной ответственности учредителей и (или) участников и юридического лица, в обязательном порядке формируется *уставный фонд* (ст. 12 Закона об унитарных предприятиях), который должен быть полностью сформирован собственником его имущества в течение трех месяцев с момента государственной регистрации такого предприятия (ст. 13 Закона). В казенных предприятиях, по долгам которых в случае недостаточности их имущества собственники несут субсидиарную ответственность (ст. 7 Закона), уставный фонд не создается (п. 5 ст. 12 Закона).

Уставным фондом государственного или муниципального предприятия определяется минимальный размер его имущества, гарантирующего интересы кредиторов такого предприятия. Поэтому он может формироваться только за счет денег, ценных бумаг, других вещей, имущественных и иных прав, имеющих денежную оценку. Закон об унитарных предприятиях (п. 3 ст. 12) повысил требования к минимальному размеру уставного фонда государственных (муниципальных) предприятий. Для государственного предприятия он должен составлять не менее чем 5000 минимальных размеров оплаты труда, а для муниципального предприятия — не менее чем 1000 МРОТ, установленных федеральным законом на дату государственной регистрации предприятия.

Закон предусматривает возможность увеличения и уменьшения уставного фонда предприятия (ст. 14, 15).

Наряду с уставным фондом унитарное предприятие вправе создать иные фонды, в частности, за счет остающейся в его распоряжении чистой прибыли формирует резервный фонд в порядке и в размерах, которые предусмотрены уставом предприятия. Образование резервного фонда — это право, а не обязанность унитарного предприятия. В любом случае собственник решает, насколько целесообразно создание какого-либо фонда, в соответствии с их перечнем и в порядке, которые предусмотрены уставом предприятия. Указанные фонды являются строго целевыми и могут быть использованы предприятием только на цели, определенные федеральными законами, иными правовыми актами и уставом предприятия.

Особым режимом наделяется *прибыль (доход) унитарного предприятия*. Собственник имущества предприятия имеет право на получение прибыли от использования имущества, принадлежащего предприятию. Порядок реализации собственником такого права различается в зависимости от того, создано ли унитарное предприятие на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления.

Ежегодные порядок, размеры и сроки перечисления в соответствующий бюджет части прибыли государственных и муниципальных предприятий определяются соответственно Правительством РФ, уполномоченными органами государственной власти субъектов Федерации или органами местного самоуправления. Предпринимательская деятельность государственных и муниципальных предприятий служит одним из источников формирования соответствующих бюджетов, перечисленная собственнику прибыль учитывается в доходах бюджетов (п. 1 ст. 42, п. 1 ст. 51, ст. 57, ст. 62 Бюджетного кодекса Российской Федерации (БК)).

Заслуживает одобрения практика отдельных публично-правовых образований, которые на уровне закона или иного нормативного правового акта заранее устанавливают понятные и экономически обоснованные нормативы перечисления прибыли собственнику. Твердые и определяемые критерии использования прибыли государственных унитарных предприятий должны, на наш взгляд, стимулировать деловую активность предприятий и стремление к более рациональному использованию имущества, закрепленного на праве хозяйственного ведения.

Прибыль, оставшаяся после уплаты налогов и перечисления части ее собственнику, сохраняется за предприятием на праве хозяйственного ведения и используется в целях формирования фондов предприятия, предусмотренных уставом, на развитие и расширение финансово-хозяйственной деятельности предприятия, обучение и повышение квалификации его сотрудников, инвестирование, внедрение и освоение новой техники и технологий и другие цели, не противоречащие уставу. Направления расходования таких средств определяются самим предприятием.

В отличие от предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, предприятия, основанные на праве оперативного управления (казенные предприятия), *лишены возможности решать судьбу полученных доходов*, она всецело определяется собственником имущества, закрепленного за казенным предприятием. Так, согласно п. 3 ст. 17 Закона об унитарных предприятиях порядок распределения доходов казенного предприятия определяется соответственно Правительством РФ, уполномоченными органами государственной власти субъектов Федерации или органами местного самоуправления. Таким образом, сам собственник определяет порядок использования прибыли предприятия, в том числе и той ее части, которая остается в оперативном управлении казенного предприятия. При этом казенное предприятие оказывается в менее выгодном положении, нежели предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, поскольку порядок и размеры прибыли, подлежащей перечислению собственнику, заранее могут быть не определены.

Таким образом, предусмотрев нормативный порядок изъятия части прибыли предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, и распорядительный порядок изъятия части дохода казенных предприятий, Закон об унитарных предприятиях не воспринял встречавшуюся ранее практику, когда публичные собственники в лице уполномоченных органов и унитарные предприятия заключали договоры о передаче имущества в хозяйственное ведение или оперативное управление предприятий, в которых содержались условия о перечислении предприятиями собственнику части прибыли от использования его имущества¹. Практика заключения таких договоров противоречила природе субинституты права хозяйственного ведения и права оперативного управления и создавала иллюзию относительной самостоятельности предприятий.

В связи с этим стоит отметить и то, что Закон об унитарных предприятиях устранил почву и для рассуждений об исключительно гражданско-правовой природе правоотношений по перераспределению прибылей унитарных предприятий². По нашему мнению, механизм участия публичного собственника в прибыли от использования им же созданным субъектом его имущества нельзя приравнивать к механизму распределения прибыли коммерческих организаций, основанных на членстве. В этом механизме гармонично переплетаются частноправовые и публично-правовые начала регулирования соответствующих отношений.

Готовая продукция унитарного предприятия — это самостоятельный вид имущества предприятия. Унитарное предприятие (государственное или муниципальное, равно и казенное) самостоятельно реализует произведенную им продукцию (работы, услуги), если иное не установлено федеральными законами и иными нормативными правовыми актами.

5. *Управление унитарным предприятием.* Система управления унитарным предприятием отличается от механизма управления другими коммерческими организациями. В унитарном предприятии в обязательном порядке формируется только один единоличный орган управления — директор, генеральный директор. Он назначается собственником имущества унитарного предприятия и подотчетен собственнику. Основная функция руководителя унитарного

¹ См.: Любимова Р. Нужно ли заключать договоры о закреплении имущества на праве полного хозяйственного ведения и оперативного управления // Хозяйство и право. 1995. № 7.

² Иное мнение высказано И. В. Бекленищевой. С ее точки зрения механизм перечисления собственнику части прибыли унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения, «является гражданско-правовым, поскольку в своей основе имеет субъективное право собственника на получение части прибыли» (см.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных предприятиях». С. 62).

предприятия заключается в организации выполнения решений, исходящих от собственника имущества предприятия. Руководитель отчитывается о деятельности предприятия в порядке и в сроки, которые определяются собственником имущества предприятия.

Руководитель действует от имени унитарного предприятия без доверенности, в том числе представляет его интересы, совершает в установленном порядке сделки от его имени, утверждает структуру и штаты предприятия, осуществляет прием на работу работников, заключает с ними, изменяет и прекращает трудовые договоры, издает приказы, выдает доверенности в порядке, установленном законодательством.

Руководитель не вправе быть учредителем (участником) юридического лица, занимать должности и заниматься другой оплачиваемой деятельностью в государственных органах, органах местного самоуправления, коммерческих и некоммерческих организациях, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельности, заниматься предпринимательской деятельностью, быть единоличным исполнительным органом или членом коллегиального исполнительного органа коммерческой организации, за исключением случаев, когда участие в органах коммерческой организации входит в должностные обязанности данного руководителя, а также принимать участие в забастовках. В Законе об унитарных предприятиях (ст. 22, 23) установлены последствия совершения сделок с заинтересованностью и крупных сделок.

Руководитель унитарного предприятия при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должен действовать в интересах предприятия добросовестно и разумно. Он несет в установленном законом порядке ответственность за убытки, причиненные предприятию его виновными действиями (бездействием), в том числе в случае утраты имущества предприятия. Собственник имущества унитарного предприятия вправе предъявить иск о возмещении убытков, причиненных предприятию, к его руководителю (ст. 25 Закона об унитарных предприятиях).

Деятельностью по управлению унитарным предприятием и закрепленным за ним имуществом следует признать и осуществление собственником предоставленных ему Законом об унитарных предприятиях полномочий. Такая деятельность также носит особый характер и специфична только для унитарных предприятий. В системе управления унитарным предприятием (наряду с единоличным органом управления) управленческими функциями обладает собственник. Статья 20 Закона предусматривает широкий перечень прав собственника имущества унитарного предприятия.

По мнению С. А. Степанова, компетенция собственника имущества унитарного предприятия «вытекает не из публично-власт-

ной сути государства или государственноподобного образования, а из гражданско-правовой конструкции хозяйственного ведения или оперативного управления, а также из гражданского и трудового законодательства и устава»¹. Однако данная точка зрения не является единственной по сложному вопросу разграничения прав государства как собственника и его властных полномочий. Так, В. К. Андреев считает, что законодатель не проводит четкой грани между этими понятиями. В то же время в ст. 20 Закона об унитарных предприятиях, отмечает названный ученый, включаются полномочия властного характера². Поэтому право управления унитарным предприятием как имущественным комплексом со стороны государства-собственника заключается не в его эксплуатации, а в установлении порядка использования и целей эксплуатации предприятия.

Именно такой подход характерен для представителей науки административного и предпринимательского права. И не только. В цивилистической науке также можно встретить мнение о том, что право государственной собственности в объективном смысле (правовой институт) имеет государственно-правовую природу³. Соответственно, по мнению представителей этой теории, государство в отношении объектов государственной собственности обладает управленческими функциями.

Мы считаем недопустимым трактовку участия собственника имущества унитарного предприятия в управлении последним как реализацию исключительно гражданско-правовых «собственнических» правомочий и характеризовать такую деятельность как имеющую гражданско-правовую природу. В данном случае публичный собственник выступает не в качестве члена (участника) предприятия, а именно в качестве собственника.

При публичном типе собственности собственник осуществляет свои правомочия через органы государственной власти с применением определенных административно-правовых средств. Причем деятельность органов государственной власти по реализации правомочий собственника осуществляется ими в рамках государственного управления, под которым понимается целенаправлен-

¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных предприятиях». С. 87.

² См.: Андреев В. К. Право государственной собственности в России: Учебное пособие. М., 2004. С. 156.

³ См.: Якушев В. С. О самостоятельности института права государственной социалистической собственности и его государственно-правовой природе // Сб. ученых трудов СЮИ. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 85—110; Брагинский М. И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. М., 1981. С. 30, 31, 71, 72, 74, 172—174.

ная, организующая, подзаконная, исполнительно-распорядительная и регулирующая деятельность'.

Итак, институт государственной собственности есть *правовое образование, сочетающее нормы публичного и частного права*. При чем управление государственной собственностью (в нашем случае — унитарными предприятиями) производно от прав собственника — Российской Федерации, ее субъектов. Сказанное в равной степени относится и к управлению объектами муниципальной собственности.

Постановление Правительства РФ от 3 декабря 2004 г. № 739 «О полномочиях федеральных органов исполнительной власти по осуществлению прав собственника имущества федерального государственного унитарного предприятия»² распределяет полномочия Российской Федерации как собственника имущества федерального унитарного предприятия, предусмотренные ст. 20 Закона об унитарных предприятиях, между органами исполнительной власти. Так, на Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом возложено осуществление *следующих правомочий в отношении федеральных государственных унитарных предприятий*:

утверждение аудитора и определение размера оплаты его услуг;

согласование с учетом предложений федерального органа исполнительной власти, в ведении которого находится предприятие, сделок, связанных с недвижимым имуществом;

формирование уставного фонда предприятий;

утверждение передаточного акта или разделительного баланса при реорганизации предприятия и ликвидационного баланса при ликвидации предприятия;

заключение, изменение и прекращение в установленном порядке трудового договора с руководителем предприятия.

Осуществление других правомочий Российской Федерации возложено на *отраслевые федеральные органы исполнительной власти*. Решения о согласовании сделок, связанных с распоряжением вкладом (долей) в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ или товариществ, принадлежащими предприятию акциями, об участии предприятия в коммерческих и некоммерческих организациях, а также о заключении договора простого товарищества принимаются федеральными органами исполнительной власти по согласованию с Федеральным агентством по управлению федеральным имуществом.

¹ См.: Бахрах Д. Н., Российский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право: Учебник для вузов. М., 2004. С. 30; Винницкий А. В. Административно-правовые основы управления государственной собственностью. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 7, 13 и др.

² СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 5074.

В отношении казенного предприятия собственник имущества наделен рядом особых полномочий, вытекающих из природы права оперативного управления:

изымать у казенного предприятия излишнее, неиспользуемое или используемое не по назначению имущество;

доводить до казенного предприятия обязательные для исполнения заказы на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд;

утверждать смету доходов и расходов казенного предприятия (п. 2 ст. 20 Закона об унитарных предприятиях).

Управление унитарным предприятием как имущественным комплексом представляет собой относительно обособленную в рамках административного права совокупность правовых норм, которые дифференцированы и объединены в следующие субинституты:

а) основы управления государственной и муниципальной собственностью;

б) планирование управления государственной и муниципальной собственностью;

в) процедуры непосредственной реализации правомочий собственника государственного и муниципального имущества;

г) учет и контроль за использованием государственного и муниципального имущества¹.

Так, деятельность государственных унитарных предприятий планируется Минэкономразвития России при разработке прогноза социально-экономического развития Российской Федерации. В свою очередь, федеральные органы исполнительной власти, на которые возложены координация и регулирование деятельности в соответствующих отраслях (сферах управления), осуществляют с привлечением заинтересованных министерств и ведомств утверждение по согласованию с Минэкономразвития России показателей экономической эффективности деятельности федеральных государственных унитарных предприятий, определение размера (доли) их прибыли, подлежащей перечислению в федеральный бюджет².

В соответствии со ст. 26 Закона об унитарных предприятиях контроль за деятельностью унитарного предприятия возложен на орган, осуществляющий полномочия собственника, и на другие уполномоченные органы. Унитарное предприятие ежеквартально представляет уполномоченным органам государственной власти, органам местного самоуправления статистическую и бухгалтер-

¹ Применительно к управлению государственной собственностью см.: Винницкий А. В. Указ соч. С. 7.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 254.

скую отчетность по установленной форме о выполнении плана и о выпуске продукции (работ, услуг).

§ 4. Субъекты малого предпринимательства

Малое предпринимательство (бизнес) — важный и необходимый элемент рыночной экономики. В промышленно развитых странах Европы малый и средний бизнес играют ключевую роль в устойчивом росте национальной экономики и повышении благосостояния граждан. И не только. «Азиатское экономическое чудо» также во многом обязано малому предпринимательству. Почти все страны Юго-Восточной Азии (за исключением Северной Кореи) осуществляют беспрецедентную по своим масштабам поддержку малого бизнеса. По показателям динамики развития предпринимательства и темпам экономического роста они втрое превосходят европейские страны¹. Впечатляющие цифры!

В Российской Федерации соответствующие показатели развития малого предпринимательства значительно ниже. Так, в общем объеме общественного производства России вклад малого предпринимательства, по данным на 2000 г., составил от 0,5 до 1,0%². Не наблюдается заметного улучшения соответствующих показателей и в последние годы³.

Причины здесь разные. Практика показывает, что основными препятствиями на пути развития малого бизнеса в России являются прежде всего административные и экономические барьеры: коррупция и мздоимство чиновников через необоснованные проверки, бюрократизм, высокая арендная плата, дорогие банковские кредиты и т. д." И не только.

Несовершенство действующего законодательства также сдерживает развитие малого предпринимательства в России. Не случайно основным элементом современной государственной политики, проводимой в отношении российского малого предпринимательства, является нормативно-правовое обеспечение внешней среды малого бизнеса⁴. Это положение нашло отражение в Кон-

¹ См.: Семеусов В. А. Малое предпринимательство в России: Учебное пособие. Иркутск, 2001. С. 11—12.

² См.: Российская газета. 2000. 19 сентября.

³ По мнению Г. Ф. Столбова, Россия по развитию малого предпринимательства по-прежнему значительно уступает промышленно развитым странам (см.: Столбов Г. Ф. Государство и предпринимательство: теория и опыт взаимодействия при переходе к рыночным отношениям. СПб., 2000. С. 52).

⁴ См.: Кох И. А. Актуальные проблемы взаимодействия власти и малого предпринимательства // Бизнес, менеджмент и право. 2004. № 1. С. 84.

⁵ См.: Пахолкова А. Ю. Правовое регулирование малого предпринимательства в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 4.

цепции государственной политики поддержки и развития малого предпринимательства в Российской Федерации, одобренной 19 декабря 2001 г. на заседании Государственного совета РФ.

Возможно, по этой причине ряд ученых пришли к выводу о том, что «ставка на малые предприятия... ошибочна, если речь идет о национальной экономической безопасности»¹. Выходит, что опыт развития малого бизнеса на Западе для России не показателен. Россия — особая страна!

Малое предпринимательство (бизнес) — вид предпринимательской деятельности, а потому на него распространяются общие положения о предпринимательстве (п. 1 ст. 2 ГК). Однако малое предпринимательство как экономическая категория обладает совокупностью количественных и качественных показателей (признаков). С *количественной точки зрения* — это размеры малых предприятий, которые зависят от специфики отраслей, их технологических особенностей, от действия эффекта масштабности². Есть отрасли, связанные с высокой капиталоемкостью и значительными объемами производства, и отрасли, для которых не требуются большие размеры предприятий. Соответственно именно здесь малые их размеры оказываются предпочтительнее. Таким образом, малое предпринимательство предопределяется объективными факторами и в первую очередь спецификой отрасли производства.

Наряду с количественными показателями малого предпринимательства в литературе называют *качественные показатели*. К ним относятся: высокая степень неопределенности в деятельности малых предприятий, высокая способность к внедрению инноваций, постоянное развитие и др.

Малые предприятия есть субъекты предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» (в ред. от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ) под *субъектами малого предпринимательства* понимаются как коммерческие организации, так и индивидуальные предприниматели⁴. При этом надо отметить, что:

¹ Семеусов В. А. Малое предпринимательство в России: Учебное пособие. С. 12.

² См.: Предпринимательство: Учебник для вузов / Под ред. В. Я. Горфинкея, Г. Б. Поляка, В. А. Швандера. С. 140—141.

³ См.: Пахолкова А. Ю. Указ. соч. С. 13.

⁴ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 25. Ст. 2343. Далее — Закон о малом предпринимательстве. С 1 января 2008 г. названный Закон утрачивает силу в связи с принятием Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства // Российская газета. 2007, 31 июля.

а) понятие «малое предприятие» нельзя рассматривать в качестве организационно-правовой формы коммерческой организации. Статья 50 ГК устанавливает исчерпывающий перечень таких форм;

б) термин «малое предприятие» носит условный характер, поскольку в соответствии с Гражданским кодексом РФ (ст. 132) предприятие является объектом прав;

в) исходя из смысла ст. 3 Закона о малом предпринимательстве субъектами малого предпринимательства не могут быть некоммерческие организации, также имеющие право осуществлять предпринимательскую деятельность, в том числе потребительские кооперативы. На наш взгляд, вряд ли такое ограничение оправданно.

Строго говоря, нельзя признать в качестве субъектов малого предпринимательства и крестьянские (фермерские) хозяйства, которые являются коллективными образованиями без статуса юридического лица.

Закон о малом предпринимательстве называет основной критерий для отнесения хозяйствующих субъектов к малым предприятиям. Это — *количественные показатели* в деятельности малых предприятий: средняя численность работников за отчетный период в зависимости от сферы предпринимательской деятельности. Указанная средняя численность работников не должна превышать следующих предельных уровней:

в промышленности, в строительстве и на транспорте — 100 человек;

в сельском хозяйстве, научно-технической сфере — 60 человек;

в оптовой торговле — 50 человек;

в розничной торговле и бытовом обслуживании населения — 30 человек;

в остальных отраслях и при осуществлении других видов деятельности — 50 человек.

Средняя за отчетный период численность работников малого предприятия определяется с учетом всех его работников, в том числе работающих по договорам гражданско-правового характера и по совместительству с учетом реально отработанного времени, а также работников представительств, филиалов и других обособленных подразделений данного юридического лица.

Действующее законодательство о малом предпринимательстве отказалось от использования другого количественного показателя — объем хозяйственной деятельности, коммерческого оборота. Однако в литературе было высказано мнение о необходимости вернуться к использованию этого показателя в оценке малого предприятия. Более того, предлагается (с учетом отечественного и зарубежного опыта) считать предприятие малым с численностью работников 20 человек и с годовым оборотом 300 тыс. МРОТ.

По мнению В. А. Семеусова, в Законе «О предприятиях в СССР» были названы более целесообразные критерии определения статуса малого предприятия: численность работников и объем хозяйственного оборота¹. Одним словом, вопрос о критериях (показателях) оценки малого предпринимательства до сих пор остается открытым.

Применительно к коммерческим организациям Закон о малом предпринимательстве (ст. 3) применяет второй критерий для отнесения их (коммерческих организаций) к малым предприятиям: относительная экономическая независимость от других лиц — Российской Федерации, ее субъектов, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов. В силу ст. 3 Закона *субъекты малого предпринимательства* ~ это коммерческие организации, в уставном капитале которых доля участия публичных образований и общественных формирований не превышает 25%, а также доля, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого предпринимательства, не превышает 25%.

Как видно, с формальной точки зрения нельзя считать малыми предприятиями такие формы коммерческих организаций, как хозяйственные товарищества, производственные кооперативы и унитарные предприятия. Хозяйственные товарищества имеют складочные капиталы, производственные кооперативы — паевые фонды. Что касается унитарных предприятий, то они находятся в полной (100%) зависимости от публичных образований. Поэтому вполне обоснован вывод о том, что государственные и муниципальные унитарные предприятия не могут быть малыми предприятиями². Однако такого рода законодательные ограничения вызывают справедливую критику со стороны ученых и практиков.

Действительно, разве можно, руководствуясь лишь формальными требованиями Закона о малом предпринимательстве, исключить из числа малых предприятий хозяйственные товарищества и производственные кооперативы? Законодатель не учел, что кроме уставного капитала коммерческих организаций существует складочный капитал хозяйственных товариществ и паевые фонды производственных кооперативов. На наш взгляд, в целях устранения указанного несогласования надо внести соответствующие изменения в Закон о малом предпринимательстве.

Законодательство о малом предпринимательстве представляет собой совокупность (комплекс) нормативных правовых актов различной юридической силы и отраслевой принадлежности. Не-

¹ См.: Семеусов В. А. Малое предпринимательство в России: Учебное пособие. С. 20.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 271.

смотря на то что в Гражданском кодексе РФ малые предприятия не названы, тем не менее акты гражданского законодательства, включая и Кодекс, образуют основу частноправового регулирования малого предпринимательства. Второй блок составляют нормативные правовые акты публичного права (административного, бюджетного, налогового и др.). Особое место в российском законодательстве о малом бизнесе занимают акты законодательства о государственной поддержке малого предпринимательства. По своему содержанию это законодательство носит в целом публично-правовой характер.

Законодательство о государственной поддержке малого предпринимательства состоит не только из актов федерального уровня. В силу п. 1 ст. 1 Закона о малом предпринимательстве государственная поддержка малого предпринимательства в Российской Федерации осуществляется также в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Федерации. Например, 28 июня 1995 г. были приняты: Закон города Москвы «Об основах малого предпринимательства в Москве»; 25 ноября 1996 г. — Закон Санкт-Петербурга «О мерах государственной поддержки малого предпринимательства в Санкт-Петербурге»; 14 апреля 1997 г. — Закон Свердловской области «О государственной поддержке малого предпринимательства в Свердловской области».

Таким образом, законодательство о государственной поддержке малого предпринимательства — составная часть законодательства о малом предпринимательстве. В связи с этим можно говорить об относительно самостоятельном институте законодательства о малом предпринимательстве, сочетающем нормы публичного и частного права.

В литературе были высказаны предложения о совершенствовании законодательства о малом предпринимательстве. В частности, предлагается внести изменения и дополнения в Гражданский кодекс РФ, указав в нем на правовой статус малых предприятий¹. Вряд ли такое предложение приемлемо, принимая во внимание идеологию и логику построения Кодекса; в конечном итоге это понимает автор данного предложения.

Малые предприятия — это не продукт цивилистической мысли, поэтому им нет и не может быть места в лоне Гражданского кодекса.

Другой вопрос — о согласованности норм, регулирующих отношения в сфере малого предпринимательства. Проиллюстрируем сказанное на двух примерах. Так, в силу ст. 4 Закона о малом

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 272—273 (автор параграфа 6 гл. 6 — И. С. Шиткина).

предпринимательстве субъект малого предпринимательства с момента подачи заявления установленного Правительством РФ образца регистрируется и получает соответствующий статус в органах исполнительной власти, уполномоченных действующим законодательством. Однако поскольку такой образец заявления не был утвержден, а соответствующий орган не был уполномочен, малые предприятия регистрировались в общеустановленном порядке.

Закон о регистрации юридических лиц не предусматривает каких-либо особенностей в порядке регистрации малых предприятий.

Имеется некоторая несогласованность между нормами Закона о малом предпринимательстве и нормами Налогового кодекса РФ. Так, глава 26.2 НК, устанавливая упрощенную систему налогообложения, содержит иные критерии определения малого предпринимательства. Согласно п. 2 ст. 346.12 НК организация имеет право перейти на упрощенную систему налогообложения, если по итогам девяти месяцев того года, в котором организация подает заявление о переходе на упрощенную систему налогообложения, доход от реализации не превысил 11 млн руб. (без учета налога на добавленную стоимость). Кроме того, Налоговый кодекс РФ вводит дополнительные ограничения для перехода на упрощенную систему налогообложения. В частности, не вправе применять такую систему налогообложения организации и индивидуальные предприниматели, средняя численность работников которых за налоговый (отчетный) период превышает 100 человек¹. Другой ограничение: Кодекс не относит к субъектам применения упрощенной системы налогообложения организации, у которых остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов превышает 100 млн руб. Для целей налогообложения не являются малыми предприятиями: организации, имеющие филиалы и (или) представительства; банки; страховщики; негосударственные пенсионные фонды; инвестиционные фонды и другие хозяйствующие субъекты.

Мы согласны с мнением о том, что понятие «субъект малого предпринимательства» должно быть единым для всего круга публично-правовых отношений, связанных с поддержкой малого

¹ Ранее действовавший Федеральный закон от 29 декабря 1995 г. № 222-ФЗ «Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства» (СЗ РФ, 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 4) предоставлял право на применение упрощенной системы налогообложения организациям с численностью работающих до 15 человек. Налоговый кодекс РФ заметно расширил возможности малых предприятий по применению упрощенной системы налогообложения.

предпринимательства¹. Именно в данном направлении следует развивать действующее законодательство о малом предпринимательстве в России.

Порядок создания и ликвидации малых предприятий. Как отмечалось выше, малые предприятия могут быть образованы в различных формах коммерческой организации. Поэтому общий порядок создания юридических лиц применяется к малым предприятиям с учетом особенностей создания отдельных видов коммерческих организаций.

Малые предприятия приобретают свой статус с момента государственной регистрации юридического лица или индивидуально-го предпринимателя. Законодательство не предусматривает какой-либо специальной регистрации; нет и отдельного реестра малых предприятий.

Общие правила гражданского законодательства применяются также к процедуре ликвидации малых предприятий. Применительно к индивидуальным предпринимателям, крестьянскому (фермерскому) хозяйству Федеральным законом от 22 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в ред. от 18 июля 2006 г. № 116-ФЗ) предусмотрены особенности их банкротства (ст. 214—222)² (далее — Закон о несостоятельности 2002 г.).

В литературе было высказано мнение о необходимости введения в законодательный оборот упрощенной процедуры ликвидации малых предприятий³. С таким мнением следует согласиться.

Формы государственной поддержки малого предпринимательства. Закон № 88-ФЗ (ст. 6) называет следующие формы (направления) государственной поддержки малого предпринимательства:

формирование инфраструктуры поддержки и развития малого бизнеса;

создание льготных условий использования малыми предприятиями государственных финансовых, материально-технических и информационных ресурсов, а также научно-технических разработок и технологий;

установление упрощенного порядка регистрации субъектов малого предпринимательства, лицензирования их деятельности, сертификации их продукции, представления государственной статистической и бухгалтерской отчетности;

¹ См.: Коришонов А. Г. Малое предпринимательство: проблемы применения упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 10—11.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

³ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 274.

поддержка внешнеэкономической деятельности малых предприятий, включая содействие развитию их торговых, научно-технических, производственных, информационных связей с зарубежными государствами;

организация подготовки, переподготовки и повышения квалификации кадров для малых предприятий.

Каждое их перечисленных направлений — предмет самостоятельного учебного и научного исследования.

Отметим, что масштабы государственной финансовой поддержки малого предпринимательства в России ничтожно малы, хотя в некоторых экономически сильных регионах такая поддержка возросла в несколько раз. Так, в Свердловской области финансовая поддержка малого предпринимательства за счет областного бюджета в 2004 г. составила 50 млн руб., а в 2005 г. — 53 млн руб. У Свердловской области имеется широкая сеть муниципальных фондов поддержки малого предпринимательства⁴.

§ 5. Предпринимательские объединения

И. Холдинги. В условиях концентрации финансового капитала и его интеграции с промышленным потенциалом российского общества заметно возросла роль холдинговых компаний в реальном секторе экономики. Вместе с тем вопросы, связанные с созданием и деятельностью холдингов, не получили должного правового регулирования. Законодательство не успевает за стремительно развивающимися экономическими отношениями. Рассмотрим коротко некоторые вопросы, представляющие не только практический, но и теоретический интерес.

Понятие холдинга и холдинговых компаний. Термин «холдинг» английского происхождения дословно означает «удержание (закрепление)». Холдинговая (держательская) компания — это организация, владеющая контрольным пакетом других фирм. Понятия «холдинг» и «холдинговая компания» нередко используются в качестве синонимов.

Так, И. С. Шиткина определяет *холдинговую компанию* (читай: холдинг) как совокупность основного (преобладающего) и дочерних (зависимых) хозяйственных обществ. По ее мнению, холдинговая компания есть группа лиц⁵. В свою очередь, под «группой лиц» она (вслед за М. И. Кулагиным) понимает объединение

⁴ См.: Ковалева Г. А., Оглоблин А. А. Экономическое состояние и перспективы развития Свердловской области // Бизнес, менеджмент и право. 2005. № 3. С. 9.

⁵ См.: Шиткина И. С. Предпринимательские объединения: Учебно-практическое пособие. М., 2001. С. 77; Она же. Холдинги как форма предпринимательского объединения. Предпринимательское право в рыночной экономике. М., 2004. С. 203.

юридических лиц, связанных отношениями экономической субординации и контроля; сущность группы в том, что это экономическое единство, состоящее из самостоятельных субъектов права, не являющихся равноправными. Далее названный автор пишет: «Холдинг — не являющееся юридическим лицом объединение коммерческих организаций, не теряющих юридической самостоятельности»¹. И еще один вывод: И. С. Шиткина считает, что холдинг, не являясь юридическим лицом, тем не менее представляет собой предпринимательское объединение с частичной правоспособностью.

Общее определение холдинга сформулировано названным автором в научно-практическом издании 2006 г. *Холдинг* представляет собой форму предпринимательского объединения, т. е. группу организаций (участников), основанную на отношениях экономической зависимости и контроля, участники которой, сохраняя формальную юридическую самостоятельность, в своей предпринимательской деятельности подчиняются одному из участников группы — холдинговой компании (головной организации), которая оказывает определяющее влияние на принятие решений другими участниками группы. Как видим, в более поздней работе И. С. Шиткина проводит различие между холдингом и холдинговой компанией, что само по себе заслуживает внимания.

Академик В. В. Лаптев определяет *холдинг* как производственно-хозяйственный комплекс, который состоит из головной организации (холдинговой компании) и дочерних предприятий². Иначе говоря, по мнению ученого, существует различие между холдингом и холдинговой компаний. При этом используется понятие «дочернее предприятие».

Аналогичной точки зрения придерживается И. А. Лаптев, рассматривая холдинг как производственно-технический комплекс, представляющий собой хозяйственную систему, звеньями которой выступают системообразующий центр (холдинговая компания) и коммерческие организации, согласованно выполняющие общие задачи по обеспечению эффективного функционирования системы в целом³.

Е. В. Рузакова предлагает под *холдингом* понимать совокупность холдинговой компании (основного общества или товарищества), а также двух и более дочерних обществ, которыми холдинговая компания управляет в силу преобладающего участия в их

¹ Шиткина И. С. Предпринимательские объединения: Учебно-практическое пособие. С. 78.

² См.: Лаптев В. В. Субъекты предпринимательского права: Учебное пособие. С. 163.

³ См.: Лаптев И. А. Правовая организация холдинга как производственно-хозяйственного комплекса. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

уставном капитале путем определения принимаемых такими обществами решений¹.

Исследовав различные точки зрения, К. Портной, автор специальной работы, дает свое определение понятия холдинга. *Холдинг* — это группа лиц, которая включает головную компанию (холдинговую компанию) и другие хозяйственные общества, в отношении которых головная компания имеет возможность определять решения, принимаемые ими².

Среди ученых-экономистов также существуют различные взгляды на природу холдинга. По мнению А. В. Бусыгина, *холдинг* (холдинговая компания) — разновидность акционерного общества с более сложной организационной структурой, чем обычное акционерное общество. Однако такое мнение не основывается на положениях Гражданского кодекса РФ в части дочерних и зависимых хозяйственных обществ.

Автор специального (экономического) исследования о холдингах А. Р. Горбунов под холдингом понимает любой хозяйственный субъект, располагающий дочерним предприятием и имеющий возможности контролировать его деятельность⁴. Элементами холдингового объединения являются: головное предприятие, представительства и филиалы, дочерние и зависимые фирмы, другие хозяйственные субъекты, находящиеся в зависимом положении (дилеры, эксклюзивные поставщики, агенты и др.). Нетрудно заметить, что А. Р. Горбунов механически включает в состав холдинга различные элементы: от головного предприятия до коммерческих агентов (дилеров).

Несмотря на то что термин «холдинг» встречается в действующем законодательстве (например, в Законе о банках⁵), однако до сих пор нет легального определения данного понятия. В известной мере указанный пробел восполняется Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных

¹ См.: Рузакова Е. В. Предпринимательские многосубъектные образования: правовая модель и действительность // Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности / Отв. ред. В. С. Белых. Екатеринбург, 2002. С. 218.

² См.: Портной К. Правовое положение холдингов в России: Научно-практическое пособие. М., 2004. С. 12.

³ См.: Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник для вузов. С. 394.

⁴ См.: Горбунов А. Р. Дочерние компании, филиалы, холдинги. Организационные структуры. Консолидированный баланс. Налоговое планирование. М., 1997. С. 24.

⁵ Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 140-ФЗ) // Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492. Далее — Закон о банках.

предприятий» (в ред. от 26 марта 2003 г. № 370), которым было утверждено Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества. Согласно п. 1.1 Положения холдинговой компанией признается предприятие независимо от его организационно-правовой формы, в состав активов которого входят контрольные пакеты акций других предприятий. Предприятия, контрольные пакеты акций которых входят в состав активов холдинговой компании, именуются дочерними¹. Иногда современные исследователи проблем правового статуса холдинга (например, В. С. Мартемьянов) буквально воспроизводят легальное определение данного явления, без учета значительных изменений в экономической жизни страны.

Это определение страдает рядом существенных недостатков. *Во-первых*, по Указу Президента РФ холдинговые кампании образуются в процессе приватизации государственных предприятий. В реальной действительности сфера их распространения далеко выходит за пределы приватизации. *Во-вторых*, холдинговой является не любая коммерческая организация. С точки зрения Гражданского кодекса РФ (ст. 105, 106) дочерние и зависимые общества могут учреждаться только хозяйственными товариществами или обществами. *В-третьих*, экономическая и организационная зависимость дочерних (зависимых) обществ от основного (материнского) общества определяется в силу преобладающего участия последнего в их уставном капитале либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом.

Итак, *холдинг* — это форма предпринимательского объединения (промышленно-хозяйственный или финансовый комплекс), представляющая собой группу взаимосвязанных юридических лиц, в которой холдинговая компания (основное общество, головная компания) вправе управлять деятельностью других участников холдинговых отношений в силу преобладающего участия в их уставном капитале, либо в соответствии с договором, либо иным образом, путем определения принимаемых такими обществами решений в целях выполнения общих задач и обеспечения эффективного функционирования холдинга в целом.

Холдинговая компания — это хозяйственное общество (основная, преобладающая компания), которое в силу преобладающего участия в уставном капитале иных хозяйственных обществ (участников холдинга), либо в соответствии с договором, либо иным образом имеет возможность прямо или косвенно (через третье лицо) определять решения, принимаемые хозяйственными обществами — участниками холдинга².

¹ См.: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 21. Ст. 1731.

² См.: *Портной К.* Указ. соч. С. 13.

Холдинг нельзя рассматривать в качестве организационно-правовой формы коммерческой организации. Гражданский кодекс в какой-то мере (опосредованно) очерчивает юридические контуры холдинга.

Отметим, что хозяйственное общество признается *дочерним*, если другое (основное) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом¹. Эта возможность (когда такое право предусмотрено в договоре с дочерним обществом или уставе дочернего общества) позволяет основному обществу (товариществу) давать обязательные для дочернего общества указания. Основное общество (товарищество) отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным во исполнение таких указаний.

В отличие от дочернего *зависимое хозяйственное общество* признается таковым, если другое (преобладающее, участвующее) общество имеет более 20% голосующих акций акционерного общества или 20% уставного капитала общества с ограниченной ответственностью (ст. 106 ГК). Иначе говоря, преобладающим обществом по отношению к зависимому обществу может быть только хозяйственное общество. Далее, Гражданский кодекс РФ определяет степень участия преобладающего (материнского) общества в уставном капитале хозяйственно зависимого общества: более 20%.

Материнское общество, которое приобрело более 20% голосующих акций акционерного общества или 20% уставного капитала общества с ограниченной ответственностью, обязано незамедлительно опубликовать сведения об этом в порядке, предусмотренном законами о хозяйственных обществах (п. 2 ст. 106 ГК).

Ранее Гражданский кодекс РФ (п. 7 ст. 114) предусматривал возможность создания унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения, другого унитарного предприятия (именуемого дочерним) путем передачи ему в установленном порядке части своего имущества в хозяйственное ведение. Однако в связи с введением в действие со 2 декабря 2002 г. Закона об унитарных предприятиях такая возможность уже отсутствует. Статья 2 гласит: «Унитарное предприятие не вправе создавать в качестве юридического лица другое унитарное предприятие путем передачи ему части своего имущества (дочернее предприятие)». В свою очередь, дочерние предприятия, созданные унитарными предпри-

¹ Подробнее об этом см.: *Звездина Т. М.* Правовое положение дочерних и зависимых хозяйственных обществ. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003.

ятиями до вступления в силу данного Закона, подлежат реорганизации в форме присоединения к создавшим их унитарным предприятиям в течение шести месяцев со дня вступления в силу Закона об унитарных предприятиях (п. 3 ст. 37). Внесены соответствующие изменения в Гражданский кодекс РФ (ст. 48, 54, 113, 114, 115, 300).

Таким образом, сейчас нет правовых оснований для создания холдинга на базе унитарных предприятий. В то же время Закон об унитарных предприятиях (ст. 6) сохраняет необходимые предпосылки для участия унитарных предприятий в коммерческих и некоммерческих организациях. Решение о таком участии может быть принято только с согласия собственника имущества унитарного предприятия.

Что касается представительств и филиалов юридических лиц, то, наш взгляд, они не могут выступать в качестве элементов (субъектов) холдинговой компании. Такая «возможность» предоставляется лишь организациям со статусом юридического лица, и то при наличии определенных обстоятельств. Представительства и филиалы — внешне обособленные подразделения юридического лица. Имущество представительств (филиалов) принадлежит на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления юридическому лицу.

Холдинг — это предпринимательское объединение, создаваемое для управления другими организациями. С этой точки зрения вряд ли можно отнести к элементам холдинга другие хозяйственные субъекты, находящиеся в ином зависимом положении (например, дилеры, эксклюзивные поставщики). Сам по себе статус дилера еще не свидетельствует о наличии системы участия, построенной по типу холдинга.

От управления организациями (объединениями) через органы управления надо отличать доверительное управление имуществом. В последнем случае непосредственно осуществляется управление имуществом организации, на что обращалось внимание в литературе¹.

Классификация холдингов — сложный вопрос, особенно на фоне крайне слабого правового регулирования. В литературе встречаются попытки подразделить холдинги на отдельные виды. В зависимости от того, являются ли холдинговые (головные, материнские) компании исключительно держателями акций других организаций или же наряду с этим сами располагают предпринимательским капиталом и занимаются какой-либо коммерческой деятельностью, холдинги подразделяются на *чистые и смешанные*. *Чистые холдинги*, не осуществ-

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М., 1996. С. 533.

ляя прямо производственно-хозяйственных функций, координируют и направляют деятельность участников холдинга из единого административного центра. Такой вид холдинговой компании, по мнению исследователей, более предпочтителен, нежели смешанный, он в большей степени соответствует природе и основным целям холдинга. В *смешанном холдинге* (наряду с контролем за деятельностью дочерних и зависимых обществ) основное (преобладающее) общество осуществляет самостоятельную предпринимательскую деятельность.

С учетом отраслевой принадлежности дочерних и зависимых обществ различают следующие *виды холдингов*: автомобильный, банковский, промышленный, страховой и т. д. Особое место в этом ряду занимает банковский холдинг. Например, в Законе о банках *банковским холдингом* признается не являющееся юридическим лицом объединение юридических лиц с участием кредитной организации (кредитных организаций), в котором юридическое лицо, не являющееся кредитной организацией (головная организация банковского холдинга), имеет возможность прямо или косвенно (через третье лицо) оказывать существенное влияние на решения, принимаемые органами управления кредитной организации (кредитных организаций). При этом под существенным влиянием в целях настоящего Закона понимаются возможность определять решения, принимаемые органами управления юридического лица, условия ведения им предпринимательской деятельности по причине участия в его уставном капитале и (или) в соответствии с условиями договора, заключаемого между юридическими лицами, входящими в состав банковской группы и (или) в состав банковского холдинга, назначать единоличный исполнительный орган и (или) более половины состава коллегиального исполнительного органа юридического лица, а также возможность определять избрание более половины состава совета директоров (наблюдательного совета) юридического лица (ст. 4 Закона о банках).

Закон о банках проводит разграничения между понятиями «*банковский холдинг*» и «*банковская группа*». Последнее понятие представляет собой объединение кредитных организаций, в котором одна (головная) кредитная организация оказывает прямо или косвенно (через третье лицо) существенное влияние на решения, принимаемые органами управления другой (других) кредитной организации (кредитных организаций).

Состав банковского холдинга включает в себя и кредитные организации, и компании, деятельность которых близко примыкает к банковской, и специализированные организации (лизинговые, ипотечные и др.).

Используя такой критерий, как дислокация деятельности участников холдинговых отношений, можно выделить *транснациональные и национальные холдинги*. Транснациональным является

холдинг, хозяйственные общества которого дислоцируются в различных государствах.

В литературе (наряду с транснациональными и национальными холдингами) выделяют также *региональные холдинги*¹.

В Российской Федерации холдинги можно подразделить на *холдинги, образованные в процессе приватизации государственных предприятий, и холдинги, не имеющие отношения к приватизации*. В качестве примера холдингов, созданных в процессе приватизации, сошлемся на постановление Правительства РФ от 21 декабря 1993 г. № 1311 «Об учреждении лесопромышленных холдинговых компаний»². В нем содержится поручение Госкомимуществу России учредить в установленном порядке лесопромышленные холдинговые компании и внести в их уставные капиталы остающиеся в федеральной собственности пакеты акций акционерных обществ. В названном постановлении предусмотрен также ряд других мер экономического (финансового) и организационного характера.

Холдинги, образованные в процессе приватизации государственных предприятий, были созданы и действуют до сих пор по нормам приватизационного законодательства. Отличительная их особенность — создание холдинговых компаний в волевом (распорядительном) порядке.

В качестве еще одного из значимых классификационных признаков для деления холдингов признается *форма собственности*, которая составляет имущественную основу холдинга. По этому признаку холдинги подразделяются на частные, государственные, муниципальные и смешанные³. На наш взгляд, такая классификация холдингов не бесспорна. *Во-первых*, принимая во внимание то обстоятельство, что холдинг не обладает статусом юридического лица, вряд ли в данном случае можно говорить о такой форме принадлежности имущества, как право собственности. *Во-вторых*, формирование холдингов происходит с участием хозяйственных обществ. Поэтому здесь нет места государственным и муниципальным унитарным предприятиям. Равным образом нельзя классифицировать холдинги на государственные и муниципальные.

Мы также не согласны с выделением смешанного холдинга. В реальной действительности нет и не может быть смешанной формы собственности. Трудно даже представить образование и существование смешанного (публично-частного) холдинга с учетом формы собственности.

¹ См.: Лантев И. А. Правовая организация холдинга как производственно-хозяйственного комплекса. С. 18—19.

² Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 52. Ст. 5143.

³ См.: Лантев И. А. Указ. соч. С. 18; Портной К. Указ. соч. С. 33; Шишкина И. С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление. С. 173—178.

О публичном и частном холдинге можно говорить в контексте способа образования холдинга. Публичные холдинги возникают на основании публично-правового акта помимо воле частных лиц. В свою очередь, частные холдинги образуются по воле частных лиц. Однако могут быть холдинги, сочетающие публично-правовые и частноправовые элементы.

Так, лесопромышленные холдинги созданы на основании публичного акта, т. е. постановления Правительства РФ от 21 декабря 1993 г. № 1311. В тоже время они (холдинги) включают и элементы «частного». Напротив, холдингам, созданным по воле частных лиц, присущи элементы «публичного» (например, антимонопольный контроль).

Следующая классификация холдингов — в зависимости от характера производственных и экономических отношений между участниками холдинга и от способа организации холдингового объединения. Различают горизонтальные, вертикальные и диверсифицированные холдинги¹.

Горизонтальные (или сбытовые) холдинги — предпринимательские объединения хозяйственных обществ, действующих на одном рынке (например, энергетические компании). Они представляют собой объединение однородных бизнесов и обществ, которыми управляет головное хозяйственное общество. Главная цель такого объединения — создание единой системы поставщиков и хозяйственных дочерних обществ, выполняющих функции сбыта товара. Если таких дочерних обществ много, то необходимы единые правила регулирования их деятельности.

По принципу горизонтальной интеграции сформирован, например, холдинг «Северсталь», объединяющий ОАО «Северсталь», Череповецкий сталепрокатный завод, Коломенский тепловозостроительный завод, ОАО «Карельский окатыш», Оленегорский ГОК и другие горнодобывающие и машиностроительные предприятия. Здесь резонно возникает вопрос: насколько указанные предприятия, входящие в состав холдинга «Северсталь», есть объединение однородных бизнесов?

Вертикальные холдинги — это предпринимательские объединения хозяйственных обществ в единый производственный процесс (добыча сырья, переработка, выпуск готовой продукции, ее сбыт). В национальной экономике России вертикальные холдинги получили широкое распространение, особенно их много в нефтяной отрасли. Это — «ЛУКОЙЛ», Сургутнефтегаз, Славнефть, Сиданко, Восточная нефтяная компания, ОНАКО, Башнефть, Татнефть, Роснефть, «Коми ТЭК» и др.

Примером вертикально-интегрированного объединения в металлургии является «Уральская горно-металлургическая компания»,

¹ См.: Портной К. Указ. соч. С. 36—37.

которая объединяет в одну технологическую цепочку предприятия горнодобывающего, металлургического, металлообрабатывающего комплекса, а также стройиндустрии, расположенные в восьми областях России.

Диверсифицированные холдинги представляют собой форму предпринимательского объединения различных бизнесов, действующих на разных рынках. В отличие от вертикальных холдингов рассматриваемый вид холдинга лишен такого существенного признака, как наличие единого технологического процесса: от добычи сырья и до выпуска готовой продукции. Диверсифицированные холдинги встречаются редко. Примером такого вида холдинга можно назвать AVS Group (г. Екатеринбург).

Перечень видов холдингов можно продолжить. Так, И. А. Лаптев с учетом такого признака классификации, как *системообразующий центр холдинга*, выделяет комплексы, в которых управляющим центром выступают: а) специально созданная головная компания; б) кредитно-инвестиционная организация, выступающая в качестве держателя контрольных пакетов акций; в) одно из производственных предприятий, входящих в холдинг, является головной компанией комплекса¹.

Выделяют также финансовый, классический и распределительный холдинг. *Финансовый холдинг* показателен тем, что в нем преобладает такая функция, как финансирование (инвестирование) и, при известных условиях, контроль. Что касается оперативного управления, то данная функция не свойственна головной компании. Пример финансового холдинга на региональном уровне — Уральский финансовый холдинг.

Классическим холдингом являются объединения хозяйственных обществ, контрольный пакет акций которых принадлежит головной (материнской) компании. Подобного рода холдинги называются «классическими» потому, что система распределения имущественных прав между головной компанией и дочерними обществами соответствует в целом мировой практике. В российской промышленности — это Газпром, РАО «ЕЭС», Связьинвест, «Норильский никель» и др.

Распределительный холдинг есть разновидность смешанного (финансово-управляющего) холдинга. В нем в роли головной компании выступают несколько хозяйственных обществ, объединенных принадлежностью или аффилированностью одному лицу или группе совместно действующих лиц. К такому холдингу можно отнести объединение Транснефть.

В литературе, в том числе экономической, называют и другие виды холдингов. Важно отметить два обстоятельства. Во-первых, любая классификация холдингов только тогда имеет практическое

значение, когда получила легальную прописку. Во-вторых, следует упорядочить указанное деление холдингов на отдельные виды, что должно найти отражение в Законе «О холдингах».

Способы создания холдингов. Система участия. В Российской Федерации существуют следующие способы создания холдингов: а) путем приобретения контрольного пакета голосующих акций в акционерном обществе; б) в силу преобладающего участия в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью; в) посредством заключения между материнской компанией и зависимыми (дочерними) обществами договора; г) иные способы, дающие возможность принимать обязательные решения для хозяйственно зависимых и дочерних обществ.

Приобретение контрольного пакета акций акционерных обществ — наиболее распространенный способ создания холдингов. На практике возникает вопрос: что понимается «под контрольным пакетом голосующих акций»? Законодательство, включая и Гражданский кодекс РФ, сохраняет по этому поводу глубокое молчание. И вновь на помощь приходит Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 (п. 1.1), в котором под «контрольным пакетом акций» понимается любая форма участия в капитале предприятия, которая обеспечивает безусловное право принятия или отклонения определенных решений на общем собрании его участников (акционеров, пайщиков) и в его органах управления. Решения о наличии контрольного пакета акций принимаются антимонопольным органом с учетом конкретных особенностей учредительных документов и структуры капитала предприятий. Однако данная формулировка не безупречна во многих отношениях. Так, непонятно, о какой степени участия в капитале другого предприятия идет речь в названном Указе, с тем чтобы обеспечить принятие соответствующих решений.

В литературе справедливо отмечается, что размер доли в уставном капитале дочернего или зависимого общества предопределяется многими обстоятельствами, в том числе структурой капитала и положениями устава общества. Отечественный и мировой опыт показывает, что для осуществления эффективного контроля над деятельностью и управлением дочерних и зависимых обществ достаточно иметь контрольный пакет акций, который может быть значительно меньше 50%. Ввиду распыленности акций среди большего числа акционеров осуществлять контроль возможно, обладая при этом гораздо меньшим процентом акций акционерного общества. Практике известны случаи, когда контрольный пакет составлял несколько процентов уставного капитала.

Специалисты в области управления (менеджмента) выделяют не только контрольный, но и блокировочный пакет акций. Последний позволяет держателям акций в случае необходимости «блокировать» нежелательные решения общего собрания акционе-

¹ Лаптев И. А. Указ. соч. С. 18.

ров. Но это уже другой вопрос, выходящий за пределы рассматриваемой проблемы.

Холдинги могут быть образованы посредством заключения *гражданско-правового договора* между головной компанией и хозяйственными дочерними и зависимыми обществами. Причем изначально образование такого холдинга, условия взаимодействия и взаимозависимости между его участниками определяются договором. Какова юридическая природа данного договора? Этот и другие вопросы не получили нормативного закрепления ни в Гражданском кодексе РФ, ни в иных федеральных законах.

Любопытна в связи с этим норма (291) Закона **ФРГ** об акционерных обществах от 6 сентября 1965 г., в соответствии с которой в особую группу выделяются так называемые предпринимательские договоры. Если акционерное общество или акционерная коммандита подчиняет руководство своего общества другому предприятию, то имеет место *договор подчинения*. Когда компания обязуется отчислить свою прибыль другому предприятию, заключается *договор отчисления прибыли*. С точки зрения данного Закона не является договором подчинения соглашение, по которому независимые друг от друга предприятия подчиняются единому руководству, если при этом одно из них не становится зависимым от другого, заключившего договор предприятия¹.

Система участия (контроля) — это экономическая, организационная и правовая модели взаимоотношений между участниками холдинговой компании. Выделяется несколько уровней такого взаимоотношения. *Первый уровень* связан с фигурой материнской компании (основное, преобладающее общество); *второй* — уровень дочерних и зависимых обществ; *третий* — уровень внучатых компаний. Например, последние учреждаются за счет капитала, принадлежащего компании второго уровня. Число уровней можно было бы продолжить.

В практическом плане интересна модель «центров прибыли», разработчиками которой являются ученые-экономисты. В названных центрах формируется большая часть доходов холдинга. По мнению А. Р. Горбунова, центры обычно совпадают с крупнейшими дочерними фирмами холдинга². Автор также выделяет центры затрат и центры финансовой ответственности. Например, центры затрат контролируют затраты в отдельных подразделениях холдинга. Однако важно перевести эти и другие экономические решения

¹ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран // Сб. нормативных актов: законодательство о компаниях, монополиях и конкуренции: Учебное пособие / Под ред. В. К. Пучинского, М. И. Кулагина. М., 1987. С. 95.

² См.: Горбунов А. Р. Дочерние компании, филиалы, холдинги. Организационные структуры. Консолидированный баланс. Налоговое планирование. С. 58-59.

в плоскость правового регулирования. Как показывает практика, сделать это не всегда возможно.

Проблема холдингов и холдинговых компаний сложная и не достаточно разработанная в юридической науке, а потому она ждет своего исследователя. В порядке постановки можно указать на такие вопросы, как управление холдингом, учет и распределение прибыли, консолидированный учет, баланс и налогообложение и др.

II. Финансово-промышленные группы. Анализ современных тенденций в сфере экономики показывает, что интеграция финансового (банковского) капитала и промышленного потенциала — объективная закономерность возникновения и развития мощных финансово-промышленных объединений. В промышленно развитых странах указанная интеграция практически завершена, созданы и успешно действуют на внутреннем и внешнем рынках немногочисленные (по сравнению с другими предпринимательскими структурами) транснациональные компании (ТНК), финансово-промышленные группы (**ФПГ**), а также иные финансово-промышленные объединения¹. Так, в результате союза банковского и промышленного капиталов США были созданы крупные финансовые объединения в виде семейных групп (Морганов, Рокфеллеров, Меллонов и др.). Интересна практика сращения крупнейших концернов и банков в **ФРГ** (например, финансовые группы «Дойче Банк», «Дрезднер Банк», «Коммерц Банк»). Крупные финансовые объединения действуют во Франции и других европейских государствах².

По оценкам Президента ассоциации финансово-промышленных групп России О. Н. Сосковца, в настоящее время официальный статус **ФПГ** получили более 80 групп. В их состав вошли на добровольной основе 1000 промышленных предприятий и организаций, более 80 финансово-кредитных институтов. Общая численность занятых приближается к 4 млн человек. Группы обеспечили прирост выпуска продукции на 3,5%, объем реализованной про-

¹ В литературе было высказано спорное мнение о том, что **ФПГ** как форма предпринимательского объединения является порождением отечественной экономико-правовой мысли (см.: Шишкина И. С. Предпринимательские объединения: Учебно-практическое пособие. С. 204—205). Ученые-экономисты, напротив, приводят примеры из мирового опыта создания **ФПГ** (см.: Ильин М. С., Тихонов А. Г. Финансово-промышленная интеграция и корпоративные структуры: мировой опыт и реалии России. М., 2002. С. 176—204). С учетом отмены Федерального закона «О финансово-промышленных группах» 1995 г. можно считать, что законодатель в чем-то прислушался к мнению ученых.

² См.: Мовсесян А. Г. Интеграция банковского и промышленного капитала: современные мировые тенденции и проблемы развития в России. М., 1997. С. 62-75.

дукции — на 5%, экспорта — на 10%, инвестиций — на 6%'. Такова статистика, за которой скрывается положительная динамика развития финансово-промышленных групп в России.

В связи с этим одно замечание: ФПГ — это, образно говоря, штучный товар, а потому здесь не следует увлекаться количественными показателями. Наша страна уже пережила биржевой и банковский бум.

Законодательство о ФПГ. Проблема становления и развития финансово-промышленных объединений в Российской Федерации связана не только с политическими, социально-экономическими, но и с юридическими вопросами. Сравнительно недавно (30 ноября 1995 г.) в России был принят Федеральный закон «О финансово-промышленных группах»² (далее — закон о ФПГ), который устанавливал правовые основы создания, деятельности и ликвидации ФПГ. С его принятием утратил юридическую силу Указ Президента РФ от 5 декабря 1993 г. № 2096 «О создании финансово-промышленных групп в Российской Федерации». В связи с принятием Федерального закона от 22 июня 2007 г. № 115-ФЗ прекратил действие Закон о ФПГ³. Что означает на практике данный поворот событий?

Во-первых, законодатель отказался от идеи существования специального закона о ФПГ (равно и Закона о холдингах) по разным причинам. Закон о ФПГ, несмотря на свою молодость, был предметом критики со стороны не только юристов, но и экономистов. Так, В. Д. Рудашевский справедливо отмечал, что названный Закон должен быть актом прямого действия, однако из его 22 статей половина содержит отсылку к административным актам, решениям субъектов Федерации и международным соглашениям практически по всем вопросам, имеющим принципиальное значение⁴. Имелись и конкретные пробелы и недостатки Закона.

Во-вторых, Закон о ФПГ сыграл свою роль в условиях перехода России к рыночной экономике. Затем он оказался невостребованным. В него не было внесено ни одного изменения и дополнения. Как говорится, закон сделал свое дело, закон может уходить на покой!

В-третьих, ст. 15 Закона предусматривала меры государственной поддержки деятельности ФПГ. Среди них — предоставление инвестиционных кредитов и иной финансовой поддержки для

¹ См.: Сосковец О. Н. Формирование крупных корпоративных структур в России: способ защиты внутреннего рынка // Бизнес, менеджмент и право. 2003. № 3. С. 5.

² СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4697.

³ СЗ РФ. 2007. № 26. Ст. 3088.

⁴ См.: Рудашевский В. Д. Правовое положение финансово-промышленных групп: возможности и ограничения // Государство и право. 1998. № 2. С. 36.

реализации проектов ФПГ, а также государственных гарантий для привлечения различного рода инвестиций. Банком России смогли предоставляться банкам — участникам ФПГ льготы, предусматривающие снижение норм обязательного резервирования, изменение других нормативов в целях повышения их инвестиционной активности. Правительством РФ, исполнительными органами субъектов Федерации могли предоставляться иные льготы для участников ФПГ. Государственная поддержка деятельности ФПГ — следующее направление совершенствования законодательства.

В реальной деятельности государство не выполняет взятые обязанности по государственной поддержке ФПГ. Ситуация с финансово-промышленными группами напоминает положение с малым бизнесом. В действующем законодательстве о малом предпринимательстве провозглашен ряд мер по государственной поддержке и стимулированию малого бизнеса. Однако здесь больше законодательной риторики и пафоса.

В-четвертых, в реальной экономике России холдинговые структуры заметно «прибавили в весе» и вытеснили ФПГ из рядов предпринимательских объединений. В какой-то степени этому способствовала имеющаяся путаница в статусе холдинга и ФПГ. Простой пример: холдинги не регистрируются, а ФПГ подлежали регистрации в установленном Законом о ФПГ порядке. Сейчас они (холдинги и ФПГ) поставлены в равное положение. Имело место смешение холдингов и ФПГ по другим точкам пересечения. Например, при создании ФПГ нередко использовалась холдинговая модель построения и управления группой лиц.

В-пятых, судя по скорости принятия закона об утрате юридической силы Закона о ФПГ, бизнес-сообщество России согласно с таким решением, если не больше. Можно с уверенностью сказать, что подконтрольные крупному бизнесу общественные образования пролобировали в Государственной Думе заключительный акт ликвидации Закона о ФПГ.

Тем не менее считаем, что с утратой Закона о ФПГ зарегистрированные финансово-промышленные группы России продолжают существовать. Следовательно, их статус и особенности нуждаются в раскрытии.

Далее, нельзя исключать варианта, при котором законодатель найдет замену ФПГ другим предпринимательским объединением. Даже при отсутствии Закона о ФПГ не исключена возможность появления (создания) новых групп в условиях рыночной экономики. По нашему мнению, российская экономика еще не готова к использованию только рыночных регуляторов. Так, в промышленно развитых странах законодатель не стремится «зарегулировать» статус предпринимательских объединений и в целях поддержания свободы рыночных отношений старается

придать правовым конструкциям гибкость и эластичность¹. Наш вариант совершенствования законодательства о ФПГ — это принятие закона о предпринимательских объединениях, в нем целесообразно поместить как правила общего порядка, так и нормы об отдельных видах объединений (холдингах, ФПГ, пулах, концернах и др.).

Теперь коротко рассмотрим *основные признаки ФПГ*.

1. **ФПГ — совокупность юридических лиц**, действующих как основное и дочерние общества либо полностью или частично объединивших свои материальные и нематериальные активы (система участия) на основе договора о создании такой группы в целях технологической или экономической интеграции для реализации соответствующих целей. ФПГ не является юридическим лицом и не может рассматриваться в качестве объединения юридических лиц в контексте ст. 121 ГК РФ². С точки зрения ст. 121 коммерческие и некоммерческие организации могут добровольно объединиться в ассоциации (союзы) этих организаций. Юридическими лицами являются участники финансово-промышленной группы, а также центральная компания ФПГ, образованная всеми ее участниками.

2. **Финансово-промышленная группа** — это организация в форме предпринимательского объединения, в состав которого входят юридические лица (обязательно наличие организаций, действующих в сфере производства товаров и услуг, а также банков или иных кредитных организаций), созданная участниками группы, как правило, на договорной основе либо по холдинговой модели путем объединения промышленного потенциала и финансового (банковского) капитала в целях защиты общих интересов, координации действий его участников, реализации инвестиционных и иных проектов и программ и проведения единой экономической политики, а также направленных на повышение конкурентоспособности и расширение рынков сбыта товаров и услуг, повышение эффективности производства, создание новых рабочих мест³.

Спор о субъектном составе ФПГ будет схоластичен до тех пор, пока государство в лице компетентных органов четко не оп-

¹ См.: Ильин М. С, Тихонов А. Г. Финансово-промышленная интеграция и корпоративные структуры: мировой опыт и реалии России. С. 95.

² См.: Герасимов О. А. Правовое положение финансово-промышленных групп в Российской Федерации. Екатеринбург, 2007. С. 74—75 и др.

³ Подробнее об этом см.: Михайлов Н. И. Правовая организация финансово-промышленных групп в России: состояние и перспективы. М., 2005. С. 32—39; Герасимов О. А. Правовое положение финансово-промышленных групп в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 7, 8, 16—18; Лантев В. А. Правосубъектность предпринимательских объединений. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9, 14—15.

ределит свою позицию в отношении этих особых субъектов предпринимательской деятельности: ФПГ — это либо «штучный товар», либо «товары массового производства». В первом случае субъектный состав ФПГ должен быть заметно ограничен. Участниками группы могут быть, на наш взгляд, только коммерческие организации. При таком подходе в составе ФПГ нет места некоммерческим организациям, индивидуальным предпринимателям, а также физическим лицам (гражданам). Напротив, во втором случае ФПГ превращается в продукт широкого применения, в создании и деятельности которого могут принимать участие все, кто захотел.

3. До отмены Закона о ФПГ существовала обязательная регистрация финансово-промышленной группы по решению полномочного государственного органа. ФПГ приобретали статус группы с момента государственной регистрации. В настоящее время такая регистрация отменена.

4. В составе ФПГ ведущую роль играет *центральная компания* группы, учрежденная всеми участниками договора о создании финансово-промышленной группы или являющаяся по отношению к ним основным обществом и уполномоченным в силу закона или договора на ведение дел группы. Иначе говоря, центральная компания — это, как правило, материнская компания (основное хозяйственное общество).

Классификация финансово-промышленных групп. ФПГ можно подразделить на виды с учетом разных критериев¹. В зависимости от способа их формирования можно выделить группы, созданные: а) по классической холдинговой модели; б) «системе участия» на договорной основе; в) смешанному принципу с использованием элементов холдинговой модели и «системы участия» на договорной основе. ФПГ первого вида представляют собой предпринимательское образование, основанное на «системе участия», экономической субординации и корпоративном контроле. ФПГ второго вида есть добровольное договорное предпринимательское образование. Именно эта классификация имеет принципиальное значение для понимания правовой природы финансово-промышленных групп.

По характеру специализации и кооперации ФПГ можно классифицировать на вертикальные, горизонтальные и диверсифицированные группы. **ФПГ вертикального типа** представляют собой совокупность предприятий-участников, участвующих в выпуске одной и той же продукции, но на разных стадиях производства. Примером такой группы может служить ФПГ «Магнитогорская

¹ Подробнее о классификации ФПГ см.: Михайлов Н. И. Указ. соч. С. 39—55.

сталь». Для групп вертикального типа характерно наличие широких хозяйственных связей между участниками.

В горизонтальных ФПГ предприятия-участники осуществляют производство на одних и тех же стадиях или производят одну и ту же продукцию. Здесь уже нет тесных кооперационных связей в целях обеспечения производства конечной (готовой) продукции. Консолидирующим началом в этих ФПГ выступает выработка и реализация участниками группы согласованной маркетинговой политики, организация научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по фундаментальным направлениям обновления выпускаемой продукции и т. д.

Диверсифицированные ФПГ — это группы, в состав которых входят, с одной стороны, однопрофильные либо связанные между собой предприятия, с другой — предприятия, которые не взаимодействуют с другими участниками группы, а также между собой. Примером данного вида группы является ФПГ «Интеррос», включающая предприятия металлургии, химической промышленности, машиностроения, транспорта и др.

По процедуре создания выделяют: группы, созданные в добровольном порядке; группы, образованные по инициативе федеральных органов исполнительной власти либо соответствующих органов субъектов Федерации.

С учетом так называемого *центра формирования* ФПГ различают: группы, сформированные одной компанией, во главе которой могут быть промышленное предприятие, кредитно-инвестиционная организация, научно-исследовательский институт, торговая компания.

По признаку размещения и регистрации участников финансово-промышленные группы подразделяются на транснациональные, национальные (федеральные) и региональные.

Наряду с основными видами ФПГ в литературе выделяют: а) крупные, средние и малые ФПГ (в зависимости от размера и производственного потенциала) ФПГ де-юре и ФПГ де-факто. Первые группы зарегистрированы в установленном законом порядке, вторые — не зарегистрированы (неформальные ФПГ). Встречаются и другие виды ФПГ.

Итак, с точки зрения гражданского законодательства ФПГ не являются юридическими лицами, т. е. субъектами гражданского права. Однако это не исключает возможности рассматривать их в качестве субъектов предпринимательской деятельности, равно как субъектов других отраслей права (преимущественно публичного права). Участники ФПГ сохраняют свою юридическую самостоятельность при вхождении в группу.

III. Иные формы предпринимательских объединений. За рамками действующего законодательства остались такие предпринимательские объединения, как концерны, консорциумы, тресты и др., хотя

на практике они существуют. Например, государственное предприятие — концерн «Росэнергоатом» организует участие атомных электростанций в работе федерального оптового рынка электроэнергии, координирует их деятельность в области производства электроэнергии. Указом Президента РФ от 18 мая 1995 г. № 496 была одобрена инициатива организаций в создании ими финансово-промышленной группы «Российский авиационный консорциум». Аналогичные примеры можно привести в отношении синдикатов, трестов и иных предпринимательских объединений.

Вместе с тем не всегда использование терминов «концерн», «консорциум» и др. соответствует их содержанию. Так, в названном Указе Президента РФ поставлен знак равенства между понятиями «финансово-промышленная группа» и «консорциум». А концерн «Росэнергоатом» существует в форме государственного унитарного предприятия.

По своей экономико-правовой сути *концерн* представляет собой предпринимательское объединение, в состав которого входят производственные единицы и юридические лица с целью концентрации производства какой-либо продукции. Концерн является субъектом права, а производственные единицы не обладают статусом юридического лица. Система концерна предполагает устойчивую связь между всеми участниками. При этом создание концерна рассчитано на длительный период.

Органы управления концерна осуществляют руководство входящими в его состав производственными единицами и юридическими лицами. В рамках концерна происходит централизация управления многими производственными процессами, включая образование централизованных фондов и резервов, а также сбыт и реализацию готовой продукции.

Консорциум, в отличие от концерна, не является юридическим лицом, тогда как входящие в состав консорциума участники сохраняют свою юридическую самостоятельность при заключении консорциального соглашения. К признакам консорциума относятся также ограниченность существования во времени (как правило, на время выполнения одного проекта); специфика субъектного состава — только предприниматели; цель — осуществление конкретного проекта по заказу третьего лица.

Выделяют *два вида консорциумов*: первый основан на договоре простого товарищества, в рамках которого партнеры объединяют вклады, несут хозяйственные риски от общей деятельности и распределяют полученную от этой деятельности прибыль. Второй вид консорциума также основан на договоре, но в отличие от договора простого товарищества данный договор регулирует отношения между партнерами и каждым из них с заказчиком в целях координации действий партнеров для достижения согласованных действий. В свою очередь, между каждым партнером и заказчи-

ком заключены отдельные договоры. Партнеры этого вида консорциума несут непосредственную ответственность перед заказчиком и получают от него вознаграждение в соответствии с условиями заключенных с ним договоров¹. Такой вид консорциума получил в международной хозяйственной практике название «простой консорциум».

В законодательстве промышленно развитых стран консорциум рассматривается в качестве «неинкорпорированного совместного предприятия» (unincorporated joint venture) или «ненастоящего совместного предприятия» (non-equity joint venture)². Взаимоотношения участников консорциума определяются специальным гражданско-правовым договором.

В российском законодательстве можно обнаружить сходные с консорциумом правовые модели. Например, банковская группа смоделирована по типу консорциума. Она (группа) образуется для решения совместных задач путем заключения соответствующего договора между двумя или более кредитными организациями.

Такая форма предпринимательского объединения, как *синдикаты*, не известна отечественному законодательству. В большинстве случаев термин «синдикат» приравнивается к понятию «консорциум». Однако синдикат наделен и специфическими признаками, что дает право рассматривать его в качестве самостоятельной формы предпринимательского объединения картельного типа. В связи с этим мы разделяем мнение тех ученых, которые определяют синдикат через родовое понятие «картель»³.

В качестве основных можно выделить следующие признаки: объединение не ограничено временными параметрами;

сложная юридическая природа объединения — уставный характер сбытовой конторы в сочетании с договорным характером связей с ней остальных участников;

субъекты предпринимательской деятельности обычно из одной отрасли промышленности;

цель — организация сбыта;

добровольность договорного ограничения коммерческой самостоятельности участников⁴.

Природа синдикатов делает их сходными с холдингами, на что справедливо обращалось внимание в литературе. Однако

¹ См.: Шишкина И. С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление. С. 101.

² См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник/Отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 362—363.

³ Обзор точек зрения по этому вопросу см.: Шишкина И. С. Указ соч. С. 106—108.

⁴ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник. С. 258—259.

у синдикатов имеется одно существенное отличие — наличие сбытовой конторы, которая не выполняет роли материнской компании. И не только. Как отмечалось выше, холдинг представляет собой предпринимательское объединение, построенное по схеме «материнская (преобладающая) компания — участники холдинга (зависимые и дочерние общества)».

К числу предпринимательских объединений, оформленных договором простого товарищества, относятся пулы. Пул — это добровольная договорная форма объединения субъектов предпринимательской деятельности, действующая, как правило, в сфере услуг: биржевых, патентных, страховых, торговых, транспортных и др. Смысл пула заключается в консолидации средств его участников для совместной деятельности и распределении доходов в конце так называемого пульного периода.

В качестве примера можно привести страховые и перестраховочные пулы, которые в силу ст. 14.1 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела» (в ред. от 21 июля 2005 г. № 104-ФЗ)¹ действуют на основании договора простого товарищества в целях обеспечения финансовой устойчивости страховых операций по отдельным видам страхования. Страховые и перестраховочные пулы получили широкое применение в международной практике. Страхование крупных техногенных и экологических, ядерных и иных опасных рисков успешно проводится подобными объединениями состраховщиков.

§ 6. Некоммерческие организации как субъекты предпринимательской деятельности

Законодательство о некоммерческих организациях. Основными нормативными актами, регулирующими правовое положение некоммерческих организаций, являются Гражданский кодекс РФ и Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в ред. от 30 декабря 2006 г. № 276-ФЗ)², предусматривающие общие положения, распространяющиеся на все формы некоммерческих организаций. Наряду с ними существует перечень специальных федеральных законов, в которых присутствует дополнительная регламентация отдельных форм некоммерческих организаций. К их числу относятся: Закон РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах в российской Федерации)» (в ред. от

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 1993. № 6.

² СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145. Далее — Закон о некоммерческих организациях.

21 марта 2002 г. № 31-ФЗ)¹, Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (в ред. от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ)². Специальные законы приняты в отношении торгово-промышленных палат³, негосударственных пенсионных фондов⁴, Центрального банка РФ (Банка России)⁵, объединений работодателей⁶. Сравнительно недавно, 3 ноября 2006 г., принят Федеральный закон «Об автономных учреждениях»⁷.

Перечень федеральных законов, определяющих статус некоммерческих организаций, можно было бы продолжить. Но в этом нет необходимости. Важно другое: статус некоммерческих организаций как субъектов гражданского права определяется актами федерального уровня. По мнению авторов Концепции развития корпоративного законодательства, в настоящее время открытый перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций привел к неоправданному увеличению количества видов некоммерческих организаций. Так, число зарегистрированных некоммерческих организаций уже превысило в три раза число созданных акционерных обществ.

Понятие и признаки некоммерческой организации. В соответствии с п. 1 ст. 50 ГК *некоммерческая организация* — это юридическое лицо, не имеющее в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли и не распределяющее полученную прибыль между участниками. Некоммерческие организации могут создаваться для достижения социальных, благотворительных, культурных, образовательных, научных и управленческих целей, охраны здоровья граждан, развития физической культуры и спорта, удовлетворения духовных и иных нематериальных потребностей граждан, защиты прав и законных интересов граждан и организаций, разрешения споров и конфликтов, оказания юридической помощи, а также в иных целях, направленных на достижение общественных благ (п. 2 ст. 2 Закона о некоммерческих организациях).

¹ Первоначально текст документа опубликован: Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1788. Далее — Закон о потребительской кооперации.

² СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930. Далее — Закон об общественных объединениях.

³ Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1309.

⁴ Федеральный закон от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» // СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2071. Далее — Закон об НПФ.

⁵ Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (в ред. от 18 июня 2005 № 61-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790. Далее — Закон о ЦБ.

⁶ Федеральный закон от 27 ноября 2002 г. № 156-ФЗ «Об объединениях работодателей» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4741.

⁷ СЗ РФ. 2006. № 45. Ст. 4626. Далее — Закон об АУ.

Законодатель указывает на два основных признака некоммерческих организаций. *Первый* — отсутствие извлечения прибыли в качестве основной цели деятельности. *Второй* — полученная прибыль не может быть распределена между участниками некоммерческой организации.

В реальной действительности порой невозможно отграничить основную цель деятельности некоммерческой организации от неосновной. Многие некоммерческие организации формально не преследуют в качестве основной цели извлечение прибыли, но фактически стремятся и получают огромные доходы от предпринимательской деятельности.

В литературе указывается на неубедительность известного способа деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации. Отмечается, что проблема состоит не столько в выборе подходящих критериев разграничения, сколько в последовательном их применении к тем или иным видам юридических лиц¹. Примером такой непоследовательности законодателя является потребительский кооператив. Согласно п. 5 ст. 116 ГК доходы, полученные потребительским кооперативом от предпринимательской деятельности, осуществляемой им в соответствии с законом и уставом, распределяются между его членами.

Перечисленные недостатки понятия некоммерческой организации вынуждают ученых и практиков искать альтернативные конструкции их обособления, например, деление на предпринимательские (прибыльные) и непредпринимательские (бесприбыльные) организации².

Организационно-правовые формы некоммерческой организации. Некоммерческие организации могут создаваться в организационно-правовых формах, предусмотренных Гражданским кодексом РФ и другими федеральными законами (п. 3 ст. 50 ГК). Это означает, что перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций не является исчерпывающим.

Гражданский кодекс РФ называет пять организационно-правовых форм некоммерческих организаций: потребительские кооперативы, общественные и религиозные организации (объединения), фонды, учреждения, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы). Специальные законы заметно расширяют данный перечень организационно-правовых форм.

Закон о некоммерческих организациях дополняет перечень тремя формами некоммерческих организаций: государственная

¹ См.: Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. С. 199 (автор § 7 гл. 7 — И. В. Елисеев).

² См.: Бельх В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. С. 141.

корпорация, некоммерческое партнерство, автономная некоммерческая организация.

Закон о потребительской кооперации называет в качестве самостоятельных форм некоммерческих организаций потребительские общества и потребительские союзы.

Закон РФ от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» регламентирует деятельность нотариальных палат.

Закон об общественных объединениях определяет статус общественных организаций, движений, фондов, учреждений, органов общественной самостоятельности и политических партий.

Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»¹ допускает создание садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ.

Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»² определяет статус коллегий адвокатов, адвокатских палат субъектов Федерации и Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации.

Жилищный кодекс РФ регламентирует правовое положение товариществ собственников жилья.

Специальные законы приняты в отношении торгово-промышленных палат, негосударственных пенсионных фондов, Центрального банка РФ (Банка России), объединений работодателей и др.

Не всегда организационно-правовая форма отражает коммерческий или некоммерческий характер деятельности юридического лица. Например, форма некоммерческого партнерства представляется довольно близкой по своей природе к обществу с ограниченной ответственностью. При этом нельзя смешивать форму юридического лица и техническое название организации: биржа, коммерческий банк, центр и т. д. С этой точки зрения фондовая биржа не является организационно-правовой формой.

Законодательство о некоммерческих организациях страдает противоречивостью в отношении организационно-правовых форм некоммерческих организаций.

Так, в силу п. 2 ст. 50 ГК некоммерческие организации могут создаваться в форме общественных организаций (объединений). В свою очередь, Закон об общественных объединениях (ст. 7) дифференцирует организационно-правовые формы общественных объединений. Общественные объединения могут создаваться в одной из следующих *организационно-правовых форм*: общественная организация; общественное движение; общественный фонд; об-

¹ СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1801.

² СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

щественное учреждение; орган общественной самостоятельности; политическая партия.

Не случайно в концепции развития корпоративного законодательства недвусмысленно заявлено о необходимости установить в Гражданском кодексе исчерпывающий перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций. Можно не соглашаться с таким предложением, но факты — упрямая вещь. В этой части регулирования обнаруживается беспорядок.

Классификация некоммерческих организаций. Некоммерческие организации могут быть классифицированы по различным критериям:

- 1) по форме собственности;
- 2) правам учредителей (участников) в отношении некоммерческих организаций или их имущества;
- 3) наличию института членства;
- 4) присутствию иностранного элемента;
- 5) территориальной сфере деятельности. Коротко рассмотрим основные виды организаций.

В зависимости от формы собственности некоммерческие организации делятся на публичные (государственные и муниципальные учреждения, государственные корпорации, Банк России) и частные (все остальные).

Согласно п. 2 ст. 48 ГК учредители (участники) некоммерческой организации, как и иных юридических лиц, могут иметь обязательственные права в отношении некоммерческой организации или вещные права на ее имущество либо не иметь каких-либо имущественных прав. Так, учреждения и Банк России не являются собственниками вверенного им имущества, право собственности сохраняется за их учредителями. Участники потребительских кооперативов и некоммерческих партнерств приобретают обязательственные права в отношении самих некоммерческих организаций, утрачивая при этом право собственности на переданное имущество. Не имеют ни вещных, ни обязательственных прав учредители фондов и автономных некоммерческих организаций.

Организационно-правовые формы потребительских кооперативов, объединений юридических лиц (ассоциаций и союзов), товариществ собственников жилья, иных организации подразумевают *членство* их участников (учредителей), тогда как, например, в фондах и автономных некоммерческих организациях такой институт исключен.

Наличие (отсутствие) иностранного элемента и его размер позволяет выделять национальные некоммерческие организации, с иностранным участием, а также иностранные некоммерческие организации.

В зависимости от территориальной сферы деятельности некоторые некоммерческие организации (например, общественные ор-

ганизации) можно подразделить на международные, общероссийские, межрегиональные, региональные и местные.

Правоспособность некоммерческих организаций. Все некоммерческие организации обладают специальной правоспособностью. Они могут осуществлять один или несколько видов деятельности, не запрещенных законодательством и, подчеркнем, соответствующих целям деятельности, которые предусмотрены учредительными документами. Таким образом, по общему правилу объем специальной правоспособности каждой некоммерческой организации зависит от воли ее учредителей, которые определяют цели и виды деятельности некоммерческой организации. На практике при создании некоммерческой организации зачастую нет четкого представления обо всех будущих направлениях ее деятельности. По этой причине учредители стремятся указать максимальный перечень целей и видов деятельности, доходя порой до абсурда.

Коммерческим организациям законодательство предоставляет широкие возможности в части выбора наиболее эффективного варианта поведения с точки зрения цели предпринимательской деятельности (получения прибыли). Такие возможности обеспечиваются наделением коммерческих организаций рядом свобод, и прежде всего широкой, практически неограниченной правоспособностью. Юридическим лицам, созданным не для получения прибыли, способность иметь любые права и принимать на себя любые обязанности не только не нужна, но может оказаться опасной, ибо создает потенциальные условия для уклонения их от целей, ради которых они образованы. Кроме того, некоммерческие организации не являются профессиональными участниками гражданского (добавим — предпринимательского) оборота. Выступление их в роли самостоятельных юридических лиц обусловлено в первую очередь необходимостью материального обеспечения основной деятельности, не связанной с осуществлением предпринимательства.

Право некоммерческих организаций (как и коммерческих) осуществлять деятельность, на занятие которой необходимо получение лицензии, возникает с момента получения такой лицензии или в указанный в ней срок и прекращается по истечении срока ее действия, если иное не установлено законом или иными правовыми актами.

Согласно п. 3 ст. 50 ГК некоммерческие организации вправе заниматься предпринимательской деятельностью с обязательным соблюдением двух требований:

- а) такая деятельность должна служить достижению целей, ради которых они созданы;
 - б) характер деятельности должен соответствовать этим целям.
- Доходы, полученные в результате осуществления предпринимательской деятельности, направляются на достижение целей, предусмотренных учредительными документами некоммерческой

организации. Надо согласиться с тем, что в современных условиях ни одно юридическое лицо не может существовать только на взносы учредителей и пожертвования. Полученная в результате предпринимательской деятельности прибыль используется некоммерческой организацией на покрытие расходов, связанных с той непредпринимательской деятельностью, ради которой она была образована.

Развивая положения Гражданского кодекса РФ, Закон о некоммерческих организациях устанавливает, что предпринимательской деятельностью некоммерческой организации признаются приносящее прибыль производство товаров и оказание услуг, отвечающих целям создания организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие в хозяйственных обществах и товариществах на вере в качестве вкладчика (п. 2 ст. 24). Некоммерческие организации в интересах достижения целей, предусмотренных их учредительными документами, вправе создавать другие некоммерческие организации и вступать в ассоциации и союзы (п. 4 ст. 24 Закона).

Законом могут предусматриваться ограничения видов деятельности, которыми вправе заниматься некоммерческие организации, в том числе по поводу осуществления предпринимательской деятельности (п. 1,2 ст. 24 Закона о некоммерческих организациях). Это правило корреспондирует с нормами п. 3 ст. 55 Конституции РФ и п. 2 ст. 1 ГК, устанавливающими, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Все правовые ограничения предпринимательской деятельности некоммерческих организаций следует разделить на две основные группы: прямые и косвенные.

Прямые ограничения предполагают наличие четких нормативных запретов. Например, в соответствии с п. 5 ст. 9 Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях»¹ не допускается деятельность политических партий и их структурных подразделений в органах государственной власти и органах местного самоуправления (за исключением законодательных (представительных) органов), запрещается вмешательство политических партий в учебный процесс образовательных учреждений.

Косвенные ограничения, как правило, исключают возможность некоммерческих организаций совершать определенные действия (деятельность) посредством указания на исчерпывающий перечень иных субъектов соответствующих отношений. Так, некоммерче-

¹СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950.

ские организации не могут быть участниками полных товариществ и полными товарищами в товариществах на вере (п. 4 ст. 66 ГК), стороной договора коммерческой концессии (п. 3 ст. 1027 ГК) и простого товарищества, заключенного для осуществления предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 1041 ГК). Исключается деятельность некоммерческих организаций в качестве финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования (ст. 825 ГК), а также кредитной организации (ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности) и пр.

Некоммерческие организации не вправе совершать сделки, противоречащие целям и видам их деятельности. Такие сделки являются ничтожными на основании статьи 168 ГК, а в некоторых случаях могут послужить поводом для ее принудительной ликвидации (п. 2 ст. 61 ГК).

Глава 4

СОЗДАНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

§ 1. Порядок и способы создания субъектов предпринимательства

Создание субъектов предпринимательства представляет собой процесс, состоящий из ряда стадий, на каждой из которых совершаются действия как правового характера, так и фактические. В литературе процесс создания юридического лица называют юридическим составом, системой взаимосвязанных организационных отношений¹.

На *первой стадии* формируется состав учредителей, предварительно согласовываются организационно-правовая форма организации, структура ее органов, состав и стоимость вносимого в уставный капитал имущества, а также распределение долей между учредителями, разрабатывается проект учредительных документов. При формировании состава участников необходимо учитывать установленные законодательством ограничения по составу участников и их количеству. Так, число учредителей обществ с ограниченной ответственностью и закрытых акционерных обществ не должно превышать 50 (п. 3 ст. 7 Закона об АО, п. 3 ст. 7 Закона об ООО), причем государственные органы и органы местного самоуправления не могут выступать учредителями хозяйственных обществ, за исключением предусмотренных законом случаев (п. 4 ст. 66 ГК, аналогичная норма имеется в вышеуказанных законах). Число членов производственного кооператива не может быть менее пяти (ст. 4 Закона о производственных кооперативах). Учредителем унитарного предприятия может быть только одно соответствующее публично-правовое образование. Существуют и некоторые другие ограничения, которые необходимо учитывать. Например, в соответствии с п. 2 ст. 88 и п. 6 ст. 98 ГК учредителем хозяйственного общества не может быть другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица.

В отношении вопроса о вносимом в уставный капитал имуществе учредителям следует определиться с составом имущества, оценкой вкладов, размером уставного капитала, со сроками вне-

¹ См.: Захаров В. А. Правовое регулирование создания юридических лиц. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 5, 10.

сения имущества¹. Подробнее вопрос о формировании уставного капитала рассмотрен в соответствующих параграфах главы 3 настоящего учебника.

Как правило, на первой стадии создания юридического лица кем-либо из учредителей разрабатывается проект *учредительных документов* для последующего официального утверждения на учредительном собрании. Состав учредительных документов зависит от организационно-правовой формы: для общества с ограниченной ответственностью учредительными документами являются устав и учредительный договор; для унитарного предприятия, акционерного общества и производственного кооператива — устав; товарищества действуют на основании учредительного договора. Перечень учредительных документов, предусмотренных в Гражданском кодексе РФ и федеральных законах, носит исчерпывающий характер.

Требования, предъявляемые к содержанию учредительных документов, определены Гражданским кодексом и законами об отдельных видах юридических лиц.

В уставах любых коммерческих организаций независимо от организационно-правовой формы должны содержаться сведения о фирменном наименовании, месте нахождения организации, структуре и компетенции органов управления, а также порядке принятия ими решений,

В уставе общества с ограниченной ответственностью дополнительно должны содержаться сведения о величине уставного капитала, размере и номинальной стоимости доли каждого участника, их правах и обязанностях, порядке выхода из общества, перехода доли участника к другому лицу и некоторые другие (п. 2 ст. 12 Закона об ООО).

Устав акционерного общества должен содержать сведения о типе общества (открытое или закрытое), количестве, номинальной стоимости, категории (обыкновенные, привилегированные) акций, правах акционеров-владельцев акций каждой категории и некоторые другие сведения.

¹ В отношении сроков оплаты уставного капитала ст. 90 ГК содержит достаточно странную, на наш взгляд, норму, предусматривающую необходимость оплаты половины уставного капитала на момент государственной регистрации. Очевидно, что при отсутствии субъекта имущество, составляющее взносы учредителей в уставный капитал, передавать некому. По этой причине данная норма в настоящее время на практике не применяется. В связи с этим удачным представляется решение, принятое законодателем в Законе об унитарных предприятиях, согласно ст. 13 которого уставный капитал унитарного предприятия должен быть сформирован в течение трех месяцев со дня регистрации предприятия, и в Законе о банках, устанавливаемом (ст. 15) обязанность полной оплаты уставного капитала банка в течение месяца со дня получения уведомления о его государственной регистрации.

В уставе унитарного предприятия должны быть определены цели, предмет, виды его деятельности, поскольку из всех видов коммерческих организаций унитарные предприятия единственные, имеющие специальную (целевую) правоспособность. Кроме того, устав унитарного предприятия должен содержать сведения об органе, осуществляющем полномочия собственника имущества предприятия, размере уставного фонда унитарного предприятия, порядке, источниках его формирования, а также о направлениях использования прибыли (п. 3 ст. 9 Закона об унитарных предприятиях).

В уставе производственного кооператива необходимо предусмотреть положения, касающиеся характера и порядка трудового и иного участия членов кооператива в его деятельности, размера и условий субсидиарной ответственности членов кооператива по его долгам, оснований и порядка исключения и выхода из кооператива (ст. 5 Закона о производственных кооперативах).

В тех случаях, когда учредительным документом юридического лица является учредительный договор, законодательство определяет требования к его содержанию — п. 1 ст. 12 Закона об ООО, ст. 70, 83 ГК.

Одной из задач первого, подготовительного этапа создания субъекта предпринимательства является *выбор его фирменного наименования и определение места нахождения*. К сожалению, в Российской Федерации отсутствуют правила, устанавливающие поиск избираемого учредителями фирменного наименования на новизну. В соответствии со ст. 51 ГК и нормами Закона о регистрации юридических лиц фирменное наименование включается в единый реестр юридических лиц, являющийся федеральным информационным ресурсом, что, однако, не исключает существования огромного числа юридических лиц, имеющих одинаковые фирменные наименования. Ранее, когда регистрация осуществлялась не налоговыми органами, как сейчас, а органами местного самоуправления, последние зачастую устанавливали свои собственные критерии определения оригинальности, новизны фирменных наименований. Вероятно, данная ситуация будет разрешена в готовящемся проекте закона о фирменных наименованиях, принятие которого предусмотрено ст. 54 ГК. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что в течение последних нескольких лет арбитражными судами сформирована определенная практика, позволяющая запрещать использование фирменного наименования, идентичного или схожего до степени смешения с ранее зарегистрированным другой организацией, осуществляющей деятельность на той же территории или в той же сфере предпринимательства¹.

¹ См.: постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 марта 2002 г. № 4193/01; от 9 февраля 1999 г. № 7570/98; постановления Федерального арбитражного суда Уральского округа от 22 октября 2002 г. № Ф09-2622/02-ГК от 25 января 2000 г. № Ф09-1858 / 99-ГК.

Соответственно при избрании того или иного фирменного наименования следует произвести анализ рынка и убедиться в отсутствии субъекта предпринимательства с идентичным (схожим до степени смешения) фирменным наименованием. Требования к содержанию фирменного наименования установлены Гражданским кодексом и в большей степени законами об отдельных видах юридических лиц. Так, ст. 54 ГК предусматривает обязательность указания в фирменном наименовании на организационно-правовую форму организации, причем в отдельных случаях, установленных специальными законами, с использованием строго определенных терминов — «с ограниченной ответственностью», «муниципальное предприятие» — для унитарных предприятий, находящихся в собственности муниципального образования, и т. д.

В соответствии с п. 2 ст. 54 ГК место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, которая осуществляется, в свою очередь, по месту нахождения его исполнительного органа. По месту нахождения субъекта предпринимательства с ним осуществляется связь; кроме того, в отдельных случаях место исполнения гражданско-правового обязательства определяется местом нахождения организации (ст. 316 ГК).

На *второй стадии* создания субъекта предпринимательства проводится учредительное собрание, на повестку которого выносятся следующие вопросы: создание организации; утверждение устава и (или) заключение учредительного договора либо договора о создании; избрание единоличного исполнительного органа, членов коллегиальных органов создаваемого юридического лица; определение лица, которому будет поручено осуществлять действия по государственной регистрации субъекта предпринимательства.

На собрании учредителей ведется протокол. Учредительное собрание не проводится, если у создаваемой организации всего один учредитель.

§ 2. Государственная регистрация субъектов предпринимательства

Государственная регистрация организации является последним, завершающим этапом создания юридического лица. Учредители готовят пакет документов, предусмотренный ст. 12 Закона о регистрации юридических лиц, для последующего представления в регистрирующий орган:

1. Заявление о государственной регистрации, составляемое по форме, утвержденной Правительством РФ¹. Заявление подпи-

¹ См.: постановление Правительства РФ от 19 июня 2002 г. № 439 «Об утверждении форм и требований к оформлению документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, а также физических лиц в качестве предпринимателей» (в ред. от 22 мая 2006 г. № 302). Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2586.

сывается либо одним из учредителей, либо руководителем регистрируемого юридического лица, избранным на учредительном собрании. Подпись данного лица должна быть удостоверена нотариально.

2. Протокол учредительного собрания (решение учредителя о создании субъекта предпринимательства, если учредитель один).

3. Учредительные документы регистрируемой организации.

4. Документ об уплате государственной пошлины.

Если одним из учредителей выступает иностранное юридическое лицо, в регистрирующий орган должна быть представлена выписка из реестра иностранных юридических лиц страны инкорпорации этого юридического лица, подтверждающая его статус.

Государственная регистрация осуществляется в течение пяти дней *налоговым органом по месту нахождения исполнительного органа создаваемой организации*. Для товариществ местом регистрации является место нахождения одного из учредителей.

Документы представляются в регистрирующий орган непосредственно или направляются почтовым отправлением с объявленной ценностью и описью вложения.

Отказ от государственной регистрации согласно ст. 23 Закона о регистрации юридических лиц допускается лишь в случае непредставления необходимых для государственной регистрации документов либо представления документов в ненадлежащий регистрирующий орган. Данный набор оснований для отказа в регистрации означает, что налоговый орган не вправе отказать в регистрации по мотиву несоответствия *содержания* учредительных документов законодательству. Заметим, что в настоящее время налоговые органы вообще не проводят экспертизу учредительных документов на предмет соответствия их законодательству, в отличие от органов местного самоуправления при действовавшем ранее порядке регистрации.

Налоговый орган принимает решение о государственной регистрации, которое является основанием для внесения записи в государственный реестр, причем *с момента внесения такой записи государственная регистрация считается состоявшейся* (п. 2 ст. 51 ГК), а субъект предпринимательства — созданным.

Ранее организации после образования были обязаны самостоятельно встать на учет в государственных внебюджетных фондах; в настоящее время налоговый орган в течение пяти дней сам направляет сведения в эти фонды для регистрации субъекта предпринимательства в качестве страхователя.

Наряду с изложенной общей процедурой создания юридического лица существуют *специальные процедуры*. К ним относится создание субъекта предпринимательства в процессе приватизации,

что регламентируется специальным законом¹. Также специальный порядок создания, существенно отличающийся от общего, установлен законодательством в отношении банков, которые регистрируются Центральным банком РФ². Отличительная особенность процедуры создания банка — совпадение процедуры создания и лицензирования банковских операций — позволила в литературе назвать порядок регистрации банков разрешительным³, что в целом для российского законодательства о государственной регистрации юридических лиц в настоящее время не характерно.

§ 3. Реорганизация субъектов коллективного предпринимательства

Гражданское законодательство не содержит понятия реорганизации, перечисляя лишь отдельные ее виды — слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование (ст. 57 ГК). В науке реорганизация традиционно рассматривается в качестве одного из способов прекращения юридического лица, наряду с ликвидацией. Однако не все способы реорганизации сопровождаются прекращением реорганизуемого юридического лица — сказанное касается таких способов, как выделение и присоединение (в последнем случае ст. 57 рассматривает в качестве реорганизуемого юридического лица присоединяющее, а не присоединяемое юридическое лицо). В этой ситуации *реорганизацию следует рассматривать* не только как способ прекращения юридического лица, но и как изменение в отдельных случаях его правового статуса, осуществляемое в предусмотренных законом формах и сопровождающееся правопреемством, т. е. переходом прав и обязанностей от одного субъекта другому⁴.

Надо различать *добровольную* и *принудительную* реорганизацию. *Добровольная* реорганизация осуществляется по решению учредителей юридического лица или органа, уполномоченного учредительными документами. В качестве такого органа в хозяйственных обществах, производственных кооперативах выступает общее собрание участников; в унитарных предприятиях решение о реорганизации принимает учредитель.

¹ См.: Закон о приватизации.

² См., например: Закон о банках (гл. II), Закон о ЦБ (ст. 4).

³ См.: Комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации юридических лиц» / Под ред. Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинникова. М., 2001. С. 84

⁴ По мнению А. В. Коровайко, реорганизация представляет собой процесс перемены лиц в имущественных и иных правоотношениях в порядке универсального правопреемства (см.: Коровайко А. В. Реорганизация хозяйственных обществ. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 6, 11).

Принудительная реорганизация законодательством предусматривается в отношении организаций, занимающих доминирующее положение на рынке, и возможна только для двух форм — разделения и выделения. Отличительной чертой процедуры реорганизации является возникновение правопреемства¹. Гражданский кодекс содержит важные положения, позволяющие как установить правопреемника, так и исключить ту ситуацию, когда в отношении отдельных прав и обязанностей правопреемник не сможет быть установлен. В силу ст. 58 и 59 ГК при проведении реорганизации составляется *передаточный акт* (слияние, присоединение, преобразование) или *разделительный баланс* (разделение, выделение), которые должны содержать данные о правопреемниках по всем обязательствам реорганизованного юридического лица в отношении всех кредиторов и должников, включая обязательства, оспариваемые сторонами. Однако отсутствие в конкретном случае данных о правопреемнике по соответствующему обязательству еще не означает, что правопреемника нет. Пунктом 3 ст. 60 ГК предусмотрено, что если разделительный баланс не дает возможности определить правопреемника реорганизованного юридического лица, вновь возникшие юридические лица несут солидарную ответственность по обязательствам реорганизованного юридического лица перед его кредиторами. Видимо, по оплошности законодателя из текста этой статьи выпало указание на передаточный акт; полагаем, что в силу аналогии закона (ст. 6 ГК) данную норму можно распространить и на случаи отсутствия в передаточном акте сведений о правопреемстве по отдельным обязательствам².

Наряду с указанной нормой, направленной на защиту интересов кредиторов, Гражданский кодекс содержит положение об обязательном письменном извещении кредиторов реорганизуемого юридического лица, которые вправе потребовать прекращения или досрочного исполнения обязательства, должником по которому является это юридическое лицо, и возмещения убытков. Нацеленность приведенной нормы на защиту интересов кредиторов реорганизуемого юридического лица очевидна — ведь после реорганизации имущественное положение должника может существенно измениться, и не в лучшую для кредиторов сторону; у него вероятно появление новых кредиторов, в то время как имущест-

¹ Реорганизация коммерческих организаций характеризуется наличием универсального правопреемства (см.: Дивер Е. П. Правовое регулирование реорганизации коммерческих организаций. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8).

² Пункт 6 ст. 15 Закона об АО, воспроизводя норму, аналогичную п. 3 ст. 60 ГК, наряду с разделительным балансом упоминает и передаточный акт, Устраняя, таким образом, отмеченный недочет в отношении акционерных обществ.

венный актив может уменьшиться. В связи с этим законодатель обоснованно предоставляет кредиторам право прервать отношения с должником и потребовать возмещения убытков, возникших в результате прекращения (досрочного исполнения) обязательства. В то же время возможность реализации данного права кредитором при реорганизации в форме присоединения проблематична. Дело в том, что Гражданский кодекс (п. 4 ст. 57), как отмечалось выше, рассматривает в качестве реорганизуемого присоединяющее юридическое лицо, а не присоединяемое. Поэтому, следуя буквальному смыслу закона, рассматриваемое право принадлежит лишь кредиторам присоединяющей организации. Вместе с тем значение данной гарантии ничуть не в меньшей степени проявляется и для кредиторов присоединяемого юридического лица, которое прекращает свое существование. С учетом этого в ст. 57 ГК целесообразно внести изменения, которые позволили бы рассматривать в качестве реорганизуемого также и присоединяемое юридическое лицо.

При проведении процедуры реорганизации необходимо учитывать положения не только Гражданского кодекса, законодательства о государственной регистрации юридических лиц, но и нормы законов об отдельных видах юридических лиц, устанавливающих дополнительные правила и условия, — ст. 51–56 Закона об ООО, ст. 15–20 Закон об АО, ст. 29–34 Закона об унитарных предприятиях. В отношении акционерных обществ применяются также нормативные акты федерального органа исполнительной власти в области регулирования рынка ценных бумаг¹.

Последовательность действий при проведении процедуры реорганизации субъекта предпринимательства выглядит следующим образом (рассмотрим ее на примере акционерных обществ, в которых процедура реорганизации представляется наиболее сложной).

Слияние. При проведении реорганизации в данной форме из нескольких юридических лиц образуется одно юридическое лицо, а реорганизуемые юридические лица прекращают при этом свое существование.

Прежде всего общества, участвующие в слиянии, заключают *договор о слиянии*, в котором определяются порядок и условия слияния, а также порядок конвертации акций каждого общества в акции нового общества (п. 2 ст. 16 Закона об АО). В силу п. 8.4.2 Стандартов эмиссии порядок конвертации акций при

¹ В настоящее время применяется приказ Федеральной службы по финансовым рынкам от 16 марта 2005 г. № 05–4/пз-н «Об утверждении стандартов эмиссии ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг», раздел VIII «Эмиссия ценных бумаг при реорганизации юридических лиц» (далее — Стандарты эмиссии).

слиянии должен определять число акций каждого участвующего в слиянии юридического лица, которые конвертируются в одну акцию образуемого в результате слияния юридического лица (коэффициент конвертации). На данном этапе важнейшая роль отводится единоличному исполнительному органу общества, который, проведя предварительные переговоры, подписывает договор о слиянии. В случае разногласий между акционерами и единоличным исполнительным органом в части определения необходимости реорганизации или условий ее проведения акционерам придется в первую очередь решать вопрос о замене руководителя общества, поскольку механизма проведения процедуры реорганизации в обход участия в этом процессе единоличного исполнительного органа законодательство не содержит.

Далее необходимо организовать заседания советов директоров сливающихся обществ, которые затем выносят на решение общего собрания акционеров каждого общества, участвующего в слиянии, вопрос о реорганизации в форме слияния, об утверждении договора о слиянии, устава общества, создаваемого в результате слияния, и об утверждении передаточного акта. Таким образом, для вынесения этих вопросов на решение общего собрания акционеров необходима единая позиция руководителя общества и совета директоров.

Следующим шагом после проведения общего собрания акционеров каждого из участвующих в слиянии обществ является созыв и проведение *совместного общего собрания акционеров* этих обществ, на котором производится образование органов вновь возникающего общества. Оформленные документы затем представляются на государственную регистрацию вновь возникшего юридического лица.

При слиянии обществ все права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему обществу по передаточному акту.

Реорганизация в форме слияния считается завершенной с момента государственной регистрации вновь возникшего юридического лица.

Разделение. При проведении реорганизации в данной форме из одного юридического лица образуется несколько юридических лиц, а реорганизуемое юридическое лицо прекращает при этом свое существование.

В соответствии с п. 2 ст. 18 Закона об АО совет директоров реорганизуемого в форме разделения общества выносит на решение общего собрания акционеров вопросы о реорганизации общества в форме разделения, порядке и условиях разделения, о создании новых обществ и порядке конвертации акций реорганизуемого общества в акции создаваемых обществ, об утверждении разделительного баланса. В соответствии с п. 8.6.2 Стандартов эмиссии

порядок конвертации акций, предусматриваемый решением о разделении, должен определять количество акций разделяемого юридического лица, которые конвертируются в одну акцию каждого юридического лица, создаваемого в результате разделения.

После проведения общего собрания акционеров реорганизуемого общества и принятия всех необходимых решений *организуется общее собрание акционеров (правильнее сказать — будущих акционеров) каждого вновь создаваемого общества*, принимающие решения об утверждении устава и образовании органов.

Все вышеуказанные решения должен предварительно принять, прежде всего сам совет директоров, который впоследствии выносит эти вопросы на окончательное разрешение общего собрания акционеров. Отсюда следует, что в отличие от слияния важная роль при проведении разделении общества принадлежит совету директоров, а не руководителю.

При разделении общества все его права и обязанности переходят к двум или нескольким вновь создаваемым обществам в соответствии с разделительным балансом.

Реорганизация юридического лица в форме разделения считается завершенной с момента государственной регистрации последнего из вновь возникших юридических лиц.

Выделение. При проведении реорганизации в данной форме из одного юридического лица выделяется одно или несколько юридических лиц, но реорганизуемое юридическое лицо не прекращает при этом своего существования.

Порядок выделения во многом схож с процедурой разделения. Однако то обстоятельство, что реорганизуемое общество в данном случае не прекращает своего существования, накладывает отпечаток на способ размещения акций вновь создаваемого общества (обществ). Согласно ст. 19 Закона об АО и п. 8.7.1 Стандартов эмиссии размещение акций вновь создаваемого общества происходит не только путем конвертации (это единственный способ размещения акций при слиянии, присоединении, разделении), но и путем *распределения* акций создаваемого общества среди акционеров реорганизуемого общества, а также *приобретения* акций создаваемого общества самим реорганизуемым обществом.

Решение об утверждении устава и образовании органов вновь создаваемого общества принимается на общем собрании его будущих акционеров. Если в соответствии с решением о реорганизации в форме выделения единственным акционером создаваемого общества будет являться реорганизуемое общество, утверждение устава создаваемого общества и образование его органов осуществляются общим собранием акционеров реорганизуемого общества (как правило, на том же заседании, на котором было принято решение о реорганизации).

При выделении из состава общества одного или нескольких обществ к каждому из них переходит часть прав и обязанностей реорганизованного в форме выделения общества по разделительному балансу.

Реорганизация юридического лица в форме выделения считается завершенной с момента государственной регистрации последнего из вновь возникших юридических лиц.

Присоединение. При проведении реорганизации в данной форме одно юридическое лицо присоединяется к другому юридическому лицу, прекращая при этом свое существование.

Порядок реорганизации в форме присоединения во многом схож с реорганизацией путем слияния. Прежде всего заключается *договор о присоединении*, в котором определяются порядок и условия присоединения, а также порядок конвертации акций присоединяемого общества в акции общества, к которому осуществляется присоединение. В соответствии с п. 8.5.4 Стандартов эмиссии порядок конвертации акций при присоединении должен определять число акций присоединяемого юридического лица, которые конвертируются в одну акцию присоединяющего юридического лица.

Затем *совет директоров каждого общества выносит на решение общего собрания акционеров своего общества, участвующего в присоединении, вопрос о реорганизации в форме присоединения и об утверждении договора о присоединении*. Совет директоров присоединяемого общества выносит также на решение общего собрания акционеров вопрос об утверждении передаточного акта.

Конвертация акций присоединенного акционерного общества может осуществляться либо *в акции, ранее выкупленные акционерным обществом у акционеров*, либо в его *дополнительные акции* (п. 8.5.2 Стандартов эмиссии).

В случае если договором присоединения определена конвертация акций присоединяемого общества в дополнительные акции присоединяющего общества, уполномоченный орган присоединяющего общества должен принять *решение об увеличении уставного капитала*. Таким органом является общее собрание акционеров или совет директоров, в зависимости от того, какой орган наделен такими полномочиями уставом. Соответственно, если такими полномочиями наделен совет директоров, решение об увеличении уставного капитала принимается им одновременно с принятием решения о созыве общего собрания акционеров для принятия ряда вышеуказанных решений.

Стандарты эмиссии содержат (п. 8.5.5) *обязательные требования к решению об увеличении уставного капитала путем размещения дополнительных акций*: таким решением должны быть определены число размещаемых дополнительных обыкновенных акций каждого типа в пределах числа объявленных акций этой категории (типа),

способ размещения дополнительных акций — конвертация, коэффициент конвертации. Следует помнить, что в соответствии с п. 8.5.3 Стандартов эмиссии государственная регистрация дополнительного выпуска акций осуществляется до внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединяемого акционерного общества.

После проведения указанных выше мероприятий *совместное общее собрание акционеров указанных обществ принимает решения* о внесении изменений и дополнений в устав и в случае необходимости по иным вопросам.

При присоединении одного общества к другому к последнему переходят все права и обязанности присоединяемого общества в соответствии с передаточным актом.

Реорганизация считается завершенной с момента внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица. Изменения в устав присоединяющего общества придется внести и после завершения процедуры присоединения — в соответствии с п. 8.5.7 Стандартов эмиссии после государственной регистрации отчета об итогах дополнительного выпуска акций (отчет должен быть утвержден предварительно советом директоров) в устав присоединяющего общества вносятся изменения, связанные с увеличением его уставного капитала на номинальную стоимость размещенных дополнительных акций, увеличением числа размещенных акций и уменьшением числа объявленных акций.

Преобразование. Под реорганизацией путем преобразования необходимо понимать изменение юридическим лицом своей организационно-правовой формы, означающее прекращение деятельности одного юридического лица и возникновение нового. Исходя из понятия преобразования, к нему не относится смена вида акционерного общества — с закрытого на открытое, и наоборот.

В силу п. 1 ст. 20 Закона об АО акционерное общество вправе преобразоваться в общество с ограниченной ответственностью или в производственный кооператив, а по единогласному решению всех акционеров — в некоммерческое партнерство. Как и в отношении других форм реорганизации, Стандарты эмиссии содержат нормы, отражающие специфику эмиссии акций при преобразовании (раздел 8.8).

При преобразовании общества к вновь возникшему юридическому лицу переходят все права и обязанности реорганизованного общества в соответствии с передаточным актом.

Реорганизация юридического лица в форме преобразования считается завершенной с момента государственной регистрации вновь возникшего юридического лица.

Порядок государственной регистрации юридических лиц, создаваемых путем реорганизации, определен в Законе о регистрации

юридических лиц. Так, в налоговый орган по месту нахождения реорганизуемого юридического лица представляются следующие документы: заявление; учредительные документы каждого вновь возникающего юридического лица, создаваемого путем реорганизации; решение о реорганизации; договор о слиянии; передаточный акт или разделительный баланс; документ об уплате государственной пошлины.

При реорганизации юридического лица в форме *присоединения* в регистрирующий орган по месту нахождения присоединяющего юридического лица представляются заявление о внесении записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица, решение о реорганизации, договор о присоединении и передаточный акт.

Нередки случаи, когда место нахождения юридических лиц, создаваемых путем реорганизации либо прекращающих деятельность в результате реорганизации, отличается от места нахождения реорганизуемых юридических лиц. С целью упорядочения процедуры государственной регистрации в таких случаях постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2004 г. № 110 (в ред. постановления от 30 декабря 2005 г. № 847) утверждены Правила взаимодействия регистрирующих органов при государственной регистрации юридических лиц в случае их реорганизации. Так, данным постановлением определено, что государственная регистрация юридического лица, создаваемого путем реорганизации в форме слияния, осуществляется по месту нахождения одного из реорганизуемых юридических лиц; путем присоединения — по месту нахождения присоединяющего юридического лица. Постановление устанавливает очередность действий регистрирующих органов при проведении процедуры реорганизации в той или иной форме. Например, при государственной регистрации прекращения деятельности юридического лица в результате присоединения налоговый орган по месту нахождения присоединяющего юридического лица принимает решение о государственной регистрации прекращения деятельности присоединенного юридического лица, затем вносит в реестр записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица и об изменении содержащихся в реестре сведений о присоединяющем юридическом лице, после чего сообщает о прекращении деятельности присоединенного юридического лица в налоговый орган по месту нахождения последнего, выдает заявителю документы, подтверждающие внесение указанных записей в реестр.

§ 4. Ликвидация субъектов коллективного предпринимательства

Ликвидация субъекта коллективного предпринимательства — это его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке

правопреемства к другим лицам (ст. 61 ГК). Причем при ликвидации юридического лица отсутствует не только универсальное, но и сингулярное правопреемство¹. Здесь исчезает субъект права, прекращаются его правоспособность, а также права и обязанности без возникновения правопреемства.

Ликвидация может осуществляться добровольно либо принудительно.

Добровольная ликвидация осуществляется по решению уполномоченного органа юридического лица (общего собрания участников (акционеров), учредителя унитарного предприятия), принятому по различным мотивам, часть которых иллюстративно названа в Гражданском кодексе — истечение срока, на который создано юридическое лицо, с достижением цели деятельности. Чаше, однако, субъекты предпринимательства ликвидируются в связи с нецелесообразностью их дальнейшего существования, обусловленной самыми разнообразными жизненными обстоятельствами.

Законы об отдельных видах юридических лиц, в которых решения о ликвидации принимаются коллегиальным органом, предусматривают необходимость квалифицированного большинства голосов для принятия решения о ликвидации или даже полное единогласие участников по этому вопросу. Так, акционерные общества ликвидируются по решению общего собрания акционеров, принятому большинством в три четверти голосов акционеров, принимающих участие в собрании; в обществах с ограниченной ответственностью такое решение принимается единогласно. Более того, законы о хозяйственных обществах устанавливают порядок инициации решения общего собрания участников о ликвидации. В акционерных обществах вопрос о ликвидации выносится на решение общего собрания акционеров советом директоров (п. 2 ст. 21 Закона об АО), в обществах с ограниченной ответственностью такое решение принимается по предложению совета директоров — единоличного исполнительного органа общества, участника общества (п. 2 ст. 57 Закона об ООО).

Принудительная ликвидация состоит в том, что решение о ликвидации принимается судом независимо от воли юридического лица. Общие основания для принудительной ликвидации установлены ст. 61 ГК и частично воспроизводящей ее текст ст. 25 Закона о регистрации юридических лиц. *Таковыми основаниями* являются допущенные при его создании грубые нарушения закона, если эти нарушения носят неустранимый характер, либо осуществление деятельности без надлежащего разрешения (лицензии) либо деятельности, запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых ак-

¹ См.: *Слоновская А. Ю.* Ликвидация коммерческих организаций. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 9.

тов, а также в иных случаях, предусмотренных Гражданским кодексом. К «иным» случаям относится, например, ликвидация вследствие признания субъекта предпринимательства банкротом (ст. 65 ГК), при уменьшении величины чистых активов ниже минимального размера уставного капитала (п. 4 ст. 90, п. 4 ст. 99 ГК РФ). Заметим, что два последних основания могут быть использованы и при добровольной ликвидации, когда юридическое лицо само обращается в суд с заявлением о признании несостоятельным (банкротом) либо принимает решение о ликвидации в связи с невозможностью пополнения активов до необходимого размера.

Следует иметь в виду, что согласно позиции Конституционного Суда РФ, отраженной в постановлении от 18 июля 2003 г. № 14-п, ликвидация при нарушении юридическим лицом законодательства применяется лишь в качестве исключительного средства реагирования. Как указано в постановлении, «норма статьи 61 ГК РФ предполагает, что неоднократные нарушения закона в совокупности должны быть столь существенными, чтобы позволить арбитражному суду с учетом всех обстоятельств дела, включая оценку характера допущенных юридическим лицом нарушений и вызванных им последствий, принять решение о ликвидации юридического лица в качестве меры, необходимой для защиты прав и законных интересов других лиц»¹.

В соответствии с п. 3 ст. 61 ГК требование о ликвидации юридического лица по основаниям, установленным в п. 2 данной статьи, может быть предъявлено в суд государственным органом или органом местного самоуправления, которому право на предъявление такого требования предоставлено законом. Отдельные законы называют не только сами уполномоченные органы, но и конкретизируют основания для принудительной ликвидации. Приведем примеры:

1) налоговые органы вправе обращаться в суд с такими исками на основании п. 1 ст. 31 НК и п. 2 ст. 25 Закона о регистрации юридических лиц. По существу, налоговые органы выступают в качестве основного контролера за соблюдением субъектами предпринимательства требований законодательства, причем не только налогового²;

¹ СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3102.

² Согласно позиции Конституционного Суда РФ, высказанной им в постановлении от 18 июля 2003 г. № 14-п, факт возложения на налоговые органы функции государственной регистрации юридических лиц означает, что они «обязаны осуществлять контроль за соблюдением юридическими лицами требований законодательства». Данным постановлением подтверждено право налоговых органов на обращение в суд с иском о ликвидации акционерного общества в случае падения величины чистых активов ниже минимального размера уставного капитала (п. 4 ст. 99 ГК).

2) на основании ст. 23.1 Закона о банках Центральный банк России обязан обратиться в суд с иском о ликвидации банка в течение 30 дней со дня публикации в «Вестнике Банка России» сообщения об отзыве у банка лицензии. Данная статья устанавливает некоторые специальные процедурные требования к порядку ликвидации банка;

3) Федеральная служба страхового надзора вправе предъявить требование о ликвидации страховой организации в случае отзыва у нее лицензии (ст. 32.8 Закона об организации страхового дела);

4) Федеральная служба по финансовым рынкам вправе обратиться в суд с иском о ликвидации организации, нарушающей законодательство о ценных бумагах, или о ликвидации участника рынка ценных бумаг, не получившего лицензию (п. 20 ст. 42 и п. 6 ст. 51 Закона о рынке ценных бумаг);

5) Федеральная антимонопольная служба предъявляет иски о ликвидации организаций в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством (пп. 6 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции);

6) прокуроры обладают правом на обращение в суд с исками в защиту государственных и общественных интересов на основании Федерального закона от 17 января 2001 г. № 2202-1 «О прокуратуре».

Решением суда о ликвидации юридического лица на его учредителей (участников) либо орган, уполномоченный на ликвидацию юридического лица его учредительными документами, могут быть возложены обязанности по осуществлению ликвидации юридического лица.

Ликвидация проходит по специальной процедуре, предусмотренной Гражданским кодексом, и может быть разделена на ряд этапов.

На *первом этапе* уполномоченный орган юридического лица, принявший решение о ликвидации, формирует *ликвидационную комиссию* (как правило, эти решения принимаются одновременно) и уведомляет об этом регистрирующий орган¹. С момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами ликвидируемой организации, а соответствующие полномочия ее органов прекращаются, за исключением полномочий органа, принявшего решение о ликвидации, которые сохраняются в части, прямо предусмотренной нормами Гражданского кодекса о ликвидации. Налоговый орган вносит в единый

¹ Сроки такого уведомления в Гражданском кодексе и Законе о регистрации юридических лиц различны: в первом случае уведомление должно последовать незамедлительно, во втором — в течение трех дней. Полагаем, что данный Закон, как более специальный нормативный правовой акт, имеет приоритет.

государственный реестр юридических лиц запись о том, что юридическое лицо находится в процессе ликвидации. В соответствии с п. 2 ст. 20 Закона о регистрации юридических лиц с этого момента не допускается государственная регистрация изменений, вносимых в учредительные документы ликвидируемого юридического лица, а также государственная регистрация юридических лиц, учредителем которых выступает указанное лицо, или государственная регистрация юридических лиц, которые возникают в результате его реорганизации.

На *втором этапе* ликвидационная комиссия публикует в средствах массовой информации сообщение о ликвидации субъекта предпринимательства, в котором содержатся данные о порядке и сроках заявления требований кредиторами¹. Этот срок не может быть менее двух месяцев с момента публикации. Кроме того, кредиторов юридического лица необходимо уведомить персонально. На этом этапе ликвидационная комиссия проводит в основном работу по выявлению и извещению кредиторов, рассмотрению их требований, получению дебиторской задолженности, формируя, таким образом, полную картину реального имущественного состояния организации. После окончания срока для предъявления требований кредиторами ликвидационная комиссия составляет *промежуточный ликвидационный баланс*, содержащий сведения о составе имущества ликвидируемого юридического лица, перечне предъявленных кредиторами требований, а также о результатах их рассмотрения. К моменту утверждения промежуточного ликвидационного баланса организацией должны быть приняты все возможные меры к получению дебиторской задолженности с должников. Промежуточный ликвидационный баланс утверждается учредителями (участниками) юридического лица. Норма п. 2 ст. 63 ГК об утверждении промежуточного ликвидационного баланса только учредителями (участниками) юридического лица не точна. Ее следовало бы дополнить указанием на орган, принявший решение о ликвидации. О составлении промежуточного ликвидационного баланса налоговый орган должен быть уведомлен.

¹ Гражданский кодекс указывает на опубликование данного сообщения в «органах печати, в которых публикуются данные о государственной регистрации юридических лиц». Однако федеральное законодательство не содержит никаких правил, позволяющих судить о том, какой именно орган относится к числу названных в Гражданском кодексе. Ранее, до принятия Закона о регистрации юридических лиц, на местах многие регистрирующие органы (органы местного самоуправления) в условиях практически полного отсутствия федерального законодательства о государственной регистрации юридических лиц издавали свои собственные инструкции, содержавшие указания на конкретные органы печати, с которыми органы местного самоуправления заключали договоры на опубликование такого рода сообщений. В настоящее время данные сообщения могут быть опубликованы в любых органах печати, к которым имеется неограниченный доступ третьих лиц.

Задачей следующего, *третьего этапа* является проведение расчетов с кредиторами. К этому времени юридическое лицо располагает уже всей информацией о кредиторах и имуществе. В соответствии с п. 3 ст. 63 ГК, если имеющиеся у ликвидируемого юридического лица денежные средства недостаточны для удовлетворения требований кредиторов, ликвидационная комиссия продает имущество юридического лица с публичных торгов. Реализацию неденежного имущества удобнее осуществить до начала выплат кредиторам, что будет способствовать упорядочению всего процесса расчетов и исключить вероятность его приостановления на время реализации имущества.

Выплаты кредиторам производятся в *определенной очередности*, установленной ст. 64 ГК, с целью первоочередного удовлетворения более «социально значимых» требований.

В *первую очередь* удовлетворяются требования граждан, перед которыми ликвидируемое юридическое лицо несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, путем капитализации соответствующих повременных платежей¹.

Во *вторую очередь* производятся расчеты по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, и по авторским вознаграждениям.

В *третью очередь* удовлетворяются требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества ликвидируемого юридического лица.

В *четвертую очередь* погашается задолженность по обязательным платежам в бюджет и внебюджетные фонды.

В *пятую очередь* производятся расчеты с другими кредиторами.

Выплаты кредиторам пятой очереди согласно п. 4 ст. 63 ГК производятся лишь по истечении месяца со дня утверждения промежуточного ликвидационного баланса. Данная норма призвана защитить интересы кредиторов предыдущих очередей, которые, опоздав с предъявлением требований юридическому лицу в срок, могут остаться без выплат.

Возникает вопрос: какие правовые последствия наступают в случае, если имущества оказалось недостаточно для погашения долгов перед всеми кредиторами? В соответствии с п. 3 ст. 64 ГК при недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица оно распределяется между кредиторами соответствующей очереди пропорционально суммам требований, подлежащих удов-

¹ До настоящего времени общий порядок капитализации повременных платежей при ликвидации юридического лица отсутствует. Действующее законодательство содержит нормы о капитализации, но они относятся к процедуре конкурсного производства при банкротстве, к выплате денежных сумм застрахованным от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний и др.

летворению. Согласно п. 6 ст. 64 ГК требования кредиторов, не удовлетворенные из-за недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица, считаются погашенными.

Представляется, что эти нормы не могут быть признаны действующими по следующей причине. Прежде всего следует отметить, что уже в самом Гражданском кодексе предусмотрено, что если стоимость имущества юридического лица недостаточна для удовлетворения требований кредиторов, оно может быть ликвидировано только в порядке, установленном ст. 65 ГК, которая, в свою очередь, посвящена ликвидации через процедуру несостоятельности (банкротства). В п. 2 ст. 9 Закона о несостоятельности читаем: «должник обязан обратиться в арбитражный суд с заявлением должника, если при проведении ликвидации юридического лица установлена невозможность удовлетворения требований кредиторов в полном объеме». Более того, если такое заявление не будет подано в течение одного месяца со дня выявления факта несостоятельности имущества ликвидируемой организации, члены ликвидационной комиссии будут обязаны возместить кредиторам убытки, причиненные нарушением этой обязанности (п. 1 ст. 10 Закона о несостоятельности).

Таким образом, при недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица автоматического погашения требований кредиторов не происходит. При выявлении факта недостаточности имущества (а это видно, как правило, уже из промежуточного ликвидационного баланса) процесс ликвидации приостанавливается, ликвидационная комиссия обращается в суд с заявлением о признании организации банкротом и дальнейшую судьбу юридического лица решают кредиторы, арбитражный суд в порядке, предусмотренном законодательством о банкротстве. *Закон о несостоятельности предусматривает погашение требований кредиторов при недостаточности имущества должника (п. 9 ст. 142), но только в рамках проведения процедуры конкурсного производства.*

С учетом изложенного следует толковать и норму п. 4 ст. 64 ГК, которая предусматривает, что в случае отказа ликвидационной комиссии в удовлетворении требований кредитора либо уклонения от их рассмотрения кредитор вправе до утверждения ликвидационного баланса обратиться в суд с иском к ликвидационной комиссии, причем в случае судебного подтверждения обоснованности требований кредитора они удовлетворяются за счет оставшегося имущества. Полагаем, что если суд признает требование кредитора, отвергнутое ликвидационной комиссией, обоснованным, а имущества ликвидируемой организации к тому времени окажется недостаточным, требование кредитора также не может считаться погашенным. В этом случае ликвидационная комиссия обязана обратиться в арбитражный суд с заявлением

о признании организации банкротом. Все вышеизложенное не распространяется на ситуации, когда размер задолженности перед кредиторами составляет менее 100 тыс. руб., поскольку в таком случае арбитражный суд не возбудит дело о банкротстве (п. 2 ст. 6 Закона о несостоятельности).

Если ликвидируется казенное предприятие, собственник которого, как известно, несет субсидиарную ответственность по его долгам, и имущества такого предприятия окажется недостаточным для расчетов со всеми кредиторами, они вправе обратиться в арбитражный суд с иском к собственнику (п. 6 ст. 63 ГК).

После завершения расчетов с кредиторами ликвидационная комиссия составляет *ликвидационный баланс*, который утверждает органом юридического лица, принявшим решение о ликвидации. Оставшееся после удовлетворения требований кредиторов имущество передается его участникам, что составляет *четвертый этап* ликвидации субъекта предпринимательства.

Законодатель установил *очередность расчетов с участниками* юридического лица. Так, в силу ст. 23 Закона об АО в *первую очередь* осуществляются выплаты по акциям, которые должны быть выкуплены на основании ст. 75 этого Закона; во *вторую очередь* осуществляются выплаты начисленных, но не выплаченных дивидендов по привилегированным акциям и определенной уставом общества ликвидационной стоимости по привилегированным акциям; в *третью очередь* осуществляется распределение имущества ликвидируемого общества между акционерами — владельцами обыкновенных акций и всех типов привилегированных акций.

В Законе об ООО установлены две очереди: сначала осуществляется выплата участникам общества распределенной, но не выплаченной части прибыли, после чего распределяется оставшееся имущество.

Последний, *пятый этап* ликвидации юридического лица состоит в предоставлении в регистрирующий орган документов для государственной регистрации ликвидации: заявления, ликвидационного баланса, документа об оплате государственной пошлины.

Ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо — прекратившим существование после внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц.

Глава 5

НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО) СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие, критерии и признаки несостоятельности (банкротства)

Сущность несостоятельности и конкурсного процесса. Свобода усмотрения и хозяйственной самостоятельности предпринимателей, основывающаяся на базовых гражданско-правовых категориях: праве собственности, свободе договора и других, может быть существенным образом ограничена. Федеральный законодатель вправе применить публично-правовой тип регулирования рыночных отношений, который в силу взаимодействия частноправовых и публично-правовых интересов предполагает в то же время сочетание частноправовых и публично-правовых элементов. Одним из таких средств является институт банкротства¹.

В чем же предназначение этого института в предпринимательском обороте? Представим себе, что некий субъект хозяйственной деятельности, активно проводящий деловые операции, оказывается в ситуации, когда его поступления (доходы) перестают быть достаточными для погашения текущих обязательств. Причин к этому может быть множество: ошибки в экономических расчетах (*в прогнозировании цен на сырье, в определении будущих процентных ставок, в построении показателей бизнес-плана и т. д.*); природные катаклизмы (*пожары, аварии, приводящие к остановке производства*); нарушения в исполнении обязательств контрагентами; крупные штрафы, наложенные государственными налоговыми или экологическими службами, и др. Одним словом, ситуация складывается таким образом, что должник оказывается в положении, когда ему приходится выбирать, кому из кредиторов гасить долг в первоочередном порядке, а кого — проигнорировать. Это, в свою очередь, может привести к тому, что ликвидное имущество должника, будучи проданным, окажется «растраченным» только на отдельных кредиторов. Именно этот, «случайный» порядок погашения требований кредиторов должником, испытывающим трудности с исполнением обязательств, и является тем обстоятельством, которое заставляет государство навязывать рынку ме-

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева» // Российская газета. 2005. 28 декабря.

ханизм, вмешивающийся в такого рода «хаотичное», основанное только на усмотрении предпринимателя ведение дел.

Открытие в отношении субъекта предпринимательской деятельности дела о банкротстве практически всегда «кристаллизует» его имущественное положение. С момента возбуждения банкротного процесса погашение его долгов производится исключительно в специальном порядке, организованно, с тем чтобы в условиях превышения долгов над стоимостью имущества кредиторы получили бы справедливое распределение активов должника¹. Это, в свою очередь, означает, что *государство, по сути, вмешивается в дела*, в хозяйственную активность должника и его кредиторов, не позволяя первому погашать отдельные долги и не давая вторым возможность требовать их обычным исковым порядком, взыскивать через традиционное исполнительное производство, «обгоняя» таких же, как они, держателей денежных требований. Процедуры банкротства носят *публично-правовой характер*, они предполагают понуждение меньшинства кредиторов большинством², это проявляется и в том, что отдельные кредиторы, желающие получить долг, с момента возбуждения дела о банкротстве вынуждены ожидать стечения остальных контрагентов должника, и в том, что по ходу процесса банкротства воля большинства кредиторов является определяющей с точки зрения того, когда и сколько получают отдельные (меньшинство) кредиторы.

Поскольку законодательство о банкротстве построено таким образом, что основные, наиболее значимые изменения в статусе должника и его кредиторов, «сковывающие» их хозяйственную самостоятельность, наступают автоматически, в силу предписаний правовых актов, принципиально важным становится именно *открытие дела о несостоятельности* или, другими словами, возбуждение банкротного (конкурсного) процесса, что означает необходимость выявить, отвечает ли субъект предпринимательской деятельности признакам банкротства, подпадает ли под соответствующее определение или нет. Как указал Конституционный Суд РФ, «в делах о несостоятельности (банкротстве) арбитражные суды устанавливают *юридический факт неплатежеспособности должника*, что влечет возникновение обязательств должника по платежам сво-

¹ См.: определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 254-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки М. Г. Ершовой положением пункта 5 статьи 114 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». Использован текст, размещенный в ИПС «Консультант Плюс».

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П.

им кредиторам, требования по которым удовлетворяются по особым правилам конкурсного производства. В случаях же признания платежеспособности должника эти требования удовлетворяются в исковом порядке»¹.

Основополагающий нормативно-правовой акт, регулирующий в Российской Федерации вопросы банкротства субъектов предпринимательской деятельности, — Закон о несостоятельности (банкротстве) 2002 г. дает следующее определение понятия «несостоятельность (банкротство)». Это, — гласит ст. 2 законодательного акта, — признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей».

Данное определение является, на наш взгляд, неполным, служит только ориентиром для понимания сути рассматриваемого явления, создает исключительно основу для понимания сущности банкротства, ибо не дает ответа на вопрос, в каких случаях, собственно говоря, должник выражает такую неспособность. Закон о несостоятельности содержит ряд специальных положений, раскрывающих признаки банкротства, каковые являются дополнением к законодательной дефиниции, помогающим понять существо несостоятельности.

С учетом высказанных в литературе мнений и анализа судебной практики более уместно ориентироваться на следующее определение несостоятельности (банкротства). *Несостоятельность (банкротство)* — это признанная судом или объявленная в случаях, предусмотренных законом, должником неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов в связи с установленным или предполагаемым (презюмируемым) превышением суммы обязательств (долгов) должника над стоимостью принадлежащего ему имущества. Термины «несостоятельность» и «банкротство» являются синонимами.

Критерии банкротства. Далее перейдем к рассмотрению критериев (оснований) несостоятельности. Таковых можно выделить два: а) *недостаточность имущества*, именуемая еще *неоплатностью*, т. е. установленное превышение пассива над активом в

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц» // Российская газета. 2002. 22 марта.

имуществе должника; б) *платежная неспособность (неплатежеспособность)*, т. е. предполагаемое превышение пассива над активом¹.

Для установления факта неоплатности необходимо подвергнуть анализу *актив и пассив имущества должника*. *Актив* — имущество субъекта предпринимательской деятельности, в состав которого входят основные средства, другие долгосрочные вложения (включая нематериальные активы), оборотные средства, финансовые активы. *Пассив* — обязательства должника, состоящие из заемных и привлеченных средств, включая кредиторскую задолженность. В данном смысле понимание актива и пассива имущества ничем не отличается от классического, гражданско-правового подхода. В свое время известный русский цивилист Г. Ф. Шершеневич указывал, что «содержание имущества с юридической точки зрения выражается, с одной стороны, в а) совокупности вещей, принадлежащих лицу на праве собственности и в силу иных вещественных прав, и б) в совокупности прав на чуждые действия..., а с другой стороны, в а) совокупности вещей, принадлежащих другим лицам, но временно находящихся в его обладании, и б) в совокупности обязательств, лежащих на нем. Сумма отношений первого рода составляет актив имущества, сумма отношений второго рода — пассив имущества»².

Неплатежеспособность как критерий несостоятельности представляет собой прекращение должником платежей в адрес собственных контрагентов, партнеров. Здесь актив и пассив имущества не сопоставляется, по крайней мере такое сопоставление не входит в перечень условий для открытия дела о несостоятельности (банкротстве).

Недостаточность имущества, выражая экономическую сущность несостоятельности, с одной стороны, более точно отвечает первейшему назначению всего правового института банкротства — установлению особого порядка равномерного распределения имущества должника между всеми его кредиторами, поскольку при превышении актива над пассивом надобности применять особые правила распределения имущества должника между его кредиторами нет (*актив достаточен для удовлетворения всех кредиторов*). Но очевидные трудности практической реализации этого критерия в отношении должников — обладателей сложного по составу актива и многочисленных кредиторов, а также любых

¹ Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, принятое Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 25 июня 2004 г. и одобренное Резолюцией Генеральной Ассамблеи 59/40 от 2 декабря 2004 г. (далее — Руководство ЮНСИТРАЛ), именует неоплатность балансовым критерием, а неплатежеспособность — критерием общего прекращения платежей (Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 53, 54).

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 95.

крупных субъектов предпринимательской деятельности, во многом «перевешивают» указанное преимущество. Кроме того, основание неоплатности не вполне учитывает такие задачи законодательства о несостоятельности (банкротстве), как обеспечение (стимулирование) платежной дисциплины, финансовое оздоровление участников экономического оборота и ограждение кредиторов от действий недобросовестных должников по сокрытию имущества в предвидении финансовой катастрофы.

Напротив, критерий платежной неспособности не встречает тех трудностей практического применения, которые свойственны неоплатности, и позволяет более оперативно установить внешний контроль и управление над имуществом неплательщика, что может существенно повлиять на попытку восстановить платежеспособность предприятия-должника или же на тот размер удовлетворения, который получают кредиторы в случае проведения ликвидационных процедур. Кроме того, лицо, ведущее свою хозяйственную деятельность в условиях закрепления в национальном законодательстве основания платежной неспособности, будет знать, что игнорирование, пусть даже временное, собственных обязательств может повлечь отстранение его от руководства имущественным комплексом и даже смену собственника, что, несомненно, будет стабилизировать состояние расчетов в национальном хозяйстве. Именно поэтому критерий платежной неспособности наиболее востребован в мировой практике конструирования законов о несостоятельности¹.

Признаки банкротства. Признаки банкротства представляют собой приемы выражения (воплощения) в тексте правового акта критерия несостоятельности, избранного законодателем в отношении той или иной категории потенциальных банкротов². Одноименная статья Закона о несостоятельности 2002 г. содержит следующие положения. Гражданин считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, и если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества. Юридическое лицо считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей,

¹ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 55, 56. Вместе с тем в этом же документе отмечается, что вполне допустимы ситуации сочетания элементов обоих критериев, а также установление правила, согласно которому открытие банкрутного процесса может производиться по любому из них.

² Подробнее об этом см.: Бельх В. С., Дубинчин А. А., Скуратовский М. Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие/Под общ. ред. В. С. Якушева. М., 2001. С. 26—49.

если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены. Причем это общие положения.

Следует учитывать, что *денежное обязательство* — это обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму по гражданско-правовой сделке и (или) иному предусмотренному Гражданским кодексом основанию. *Обязательные платежи* в контексте Закона о несостоятельности означают налоги, сборы и иные обязательные взносы в бюджет соответствующего уровня и государственные внебюджетные фонды в порядке и на условиях, которые определяются законодательством Российской Федерации.

Из законоположений следует, что объявить предпринимателя банкротом можно только в том случае, если он задолжал деньги, но не иные объекты предоставления (*товары, работы, услуги*). Действительно, открытие дела о банкротстве — это всегда следствие неуплаты *денежного долга или налога*, каковой выплачивается в бюджет исключительно в денежной форме¹. Неденежные обязательства, неисполнение которых также может свидетельствовать в пользу наличия у должника финансовых затруднений, все-таки законодателем в этой части игнорируются. Причин к тому несколько, включая обеспеченную Гражданским кодексом юридическую возможность трансформации практически любого неденежного требования в денежное (ст. 397, 405 и др. ГК), трудность в адекватной оценке неденежного долга и т. д. Однако, как указал Высший Арбитражный Суд РФ, для определения наличия признаков банкротства должника могут учитываться соответствующие суммы, взысканные судом вместо причитавшегося кредитору исполнения обязательства в натуре (*стоимость не переданной кредитором оплаченной им вещи, стоимость оплаченных, но не выполненных должником работ или услуг и др.*). Такие требования кредиторов подлежат включению в реестр требований кредиторов в качестве требований конкурсных кредиторов и удовлетворяются в порядке, предусмотренном Законом о несостоятельности.

Такой же правовой режим распространяется и на суммы, присужденные кредитору в связи с изменением способа или порядка исполнения судебного акта или постановления иного органа (ст. 324 АПК, ст. 434 ГПК)².

¹ См.: постановления Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 5 ноября 2002 г. № 159/13, Федерального арбитражного суда Уральского округа от 18 июня 2003 г. № Ф09-1518/03-ГК // ИПС «Консультант Плюс».

² См.: пункт 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // Хозяйство и право. 2005. № 2.

Помимо указанных признаков банкротства законодательство РФ предъявляет *дополнительные условия к открытию в отношении должника дела о банкротстве*. Они названы в ст. 6 и 7 Закона о несостоятельности. В частности, дело о несостоятельности может быть возбуждено судом при условии, что требования к должнику — юридическому лицу превышают определенный «минимальный порог», т. е. в совокупности составляют не менее 100 тыс. руб., к должнику-гражданину — не менее 10 тыс. руб. Кроме того, право на обращение в арбитражный суд возникает у кредитора только по истечении 30 дней с даты направления (предъявления к исполнению) исполнительного документа в службу судебных приставов и его копии должнику. Это также является выражением признанных в мировой практике подходов¹.

Вместе с тем законодательство Российской Федерации устанавливает для отдельных категорий должников процедуру банкротства при наличии особых условий, например, для кредитных организаций (ст. 2 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»), а также субъектов естественных монополий ТЭКа (ст. 2 Федерального закона от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ «Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса»).

§ 2. Правовой статус участников правоотношений несостоятельности (банкротства)

1. Правовой статус должника. Соотношение понятий «должник» и «банкрот». Статья 2 Закона о несостоятельности определяет должника как гражданина, в том числе индивидуального предпринимателя, или юридическое лицо, оказавшихся неспособными удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение срока, установленного данным законом. Таким образом, должник — это всегда фигура, характеризующаяся допущенным правонарушением, а именно совершенной просрочкой в исполнении денежного обязательства или неуплатой налога (сбора) в бюджет. Гражданское законодательство, также оперирующее понятием «должник»², исходит из несколько иного смысла. *Должник в гражданско-правовом обязательстве* — это не обязательно лицо,

¹ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 60, 61.

² В соответствии со ст. 307 ГК «в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности».

допустившее просрочку исполнения. Это исключительно лицо, обязанное совершить действие, причем, быть может, совершить его только в будущем и не обязательно путем уплаты денег. Соответственно «общий», гражданско-правовой термин «должник» содержится несколько шире, чем «специальный», банкротный.

Что касается соотношения понятий «должник» и «банкрот», используемых в законодательстве, судебной практике и литературе, то здесь необходимо отметить следующее. *Банкрот* — это официально (судом) признанный несостоятельным должник. Когда инициируется банкротный (конкурсный) процесс, с какой бы процедуры он ни начался, лицо, допустившее просрочку уплаты денежного долга, получает статус должника. А вот банкротом оно станет только тогда, когда на одной из следующих стадий движения дела о несостоятельности суд вынесет решение о признании его таковым. Этого может и не произойти, что в итоге приведет к тому, что лицо, получившее статус должника, «выйдет» из банкротного процесса, не став банкротом, так как, к примеру, восстановительные процедуры (*финансовое оздоровление или внешнее управление*) окажутся успешными и должник восстановит свою платежеспособность. Но если попытка восстановления финансового состояния окажется неудачной, признания должника банкротом не избежать.

Конкурсоспособность. Вопрос о том, какие *юридические лица* могут быть признаны банкротами или, иными словами, какие их категории являются конкурсоспособными, решается в п. 2 ст. 1 Закона о несостоятельности, предусматривающем, что действие Закона распространяется на все юридические лица, за исключением казенных предприятий, учреждений, политических партий и религиозных организаций¹. Таким образом, несостоятельными могут быть и хозяйственные общества, и товарищества всех организационно-правовых форм и типов, и кооперативы, и унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения, и значительное число видов некоммерческих организаций.

Как видим, в число конкурсоспособных юридических лиц не включена только одна организационно-правовая форма коммерческих организаций — казенные предприятия. Это решение законодателя продиктовано правилом п. 5 ст. 115 ГК, согласно которому Российская Федерация, к слову сказать, конкурсоспособностью не обладающая², несет субсидиарную ответственность по обяза-

¹ Приведенная норма повторяет перечень конкурсоспособных юридических лиц, определенный в ст. 65 ГК.

² См.: определение Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 60-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Русатоммет» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // ИПС «Консультант Плюс».

тельствам казенного предприятия при недостаточности его имущества.

Что касается конкурсоспособности *физических лиц (граждан)*, то здесь решающим является вопрос, имеет ли должник статус индивидуального предпринимателя. Если он зарегистрирован как лицо, осуществляющее коммерческую деятельность без образования юридического лица, то он вполне конкурсоспособен. Если нет — реализация процедур банкротства является невозможной¹.

Вместе с тем необходимо учитывать, что российский законодатель определенно выразил волю на то, чтобы в будущем признать конкурсоспособность и за гражданами, не являющимися индивидуальными предпринимателями (*ввести так называемое «потребительское банкротство», известное, например, американскому правопорядку*). Пункт 3 ст. 1 Закона о несостоятельности закрепляет, что «отношения, связанные с несостоятельностью (банкротством) граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, регулируются настоящим Федеральным законом». В то же время согласно п. 2 ст. 231 Закона о несостоятельности, предусмотренные в нем положения о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, вступают в силу со дня вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы. Такой закон в силу не вступил и ст. 25 ГК по-прежнему оговаривает случай банкротства только индивидуальных предпринимателей².

Изменения в правовом статусе должника, вызываемые открытием дела о банкротстве. Вполне очевидно, что введение в отношении лица процедур банкротства не проходит бесследно с точки зрения его прав и обязанностей. Если говорить о принципиальных положениях, которые характеризуют изменения в правовом статусе должника, происходящие в связи с открытием в отношении него конкурсного процесса, то необходимо выделить следующее.

Лицо, в отношении которого введены процедуры банкротства, на протяжении всего конкурсного процесса продолжает являться субъектом права. Лицо остается собственником принадлежавшего ему до возбуждения производства по делу о несостоятельности

¹ Такое положение находит подтверждение и в арбитражно-судебной практике. См.: постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 июня 2003 г. № А42—328/03-КА15 и Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17 января 2005 г. № Ф08-6367/2004 // ИПС «Консультант Плюс».

² Подход, согласно которому несостоятельными будут признаваться не только предприниматели, но и обычные граждане, получил право на существование не в 2002 г., когда был принят ныне действующий Закон о несостоятельности 2002 г., а ранее — в 1998 г., когда был принят его «предшественник» — Закон о несостоятельности 1998 г.

имущества, сохраняет права требования и долги по обязательствам, обязано платить налоги, отвечать за экологический и иной вред. Вместе с тем практически на любой из стадий конкурсного процесса, при введении каждой предусмотренной законом процедуры банкротства права этого субъекта в отношении принадлежащего ему имущества существенным образом ограничиваются (какие-то сделки подвергаются запрету, требуют дополнительного согласования с управляющим или органами кредиторов, какие-то совершаются без изъявления воли «классических» органов управления юридического лица: коллегиального исполнительного органа, совета директоров и др.).

По завершении банкротного процесса юридическое лицо подлежит ликвидации, *т. е. теряет правосубъектность* (абз. 2 п. 1 ст. 65 ГК), индивидуальный предприниматель только *теряет соответствующий статус* (п. 1 ст. 25 ГК РФ). Говорить о том, что с потерей статуса индивидуального предпринимателя гражданин не признается субъектом права, конечно же, не приходится, поскольку это противоречит Конституции РФ, хотя и встречалось в многовековой истории развития института банкротства. В течение года после банкротства физическое лицо не вправе вновь зарегистрироваться для ведения предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 216 Закона о несостоятельности).

Правовое положение лица, урегулирование долгов которого осуществляется в ходе производства по делу о банкротстве, характеризуется таким важным элементом, как *конкурсный иммунитет*. Последний означает, что «никто из кредиторов не может осуществлять требований к должнику иначе, нежели в рамках производства по делу в связи с несостоятельностью»¹. В ранее действовавшем Федеральном законе от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» конкурсный иммунитет оговаривался наиболее рельефно, а именно: в п. 4 ст. 11 и п. 1 ст. 57, закреплявших соответственно, что с момента принятия арбитражным судом к производству заявления о признании должника банкротом кредиторы не вправе обращаться к должнику в целях удовлетворения своих требований в индивидуальном порядке и что с момента вынесения арбитражным судом определения о принятии заявления о признании должника банкротом имущественные требования к нему могут быть предъявлены только с соблюдением порядка предъявления требований к должнику, установленного Законом о несостоятельности 1998 г. В действующем Законе о несостоятельности конкурсный иммунитет обозначен менее категорично, но все-таки оговаривается. Статья 63 закрепляет, что «с даты вынесения арбитражным судом определения о введении наблюдения на-

ступают следующие последствия: «...требования кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, срок исполнения по которым наступил на дату введения наблюдения, могут быть предъявлены к должнику только с соблюдением установленного настоящим Федеральным законом порядка предъявления требований к должнику».

Еще один принципиальный момент, который определяет положение должника, являющегося юридическим лицом, в процедурах банкротства. Российский институт несостоятельности в целом воспринял тенденцию зарубежного законодательства на размежевание, разделение судеб предприятия (*коммерчески ориентированного имущественного комплекса, бизнеса*) и *юридического лица в конкурсном процессе*. Выражением этого в российском Законе о несостоятельности являются положения о внешнем управлении, включая продажу предприятия (бизнеса) должника (ст. 110), возможность осуществления такой продажи при проведении конкурсного производства (ст. 139), а также правила ст. 176, согласно которым при продаже имущества градообразующей организации, признанной банкротом, арбитражный управляющий должен выставить на продажу на первых торгах все предприятие в целом (*как единый имущественный комплекс*) и, если такие торги результата не принесут, имущество банкрота должно быть реализовано по частям¹.

Наконец, еще одной из составляющих, которые в целом характеризуют изменения в правовом положении лица в связи с открытием в отношении него производства по делу о несостоятельности, является *появление фигуры арбитражного управляющего* и соответственно, включение должника в правоотношения с этим участником производства по делу о несостоятельности².

II. Правовой статус кредитора. Справедливый режим в отношении контрагентов должника. Пункт 7 раздела I части первой Руководства ЮНСИТРАЛ определяет, что «цель обеспечения

¹ На тенденцию разделения судеб предприятия и юридического лица обращает внимание и А. В. Егоров, который применительно к теме реабилитационных процедур банкротства задается вопросом, а на что они (реабилитационные процедуры), собственно, направлены: на спасение (сохранение) бизнеса, т. е. предприятия как такового, или на реабилитацию хозяйствующего субъекта, владеющего бизнесом (см.: Егоров А. В. Реабилитационные процедуры в деле о банкротстве // Денисов С. А., Егоров А. В. Сарбаш С. В. Реабилитационные процедуры в деле о банкротстве. Постатейный комментарий к главам V, VI, VIII Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». М., 2003. С. 22.

² Если в отношении должника — юридического лица назначение арбитражного управляющего — это правило, то в отношении должника — физического лица — скорее исключение из него. При банкротстве гражданина назначение конкурсного управляющего осуществляется только при определенных условиях (см.: п. 2 ст. 209 Закона о несостоятельности).

¹ Васильев Е. А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах: Учебное пособие. М., 1989. С. 51.

справедливого режима [в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении — Примеч. авт.] основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих аналогичными юридическими правами, должен быть равным, а удовлетворение их требований должно происходить в соответствии с их относительной очередностью и интересами», а также что «режим для всех кредиторов не обязательно должен быть абсолютно равным, но что он должен отражать условия различных сделок, заключенных ими с должником»¹. Иными словами, развитое законодательство о банкротстве ориентирует на то, что кредиторы должника, попавшего в положение банкротства, во-первых, должны получить защиту своих прав на основе принципиального *соблюдения начала равноправия*, а во-вторых, такое равноправие *не может быть подвергнуто абсолютизации*.

В качестве примера можно привести кредиторов предприятия-должника, получающих компенсации за причиненные увечья. Конечно, основание возникновения обязательства платить — нанесение ущерба здоровью гражданина — является достаточным оправданием тому, чтобы выделить данную категорию кредиторов в особую группу. Но вот давать дополнительные привилегии тем из указанных лиц, кто получил увечье в качестве работника должника, т. е. в связи с профессиональной деятельностью, отдавая им предпочтение в сравнении с травмированными «неработниками», было бы делом несправедливым.

Наиболее рельефно указанные выше начала проявляются в подходе к очередности погашения требований кредиторов. Вполне очевидно, что чем более привилегированной является очередь, в которую попадает тот или иной кредитор, тем больше у него шансов получить должное, так как случаи полного удовлетворения претензий кредиторов в деле о банкротстве достаточно редки и в российской, и в западной практике. Венцом начала равноправия является известный принцип распределения конкурсной массы (*имущества банкрота*), именуемый «*pari passu*», в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторах применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти кредиторы получают удовлетворение пропорционально их требованиям из активов имущественной массы, имеющихся для распределения среди кредиторов их очереди². Вместе с тем сам факт существования определенной очередности удовлетворения требований означает, что равенство в данном случае не абсолютно.

Тема очередности погашения претензий — не единственная иллюстрация не абсолютизируемого равноправия кредиторов.

¹ Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 12.

² Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 7.

В данном контексте следует отметить и разный подход к заявлению требований в реестр кредиторов (порядок должен быть единым, но он может иметь особенности, зависящие от категорий кредиторов¹), к голосованию на собраниях (действует принцип «количество голосов равно количеству единиц денежного требования», но вместе с тем ряд кредиторов, в первую очередь находящихся в привилегированном положении, может быть исключен из числа голосующих) и др.

Категории кредиторов. Во многом приведенными принципами российский законодатель руководствуется при определении статуса отдельных групп контрагентов должника. Закон о несостоятельности в ст. 2 выделяет две отдельные категории лиц: а) собственно *кредиторов*, под которыми понимаются лица, имеющие по отношению к должнику права требования по денежным обязательствам и иным обязательствам, об уплате обязательных платежей, о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовому договору, а также б) *конкурсных кредиторов* — кредиторов по денежным обязательствам, за исключением уполномоченных органов, граждан, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, морального вреда, имеет обязательства по выплате вознаграждения по авторским договорам, а также учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия. Вторые представляют собой разновидность первых, обладая большим объемом юридически подкреплённых возможностей, но и оставаясь в менее выгодном, с точки зрения шансов сполна получить должное, положении.

С точки зрения Закона о несостоятельности можно выделить, правда, только условно (т. е. без нахождения легальной дефиниции этого термина), «*неденежных*» кредиторов. Пункт 5 ст. 4 Закона говорит, что «требования кредиторов по обязательствам, не являющимся денежными, могут быть предъявлены в суд и рассматриваются судом, арбитражным судом в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством». Кредиторы по неденежным обязательствам по общему правилу в деле о банкротстве

¹ См., например: п. 4 мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц» // ИПС «Консультант Плюс».

не участвуют¹, однако в отдельных случаях могут добиться соответствующего статуса, произведя трансформацию неденежного долга в денежный.

Особая категория — *кредиторы по текущим платежам*. Под текущими платежами понимаются денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие после принятия заявления о признании должника банкротом, а также денежные обязательства и обязательные платежи, срок исполнения которых наступил после введения соответствующей процедуры банкротства. После введения следующей процедуры банкротства платежи по исполнению обязательств, возникших до принятия заявления о признании должника банкротом, срок исполнения которых наступил до даты введения следующей процедуры, не являются текущими платежами. При этом платежи по обязательствам, возникшим после принятия заявления о признании должника банкротом, независимо от смены процедуры банкротства относятся к текущим платежам².

Наконец, в отдельную разновидность кредиторов можно выделить так называемые *уполномоченные органы* — федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные представлять в деле о банкротстве и в процедурах банкротства требования об уплате обязательных платежей и требования Российской Федерации по денежным обязательствам, а также органы исполнительной власти субъектов Федерации, органы местного самоуправления, уполномоченные представлять в деле о банкротстве и в процедурах банкротства требования по денежным обязательствам соответственно субъектов Федерации и муниципальных образований.

Зачем закон выделяет данную категорию? Это объясняется двумя обстоятельствами. Во-первых, наяговая задолженность, ее погашение имеет ряд весьма существенных отличий, выделяющих ее из гражданско-правовых требований (*основания возникновения, механизм принудительного взыскания, ограничения на изменение пра-*

¹ Это порождает не вполне удовлетворительно решаемые практикой проблемы, как, например, случай, когда неденежный иск, будучи обеспеченным, допустим, арестом имущества должника, с введением процедур банкротства теряет это качество, поскольку открытие дела о банкротстве влечет снятие всех ранее наложенных арестов. Истец оказывается в ситуации, когда он лишен ранее имевшихся гарантий и защитить свои права посредством их (*гарантий*) истребования в рамках дела о несостоятельности он не может, ибо не является участником последнего. Подробнее см.: п. 2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

² См.: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

воотношения и т. д.). Во-вторых, в данной части весьма велика и специфична роль государства. С одной стороны, оно едино в двух лицах: выступает и регулятором, и участником отношений. С другой оно действует не непосредственно, а с привлечением в конкурсные отношения своих «представителей» — специально созданных государственных (муниципальных) органов.

Роль и права кредиторов в конкурсном процессе. Руководство ЮНСИТРАЛ выделяет следующие формы участия кредиторов в банкротном процессе³:

(а) «*Право быть заслушанным*»³. Если национальный режим процедур банкротства основывается на этой модели, то кредиторы наделены исключительно минимумом прав в рамках конкурсного дела. Основной объем полномочий передается управляющему, назначаемому судом. Как правило, кредиторы могут высказывать свое мнение перед судом и управляющим, причем, возможно, только консолидировано, т. е. предварительно достигнув договоренности по пунктам выступления и определив уполномоченного их представителя. Но серьезного правового значения их позиция может не иметь. В данном варианте контрагенты должника лишены права определять тип вводимой процедуры, участвовать в назначении управляющего, обжаловать его действия и т. д. В целом такой подход признается наименее сбалансированным, поскольку «в качестве стороны, наибольшим образом экономически заинтересованной в исходе производства, кредиторы могут утратить доверие к производству, в рамках которого ключевые решения принимаются без консультаций с ними»⁴;

(б) «*Общая консультативная функция*». Здесь кредиторы играют уже более заметную роль, в частности, образуя свои постоянно действующие органы (*собрание, комитет*), они могут консультировать управляющего, который, однако, не обязан следовать предлагаемой ему позиции. Вместе с тем «сдерживающим» для него фактором будет служить либо обязанность согласовывать собственные значимые шаги с судом, либо возможность кредиторов обжаловать акты игнорирования их консультаций.

(в) «*Активная роль*». Данная форма подразумевает участие кредиторов во введении той или иной процедуры банкротства,

³ Иллюстрацией указанному может послужить постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 июня 2006 г. № 25 «О некоторых вопросах, связанных с квалификацией и установлением требований по обязательным платежам, а также санкциям за публичные правонарушения в деле о банкротстве» // ИПС «Консультант Плюс».

² См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 225 и след.

³ Наименования форм являются условными, представляют собой не более чем результат обобщения практики и литературы по вопросу, осуществлено-го авторским коллективом.

⁴ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 225.

в выборе и назначении управляющего, в его смещении, в контроле и даже прямом согласовании существенных сделок с имуществом должника и т. д. Иными словами, роль кредиторов весьма значима, однако при всех соответствующих плюсах, влекущих широкое распространение рассматриваемой модели в мире, чрезмерное увлечение ею на уровне законодателя может привести и к отрицательным последствиям. «Если такой надзор или необходимость утверждения лишь усложняют управление имущественной массой в деле о несостоятельности, то это может в конечном счете сказаться на стоимости и эффективности административных процедур»¹.

Российский Закон о несостоятельности придерживается третьего варианта. Кредиторы оказывают существенное влияние на ход производства по делу о несостоятельности, причем как по отдельности, так и, что более значимо, образовав соответствующие органы (*собрание и комитет*): принимают решения о введении процедур банкротства, определяют требования к арбитражному управляющему, обжалуют его действия, инициируют отстранение от занимаемой должности, оспаривают сделки должника, совершенные в преддверии несостоятельности и направленные на вывод активов, и т. д. (ср. ст. 12, 98, 103, 145 Закона о несостоятельности).

III. Правовой статус арбитражного управляющего. Управляющий в деле о банкротстве: мировой подход. В законах разных стран о банкротстве используются различные термины для обозначения лица, несущего ответственность за управление производством по делу о несостоятельности, в том числе такие, как «администраторы», «доверенные лица», «ликвидаторы», «контролеры», «управляющие имущественной массой», «кураторы», «официальные или судебные управляющие» или «комиссары».

Управляющий в деле о несостоятельности может быть *физическим лицом* или, как это имеет место в некоторых правовых системах, *корпорацией*, или другим самостоятельным юридическим лицом. Независимо от способа назначения управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в обеспечении эффективного и действенного выполнения законодательства о несостоятельности, обладает определенными полномочиями в отношении должников и их активов, несет обязанность по защите активов и их стоимости, а также интересов кредиторов и работников, и обеспечивает эффективное и беспристрастное применение закона. Поэтому крайне важно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел соответствующую квалификацию и обладал знаниями, опытом и личными качествами, кото-

¹ Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 227.

рые бы обеспечивали не только эффективное и действенное ведение производства, но также и доверие к режиму несостоятельности.

Таковы требования развитых правовых порядков, обобщенные в Руководстве ЮНСИТРАЛ¹. Рассмотрим, насколько данный подход был учтен при разработке и принятии российского Закона о несостоятельности.

Понятие и виды арбитражных управляющих по российскому закону. Статья 2 Закона о несостоятельности определяет арбитражного управляющего как гражданина Российской Федерации, утверждаемого арбитражным судом для проведения процедур банкротства и осуществления иных установленных этим законом полномочий и являющегося членом одной из саморегулируемых организаций. При этом, как разъяснил Конституционный Суд РФ, полномочия арбитражного управляющего в деле о банкротстве в значительной степени носят публично-правовой характер, что означает действие управляющего в интересах должника, кредиторов и общества в целом². Это, в свою очередь, позволяет определить его как фигуру, на первостепенной основе подчиняющуюся предписаниям публичного права, что, однако, не исключает наличия общественно-правовой природы в его деятельности³.

Законодатель выделил следующие разновидности арбитражных управляющих:

а) *временный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения наблюдения;

б) *административный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения финансового оздоровления;

в) *внешний управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения внешнего управления;

г) *конкурсный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения конкурсного производства.

Таким образом, Закон о несостоятельности предусматривает, что назначение для каждой из «основных» процедур банкротства отдельного арбитражного управляющего, функции

¹ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 206.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева».

³ В юридической литературе многие годы и даже века идет дискуссия, какого рода обязательство возникает в отношениях арбитражного управляющего и других участников конкурсного процесса, в первую очередь должника и кредиторов. До настоящего времени единства мнений достичь не удалось.

и объем правомочий которого существенно различаются. Независимо от процедуры любой управляющий реализует ряд «универсальных», не зависящих от стадии конкурсного процесса задач.

Выбор арбитражного управляющего. В данном вопросе необходимо выделить два положения: а) каковы требования к кандидату на этот пост и б) как строится процедура назначения.

В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к решению первого положения. Управляющий в банкротном процессе может выбираться из числа представителей различных профессиональных групп, например предпринимательского сообщества, служащих какого-либо специализированного правительственного учреждения или из какой-либо частной коллегии квалифицированных специалистов (*как правило, юристов, бухгалтеров*). В некоторых правовых системах законодательство о несостоятельности предусматривает, что по всем конкурсным делам или по некоторым категориям этих дел автоматически назначается конкретное должностное лицо. Во многих государствах управляющий в деле о несостоятельности должен быть физическим лицом, однако в ряде стран допускается назначение и юридического лица при соблюдении определенных требований, например, чтобы лица, которые будут выполнять соответствующую работу от имени юридического лица, обладали надлежащей квалификацией, а деятельность самого юридического лица подпадала под регулирование¹.

Российский закон также предъявляет к кандидату в арбитражные управляющие определенные требования. В соответствии со ст. 20 Закона о несостоятельности арбитражным управляющим может быть гражданин, который:

- 1) зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя;
- 2) имеет высшее образование;
- 3) имеет стаж руководящей работы не менее чем два года в совокупности;
- 4) сдал теоретический экзамен по программе подготовки арбитражных управляющих;
- 5) прошел стажировку сроком не менее шести месяцев в качестве помощника арбитражного управляющего;
- 6) не имеет судимости за преступления в сфере экономики, а также за преступления средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие преступления;
- 7) является членом одной из саморегулируемых организаций.

Конституционность последнего требования была поставлена под

¹ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 209.

сомнение, но Конституционный Суд РФ высказался в пользу соответствия данной нормы Основному закону¹.

Что же касается процедуры назначения арбитражного управляющего, то здесь необходимо отметить следующее.

Во многих правовых системах управляющий в деле о несостоятельности выбирается и назначается судом, который также осуществляет надзор за его деятельностью. Выбор может производиться по усмотрению суда из списка специалистов, обладающих надлежащей квалификацией, а также может осуществляться с помощью использования реестра специалистов, или на основе ротации, или же каким-либо другим способом, например по рекомендации кредиторов или должника.

В некоторых государствах выбор управляющего осуществляется по поручению суда специальным органом или учреждением, на которое возложены функции по общему регулированию деятельности всех управляющих в делах о несостоятельности.

Еще один подход позволяет кредиторам играть определенную роль в представлении кандидатур и выборе управляющего в деле о несостоятельности, который может быть назначен при условии, что он отвечает квалификационным требованиям для работы в этом качестве в рамках конкретного дела.

Наконец, четвертый вариант позволяет должнику назначить управляющего в деле о несостоятельности в тех случаях, когда, например, реорганизационное производство (*восстановительная процедура банкротства: финансовое оздоровление или внешнее управление*) было открыто по инициативе должника².

В соответствии со ст. 39, 42 и 45 Закона о несостоятельности суд на основании заявления кредитора, инициирующего дело о банкротстве, определяет саморегулируемую организацию, из числа членов которой будет избран арбитражный управляющий, и передает ей соответствующий запрос. После получения запроса о представлении кандидатур управляющего саморегулируемая организация составляет список своих членов, изъявивших согласие быть утвержденными судом в качестве арбитражного управляющего и в наибольшей степени удовлетворяющих требованиям к кандидатуре арбитражного управляющего, содержащимся в за-

¹ Как указал Суд, «публично-правовой статус арбитражных управляющих обуславливает право законодателя предъявлять к ним специальные требования, касающиеся в том числе членства в профессиональном объединении, на которое государство также возлагает ответственность за обеспечение проведения процедур банкротства надлежащим образом» (п. 3 мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева»).

² См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 210 и след.

просе. Должник и заявитель (представитель собрания кредиторов) вправе отвести по одной кандидатуре арбитражных управляющих, указанных в списке кандидатур. Оставшаяся кандидатура утверждается арбитражным судом.

Данный порядок в действующем законе изложен применительно к первой из вводимых процедур банкротства — наблюдению и соответственно касается назначения временного управляющего. Однако он является единым для всех разновидностей рассматриваемого участника дела о банкротстве. Законодатель, используя известный прием нормотворческой техники, не прибегает к подробному изложению соответствующей процедуры применительно к назначению административного, внешнего и конкурсного управляющего, а допускает отсылочную норму, указывающую на необходимость применения ст. 45 Закона о несостоятельности (ст. 83, 96, 127). Отличие в данном случае только одно. Если при введении наблюдения саморегулируемая организация указывается кредитором — инициатором дела о банкротстве, то в последующих процедурах организацию выбирает уже собрание кредиторов (п. 1 ст. 73 Закона о несостоятельности).

Обязанности и функции арбитражного управляющего. В Руководстве ЮНСИТРАЛ названы следующие обязанности и функции управляющего в банкротном деле, которые реализуются независимо от типа введенной процедуры банкротства:

- а) взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу, и коммерческой документации должника;
- б) выполнение функций представителя имущественной массы;
- в) привлечение финансирования после открытия производства;
- г) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках возбужденных судебных, арбитражных или административных процедур;
- д) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода);
- е) принятие мер для защиты и сохранения активов имущественной массы и коммерческого предприятия должника;
- ж) регистрация прав имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении добросовестных приобретателей), а также ряд др.¹

Конечно, ряд из перечисленных функций реализуется на определенных стадиях условно или опосредованно, но в целом закон ориентирует любого управляющего на следование таким задачам. Помимо этого в зависимости от избранной процедуры банкротства арбитражный управляющий может выполнять более узкие, специфически направленные функции, в частности, при

¹ См.: Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 212 и след.

попытке восстановления бизнеса и платежеспособности должника — разработку плана санации (финансового оздоровления) предприятия, его последующее претворение в жизнь, а при ликвидации — реализацию активов имущественной массы.

Российский закон о несостоятельности в целом следует тенденциям развитых систем несостоятельности (ст. 67, п. 3 ст. 83, ст. 99, 129).

IV. Арбитражный суд как участник правоотношений несостоятельности (банкротстве). Подведомственность дел о банкротстве. Зарубежная практика знает различные варианты структурирования законов о несостоятельности с точки зрения решения вопроса, какой орган будет являться компетентным для разрешения банкротных дел. В Англии и США созданы специальные суды по делам о несостоятельности, во Франции — это сфера компетенции коммерческих судов, в Германии действуют специальные коммерческие палаты судов общей юрисдикции.

В дореволюционной России данный вопрос решался дуалистично: делами о торговой несостоятельности ведали коммерческие суды, делами о неторговой — суды общие¹.

В соответствии со ст. 33 АПК и ст. 32, 33 Закона о несостоятельности все без исключения дела о несостоятельности юридических лиц и граждан подведомственны арбитражным судам. Такое решение законодателя, последствия принятия которого отложены на неопределенное время², хотя и нарушает генеральную линию, проведенную им же (*законодателем*) при разграничении подведомственности дел арбитражным судам и судам общей юрисдикции³, но все же в современных правовых условиях является правильным, тем более что банкротство в данном контексте не стоит особняком (*к ведению арбитражных судов отнесены, к примеру, и акционерные споры, когда акционер — это физическое лицо, не обладающее статусом индивидуального предпринимателя*). В силу прямого указания закона (п. 3 ст. 33 Закона о несостоятельности) дела о банкротстве не может рассматривать и третейский суд.

¹ См.: Попондопуло В. Ф., Слепченко Е. В. Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде. СПб., 2004. С. 116.

² «Потребительское банкротство», т. е. несостоятельность граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, станет предметом судебного рассмотрения только с момента вступления в силу федерального закона, которым в Гражданский кодекс РФ и другие законодательные акты будут внесены изменения, касающиеся самой возможности урегулирования долгов по обязательствам граждан, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, с помощью института несостоятельности.

³ Споры с участием граждан рассматриваются в судах общей юрисдикции, споры с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей — в судах арбитражных.

Роль и положение суда в деле о банкротстве. Роль и положение арбитражного суда в конкурсном процессе предопределены особым характером (спецификой) производства по делам о несостоятельности, осуществляемого судебными органами¹. В чем же состоит этот особый характер? В банкротном процессе господствует так называемый *следственно-ревизионный принцип*, тогда как в гражданском (арбитражном) процессе — *состязательное начало*. Господство следственно-ревизионного принципа означает, что к частнопроводному отношению присоединяется элемент общественно-публичный (*нарушение платежной дисциплины, на которой построено экономический оборот и без которой последний в современных условиях был бы совершенно невозможен*) и в силу этого охраняемый государством, заинтересованным в определенном положении дел. Интерес общества и государства в данном случае выражается в том, чтобы предприниматели в отношениях между собой и с потребителями не допускали просрочки или неисполнения своих обязательств, а если уж таковые и произошли, то компенсация пострадавшим производилась бы на основе начала справедливости.

Напротив, объектом судебного исследования в гражданском (арбитражном) деле «от начала и до конца служит единственно частное гражданско-правовое отношение»². Иными словами, обычный исковой порядок защиты нарушенных прав нацелен на обслуживание интереса частных лиц, не связан с нарушениями, масштаб которых был бы способен подорвать экономические устои общества. К примеру, нарушение условий поставки продукции в каком-то конкретном случае, безусловно, заслуживает юридической защиты, но в силу его отдельности, в частности государство не должно вмешиваться в правосстановительный процесс; его инициирование будет всецело зависеть от кредитора. А вот если неисполнение обязательств должником становится массовым, касается всех или значительной части его кредиторов, что объясняется финансовыми затруднениями их контрагента, способными привести к несправедливому распределению его имущества в пользу его бывших партнеров, требующих должного, то здесь правосстановительное производство требует помощи и вмешательства государства³.

¹ См.: Снякина А. М. Процессуальные особенности рассмотрения арбитражным судом дел о несостоятельности (банкротстве). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

² Вербловский Г. Производство конкурсных дел в окружных судах // Юридический вестник, 1889, Т. 1. Кн. 3. С. 457.

³ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 22 июля 2002 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав вкладчиков и акционеров» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» // Российская газета. 2002. 1 августа.

В законодательстве Российской Федерации следственно-ревизионное начало проявляется и во введении фигуры арбитражного управляющего¹, и в отстранении действующих органов должника от управления делами последнего, и во многом другом. Но в первую очередь оно выражается именно в деятельности арбитражного суда. Анализируя действующие законоположения, в которых говорится о полномочиях суда при производстве по делу о несостоятельности, можно выделить следующие его основные функции:

1. *Функция определения наличия или отсутствия признаков несостоятельности должника и его процессуального закрепления.* Арбитражный суд единолично решает вопрос именно о признаках несостоятельности, будучи в то же время стесненным в решении вопроса о юридической судьбе должника, обладающего таковыми (*признаками банкротства*), так как он не может принять решение об объявлении должника банкротом при наличии решения первого собрания кредиторов о введении процедуры финансового оздоровления или процедуры внешнего управления (п. 1 ст. 75 Закона о несостоятельности). Также при определенных обстоятельствах его воля в данном вопросе может быть стеснена и другими лицами: акционерами (участниками) организации-должника, собственником ее имущества, третьими лицами (п. 2, 3 ст. 75 Закона о несостоятельности). Вместе с тем и в вопросе определения юридической судьбы должника суд в некоторых случаях может и даже обязан проявить самостоятельность.

2. *Функция «апелляционной инстанции»*, выполняя которую арбитражный суд в соответствии со ст. 60 Закона о несостоятельности реагирует на заявления арбитражных управляющих о возникших разногласиях с другими лицами и органами, участвующими в применении процедур банкротства, а также на жалобы кредиторов и обращения иных уполномоченных лиц и органов.

3. *Ревизионно-наблюдательная функция.* Выполняя эту функцию, арбитражный суд, так же как и при рассмотрении заявлений и жалоб, дает оценку действиям и решениям других участников конкурсного процесса, но здесь суд действует уже по своему усмотрению либо в силу прямого указания закона, т. е. без заявления или жалобы с чьей-либо стороны. Ревизионно-наблюдательная функция арбитражного суда проявляется, например, в выборе и назначении арбитражного управляющего (п. 4 ст. 45, п. 1 ст. 83, ст. 96 и др. Закона о несостоятельности), в решении вопроса об его отстранении (ст. 98, 145 Закона о несостоятельности), в осуществле-

¹ Подтверждение этому можно обнаружить в практике Конституционного Суда РФ. См.: постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева» (п. 3 мотивировочной части).

нии контроля за своевременностью утверждения плана внешнего управления (п. 4, 5 ст. 107 Закона о несостоятельности), за своевременностью рассмотрения кредиторами отчета внешнего управляющего по итогам внешнего управления п. 7 ст. 119 Закона о несостоятельности), за своевременностью расчетов с кредиторами (п. 3 ст. 120 Закона о несостоятельности), в праве арбитражного суда требовать от конкурсного управляющего представления всех сведений, касающихся конкурсного производства (п. 3 ст. 143 Закона о несостоятельности) и в др.

Как представляется, именно этой функцией можно объяснить и правило ныне действующего закона, согласно которому включение требований кредиторов в соответствующий реестр, что фактически означает признание за ними права участия в разделе имущества банкрота, производится только судебным актом п. 6 ст. 16 и др. Закона о несостоятельности). Законодатель исходил из того, что судебный орган не должен быть только апелляционной инстанцией в этом вопросе, реагируя на споры кредиторов, должника и управляющего. Он должен полностью контролировать этот процесс, непосредственно участвуя в нем, дабы исключить возможные споры и злоупотребления, последствия которых могут быть крайне существенными с точки зрения охраны общественного интереса.

Вместе с тем отметим, что мировая практика знает разные подходы к решению этого вопроса с позиции вида судебных учреждений, компетентных рассматривать требования о включении в реестр кредиторов. Так, английская и американская практика строятся на традиции рассмотрения этих дел в том же суде, который ведет дело о банкротстве (*подход, аналогичный российской модели*), в то время как в Германии споры о признании конкурсным кредитором разрешаются не в судах, компетентных вести конкурсные процессы — специальных коммерческих палатах судов общей юрисдикции, а в общих судах непосредственно¹.

Проявления «следственно-ревизионного принципа» при рассмотрении дел о несостоятельности, известные теории и практике конкурсного процесса, выражаются также в открытии несостоятельности по инициативе суда, игнорирование отказа кредитора-заявителя от поддержания заявления о признании должника банкротом.

§ 3. Процедуры несостоятельности (банкротства)

1. Процедура несостоятельности (банкротства): понятие, цели и основания введения. Понятие процедуры банкротства. Законода-

¹ См.: Пустовалова Е. Ю. Судьба требований кредиторов при банкротстве должника. М., 2003. С. 111.

тель, реализуя попытку придать адекватную правовую форму отношениям, складывающимся между должником и его кредиторами в связи с несостоятельностью первого, структурировал нормы, помещенные в Закон о несостоятельности, на основе выделения процедур банкротства. Закон содержит отдельные главы, посвященные наблюдению, финансовому оздоровлению и другим процедурам. Вместе с тем, используя понятие «процедура (процедуры) банкротства», основной нормативно-правовой акт в рассматриваемой сфере не определяет его, ограничиваясь простым перечислением этих процедур.

Пункт 1 ст. 27 Закона о несостоятельности, которая так и именуется — «Процедуры банкротства», закрепляет, что при рассмотрении дела о банкротстве должника — юридического лица применяются следующие процедуры банкротства: наблюдение, финансовое оздоровление, внешнее управление, конкурсное производство, мировое соглашение. Пункт 2 этой же статьи содержит перечисление процедур, но только применяемых в отношении должника-гражданина: конкурсное производство, мировое соглашение и иные процедуры, предусмотренные данным Законом.

Процедура банкротства — это в первую очередь порядок осуществления, применения чего-либо в отношении неисправного должника, воздействия на последнего. Но что конкретно реализуется в рамках этого порядка? Можно утверждать, что практически все дозволенные законом варианты воздействия на должника укладываются в понятие «*меры (мероприятия), применяемые к должнику*»¹. Все многообразие отношений в сфере банкротства можно свести к трем группам:

а) определение того, имеются ли основания для «помещения» субъекта в сферу действия законодательства о несостоятельности, или, другими словами, имеются ли у него признаки банкротства;

б) при наличии последних — применение к нему определенных, предусмотренных правовыми актами мер (*охрана его имущества, оказание финансовой помощи, прощение части долга, продажа и раздел его активов и т. д.*);

в) решение вопросов организационного характера (*подготовка арбитражных управляющих, координация деятельности государственных органов, уполномоченных представлять публично-правовые образования в конкурсных процессах, и т. п.*).

Воздействие на должника на разных этапах производства по делу о его банкротстве связано с применением определенных, строго установленных (допускаемых) законом мер. При *возбуждении производства по делу* — это первоначальные охранительные

¹ О соотношении понятий «процедуры банкротства», «меры», «мероприятия» см.: Рубцова Н. В. Процедур банкротства юридических лиц: Учебное пособие. Новосибирск, 2003. С. 8—14.

и обеспечительные меры (наложение арестов на имущество должника, отстранение его от управления активами, введение стороннего наблюдателя, установление истинного финансово-экономического положения и т. д.), при наличии вывода о возможности восстановления платежеспособности — *мероприятия по восстановлению платежеспособности* (те, что перечислены в ст. 109 Закона о несостоятельности, плюс мораторий на удовлетворение требований кредиторов, плюс возможность отказаться от убыточных или низкорентабельных договоров должника¹ и признать недействительными часть его сделок), наконец, при принятии решения о признании должника банкротом — *ликвидационные меры* (выявление кредиторов и предоставление им возможности заявить свои требования в конкурс, меры по формированию, реализации и разделу конкурсной массы, прекращение юридического лица — банкрота как субъекта права и др.). Реализация этих и других мер в отношении должника происходит во взаимодействии участников конкурсного процесса: кредиторов, должника, его контрагентов, суда, арбитражного управляющего и других лиц, перечень которых содержится в Законе о несостоятельности.

Таким образом, *процедура банкротства* — это установленный правовыми актами порядок применения допустимых законодательством мер к должнику, имеющему признаки банкротства или официально объявленному несостоятельным. Можно утверждать, что соотношение процедур банкротства и мер, применяемых к должнику, строится во многом как *взаимосвязь формы и содержания*. Применение мер, мероприятий к должнику составляет фактическое содержание правоотношений, имеющих место в связи с открытием конкурсного процесса. Процедуры банкротства, по сути, являются правовыми формами организации и применения мер к должнику.

Цели и основания введения процедур банкротства. Цель введения той или иной процедуры банкротства — упорядочить, организовать применение тех или иных мер к неисправному должнику. Закон четко указывает, применение каких мер к должнику возможно в рамках определенной процедуры несостоятельности (ст. 67, 69, 70, 109), а также определяет, на достижение какой цели они должны быть направлены (п. 1 ст. 84). А такая традиционная процедура, как конкурсное производство, подразумевает

¹ Данное мероприятие может применяться только в соответствии с ограничениями, установленными ст. 102 Закона о несостоятельности, а также вытекающими из положений Конституции РФ и выявленными Конституционным Судом РФ (подробнее см.: постановление этого суда от 6 июня 2000 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего пункта 2 статьи 77 «Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой ОАО «Тверская прядильная фабрика» // Российская газета. 2000. 15 июня).

стандартный, исторически сложившийся набор осуществляемых мероприятий: составление актива (конкурсной массы), пассива (обязательств), погашение в определенной очередности требований кредиторов и ликвидация юридического лица — банкрота. Отсюда участники конкурсного процесса (*должник, кредиторы и др.*), ходатайствуя о введении той или иной процедуры, тем самым предлагают реализовать комплекс «наполняющих» ее мер. Другими словами, выражение «применить (применение) процедуру банкротства» (абз. 11—15 ст. 2 Закона) может восприниматься как применение сопровождающих ее введение (открытие) мероприятий. Последние же применяются в строго определенных целях, например, перепрофилирование производства, взыскание дебиторской задолженности и уступка прав требования при проведении внешнего управления — в целях восстановления платежеспособности должника.

Говоря об основаниях введения процедур банкротства, можно выделить формальные и материальные основания. *Формальным основанием* для введения той или иной процедуры банкротства является решение (определение, заявление, объявление) установленного законом субъекта (органа), а *материальным основанием* — факты, обстоятельства, выявление (наличие) которых и позволяет принять такое решение. В частности, для введения процедуры внешнего управления формальными основаниями являются решение первого собрания кредиторов и (или) определение арбитражного суда (ст. 75 Закона), а материальным основанием — реальная возможность восстановления платежеспособности, подтвержденная решением первого собрания кредиторов или наличием оснований полагать это, выявленных арбитражным судом самостоятельно (абз. 5 п. 2 ст. 75 Закона).

II. Наблюдение. Понятие наблюдения. «Нейтральность» процедуры. Наблюдение, как указывает ст. 2 Закона о несостоятельности, представляет собой процедуру банкротства, применяемую к должнику в целях обеспечения сохранности имущества должника, проведения анализа финансового состояния должника, составления реестра требований кредиторов и проведения первого собрания кредиторов. Данная процедура длится не более чем семь месяцев с даты поступления заявления, открывающего дело (п. 3 ст. 62, ст. 51 Закона).

Мировой опыт построения национальных систем регулирования банкротства признает несколько вариантов (стандартов) открытия конкурсного процесса. Как указывается в Руководстве ЮНСИТРАЛ, «в законодательстве некоторых стран стандарт открытия производства устанавливает основу для открытия либо реорганизационного, либо ликвидационного производства. Если заявление об открытии ликвидационного производства подается кредитором, законодательство о несостоятельности может разрешать должнику подавать заявление о преобразовании ликвидаци-

онного производства в реорганизационное. В соответствии с законодательством других стран, где предпочтение отдается реорганизации, должно возбуждаться реорганизационное производство, однако оно может быть преобразовано в ликвидационное, если будет доказано, что предприятие должника не может быть реорганизовано. Согласно еще одному подходу предусматриваются единые последствия подачи заявления и выбор между реорганизацией и ликвидацией будет сделан лишь по истечении определенного срока, в течение которого оценивается финансовое положение должника»¹.

Российский Закон о несостоятельности предусматривает, что открытие судебного производства по делу о несостоятельности как юридического лица, так и гражданина² влечет по общему правилу введение единой предусмотренной законом процедуры, а именно процедуры наблюдения. Иными словами, ни должник, ни кредиторы не вправе при подаче в арбитражный суд заявления о банкротстве настаивать на открытии и дальнейшем течении конкурсного процесса в русле определенной избранной ими процедуры, что позволяет отнести наш закон к третьей модели правового регулирования открытия дела о банкротстве. Данное обстоятельство, как можно понять, с положительной стороны оценивается в литературе³.

Таким образом, наблюдение, по сути, «открывает» дело о банкротстве, является его первой стадией, нейтральной с точки зрения уклона банкротного процесса. Оно оставляет возможность для выбора участниками производства варианта дальнейшего движения дела: либо это будет попытка восстановить финансы предпринимателя-должника, что повлечет введение финансового оздоровления или внешнего управления, либо процесс пойдет по пути ликвидации бизнеса, что будет поводом к открытию конкурсного производства.

Меры, применяемые к должнику в процедуре наблюдения. Очертим круг мер, применяемых к должнику в процедуре наблюдения.

¹ Руководство ЮНСИТРАЛ. С. 57.

² Статья 27 Закона о несостоятельности не оговаривает возможности введения наблюдения в отношении должников — физических лиц, однако, по мысли законодателя, оно (наблюдение) вводится. На это указывают специальные нормы, посвященные банкротству граждан, в частности, п. 1 ст. 207 Закона («Одновременно с вынесением определения о *введении наблюдения* в отношении гражданина арбитражный суд налагает арест на имущество гражданина...»), а также п. 2 ст. 27, согласно которому перечень процедур банкротства гражданина в отличие от юридического лица является не закрытым.

³ См.: Витрянский В. В. Реформа законодательства о несостоятельности (банкротстве) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. Специальное приложение к № 2. 1998. С. 84.

Уже цитированное нами законодательное определение этой процедуры банкротства позволяет заключить, что это, во-первых, меры по сохранности имущества должника, во-вторых, меры по установлению истинного финансового состояния должника, в-третьих, установление числа кредиторов и размера их требований и, наконец, в-четвертых, проведение первого собрания кредиторов.

Меры по сохранности имущества должника в период наблюдения включают:

установление возможности предъявления имущественных претензий к должнику только в рамках конкурсного процесса; приостановление исполнения исполнительных документов по имущественным взысканиям с должника, а также приостановление производств в судах по искам о взыскании денег;

введение запрета удовлетворять требования о выделе доли (пая) в имуществе должника в связи с выходом из состава его участников (п. 1 ст. 63 Закона о несостоятельности);

установление запретов органам управления наблюдаемого юридического лица совершать определенные сделки без согласия временного управляющего (п. 2 ст. 64 Закона), принимать названные в законе решения (п. 3 ст. 64 Закона);

отстранение арбитражным судом руководителя должника от должности в случае нарушения им банкротного законодательства (ст. 69 Закона) и др.

Меры по установлению истинного финансового состояния должника представляют собой анализ корпоративных финансов должника (бухгалтерской отчетности, показателей рентабельности, структуры затрат, генерации денежного потока, налогового долга, возможности снижения затрат на обслуживание полученных банковских кредитов и т. д.). Это входит в обязанности временного управляющего (п. 1 ст. 67, ст. 70 Закона) и главным образом направлено на решение вопроса, в состоянии ли должник восстановить в будущем свою платежеспособность.

Первое собрание кредиторов. Окончание наблюдения. Закон предписывает, что не позднее чем за десять дней до даты окончания процедуры наблюдения должно быть созвано и проведено первое собрание кредиторов (п. 1 ст. 72). Организует и проводит собрание временный управляющий, обязанный проделать до этого времени всю подготовительную работу: выявить известных и обнаруженных из документации должника кредиторов, уведомить их о введении наблюдения, проанализировать корпоративные финансы должника, сформировать реестр кредиторов, подготовить и провести рассылку приглашений к участию.

От круга вопросов, выносимых на разрешение участников первого собрания, зависит дальнейшее движение дела о банкротстве и судьба должника. В частности, кредиторы решают, какая процедура будет введена в последующем: финансовое оздоровле-

ние, внешнее управление, конкурсное производство или, быть может, должник заключит с ними мировую сделку. Здесь же выясняется, на какой срок контрагенты должника желают ввести соответствующую процедуру. Далее собрание определяет требования к управляющему, который будет назначен на последующей стадии процесса, а также выбирают саморегулируемую организацию, представляющую кандидатов на этот пост. Наконец, участники собрания принимают решение о формировании комитета кредиторов (ст. 73, 74 Закона).

Решение собрания представляется в суд, который обязан подчиниться мнению кредиторов, ходатайствующих о введении финансового оздоровления или внешнего управления, и назначить соответствующую процедуру. То же правило действует и в отношении конкурсного производства (п. 1 ст. 75 Закона). Исключение предусмотрено для случая, когда кредиторы ходатайствуют перед судом о введении внешнего управления или конкурсного производства, а учредители должника или собственник его имущества настаивают на введении финансового оздоровления. Если последние представляют банковскую гарантию, покрывающую риски кредиторов не получить должное, суд может проигнорировать решение собрания и ввести процедуру финансового оздоровления (п. 3 ст. 75 Закона).

III. Финансовое оздоровление. В соответствии со ст. 2 Закона *о несостоятельности (банкротстве)* финансовое оздоровление — это процедура банкротства, применяемая к должнику в целях восстановления его платежеспособности и погашения задолженности в соответствии с графиком погашения задолженности. По своей направленности оздоровление представляет собой процедуру реабилитационного (реорганизационного), а не ликвидационного характера. Максимальный срок, на который может быть введено финансовое оздоровление, — два года (п. 6 ст. 80 Закона).

Появление рассматриваемой процедуры банкротства в Законе о банкротстве было одной из принципиальнейших новаций в конкурсном законодательстве периода реформы 2002 г. Ранее действовавший Закон о несостоятельности 1998 г., не говоря уже о его «предшественнике» — законодательном акте, регулировавшем отношения в связи с несостоятельностью в период с 1992 по 1998 г., ничего подобного не содержал.

Процедура финансового оздоровления как самостоятельный институт несостоятельности неизвестна иностранным законодательствам и представляет собой специфику исключительно российского законодательства о банкротстве. Вместе с тем в литературе отмечается, что финансовое оздоровление имеет некоторое сходство с германской моделью самоуправления¹.

¹ См.: Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. М., 2003. С. 323.

По замыслу законодателя, предназначение финансового оздоровления может быть сведено к следующему. В отличие от внешнего управления — процедуры, наиболее близкой к рассматриваемой и также направленной на восстановление платежеспособности должника, финансовое оздоровление подразумевает, что *восстанавливать платежеспособность будет сам должник (единолично или при помощи третьих лиц)* по им же утвержденному плану, а не *внешние субъекты (арбитражный управляющий и кредиторы)* в соответствии с тем видением развития бизнеса банкрота, которое могло бы, по их мнению, вывести его собственные корпоративные финансы из кризисного состояния. При этом должник берет на себя и тот риск, который проистекает из его самостоятельности в данном вопросе: если оздоровить бизнес не удастся, кредиторы получают причитающееся им из предоставленного должником или третьими лицами обеспечения, причем последнее не может выражаться в имуществе должника, ибо таковое и в силу закона уже составляет основу минимальной гарантии кредиторов (п. 1 ст. 79 Закона).

Иными словами, идея состоит в использовании неоспоримых качеств собственников должника, — они являются субъектами, наиболее сведующими в той отрасли экономики, в которой действует должник, хорошо ориентируются в его финансах, способны учесть предшествующий отрицательный опыт ведения дел. Если поменять команду менеджеров, а законодатель ориентирует участников дела на это, как бы «намекая», что смена главного должностного лица компании может стать полезным шагом (п. 2 ст. 77 Закона), получить дополнительные стимулы в виде угрозы потери предоставленного обеспечения и «нависающего» графика расчетов с кредиторами, то, возможно, данная процедура в определенных случаях будет более эффективна, нежели внешнее управление или мировая сделка.

В *мировой сделке* также можно проследить определенные сходства между этими процедурами. И в финансовом оздоровлении, и в мировом соглашении должник имеет возможность с согласия кредиторов получить отсрочку или рассрочку исполнения платежных обязанностей, сохранив при этом возможность продолжить управление своим имуществом, но с некоторыми ограничениями. Однако в отличие от мирового соглашения производство по делу о несостоятельности должника с введением финансового оздоровления не прекращается¹.

Порядок введения финансового оздоровления. Инициатива во введении рассматриваемой процедуры может исходить либо от должника, либо от третьего лица (третьих лиц). Если вести речь

¹ См.: *Сарбаш С. В.* Финансовое оздоровление. Постатейный комментарий главы V Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // *Денисов С. А., Егоров А. В., Сарбаш С. В.* Указ. соч. С. 40.

о первом случае, то закон в этой части четко предписывает, что волеобразующим органом со стороны должника выступает его высший орган управления (*в зависимости от организационно-правовой формы это может быть общее собрание акционеров, общее собрание участников и т. д.*) или собственник имущества должника — унитарного предприятия (п. 1 ст. 77 Закона о несостоятельности). Третьи лица могут вмешаться в банкротный процесс только с согласия должника (п. 1 ст. 78 Закона). В отличие от ситуации с инициативой должника, где воля последнего образуется и изъясняется его участниками (учредителями), вопрос согласия на вступление в дело третьего лица от имени должника уполномочен решать руководитель; согласия собрания участников (учредителей) или собственника имущества не требуется¹.

В обоих случаях инициатива оформляется в виде обращения к первому собранию кредиторов. Обязательной частью обращения выступает информация о предлагаемом обеспечении исполнения должником его обязательств², план финансового оздоровления, график погашения задолженности.

По общему правилу финансовое оздоровление вводится арбитражным судом, если с необходимостью его введения согласились кредиторы (п. 1 ст. 75 Закона). Однако Закон знает два случая исключений из данного правила.

Во-первых, финансовое оздоровление может быть введено судом, когда собрание кредиторов не приняло никакого решения о дальнейшей, следующей за наблюдением процедуре банкротства (п. 2 этой же статьи). Условием в данном случае является то, что инициаторы оздоровления по-прежнему поддерживают собственную инициативу и предоставили необходимое обеспечение³. Во-вторых, даже если кредиторы ходатайствуют о введении внешнего управления или открытии конкурсного производства, то и в этом случае финансовое оздоровление может быть введено против их воли. Условие в этой части — предоставление не любого допустимого обеспечения, а его строго определенной формы — бан-

¹ См. п. 35 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

² Закон говорит, что в качестве такового допустимы залог (ипотека), банковская или государственная (муниципальная) гарантия, поручительство, но не допустимы удержание, задаток и неустойка. При этом первый перечень (*допустимых форм обеспечения*) является открытым, а второй — закрытым (ст. 79 Закона о несостоятельности).

³ Необходимым в данном случае считается обеспечение, минимум на 20% превышающее объем требований кредиторов, установленный на дату решения вопроса о дальнейшей процедуре. Кроме того. Закон требует и более жесткого графика расчетов с кредиторами, императивно предписывая, что таковые (*расчеты*) должны начаться не позже месяца с момента введения процедуры.

ковской гарантии, превышающей суммарный объем долга всем известным кредиторам минимум на 20% (п. 3 этой же статьи).

Единственное, что здесь остается отметить — процедура финансового оздоровления может быть введена и в ситуации, когда обеспечение исполнения должником требований кредиторов не представлено в принципе, но собрание кредиторов соглашается на такой вариант¹.

Управление должником в период финансового оздоровления. В ходе финансового оздоровления органы управления должника хотя и сохраняют свою роль, ибо в этом и состоит один из основных принципов рассматриваемой процедуры, но все-таки осуществляют свои полномочия с определенными ограничениями. Они таковы.

Во-первых, должник не вправе без *согласия собрания кредиторов или комитета кредиторов* совершать сделки, в которых у него имеется заинтересованность или которые:

а) связаны с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения его имущества, балансовая стоимость которого составляет более 5% балансовой стоимости активов должника;

б) влекут за собой выдачу займов (кредитов), выдачу поручительств и гарантий, а также учреждение доверительного управления имуществом должника.

Во-вторых, должник не вправе без *согласия собрания кредиторов или комитета кредиторов и лица или лиц, предоставивших обеспечение*, принимать решение о своей реорганизации (*слиянии, присоединении, разделении, выделении, преобразовании*).

В-третьих, в случае, если размер денежных обязательств должника, возникших после введения финансового оздоровления, составляет более 20% суммы требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, *все* сделки, влекущие за собой возникновение новых обязательств должника, могут совершаться исключительно с *согласия собрания кредиторов (комитета кредиторов)*.

В-четвертых, должник не вправе без *согласия административного управляющего* совершать сделки или несколько взаимосвязанных сделок, которые:

а) влекут за собой увеличение кредиторской задолженности должника более чем на 5% суммы требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов;

б) связаны с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, за исключением реализации имущества должника, являющегося го-

¹ См. п. 33 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

товой продукцией (работами, услугами), изготавливаемой или реализуемой должником в процессе обычной хозяйственной деятельности;

- в) влекут за собой уступку прав требований, перевод долга;
- г) влекут за собой получение займов (кредитов).

Как видим, ограничения достаточно существенные, но они вполне оправданны, поскольку, несмотря на то что кредиторы, согласившиеся на введение данной процедуры, получают дополнительную «гарантию» в виде предоставленного обеспечения, забывая о том, что должник находится в процедурах банкротства и расчеты с его контрагентами не завершены, не следует. В конечном счете график расчетов может быть сорван, обеспечение — утрачено или снижена привлекательность, поэтому контроль необходим.

IV. Внешнее управление. Цели и основания введения внешнего управления. Внешнее управление — это процедура банкротства, применяемая к должнику в целях восстановления его платежеспособности (ст. 2 Закона о несостоятельности). Внешнее управление вводится на срок не более чем 18 месяцев, который может быть продлен, но по общему правилу не более чем на шесть месяцев (ст. 93 Закона).

Цель введения процедуры внешнего управления прямо обозначена в самом законодательном определении — организовать применение к неисправному должнику тех мер, которые привели бы к «излечению» финансовой составляющей его деятельности, восстановили бы его положение на рынке и привели бы к погашению требований всех кредиторов.

Таким образом, *внешнее управление*, как и процедура финансового оздоровления, представляет собой разновидность реабилитационных (реорганизационных) процедур банкротства, направленных на спасение бизнеса должника, а не на его ликвидацию¹. Принципиальное отличие между ними выражается в ответе на вопрос, кто, какой субъект будет выступать организующим финансовую реабилитацию предприятия должника: в случае с финансовым оздоровлением, как уже указывалось, им будет выступать сам должник, его менеджмент; в случае с рассматриваемой про-

¹ Закон о несостоятельности не рассматривает данные процедуры как альтернативные. Возможно их последовательное введение. Наблюдение может быть завершено введением финансового оздоровления, но если последнее не даст требуемого эффекта, кредиторы или арбитражный суд самостоятельно могут перейти к внешнему управлению и уже в его рамках попробовать восстановить бизнес должника, чтобы сполна получить по своим требованиям. Но в этом случае на обе процедуры отводится не более двух лет, т. е. отведенные на каждое реабилитационное мероприятие сроки не суммируются, а поглощаются (ст. 92).

цедурой это будут «внешние» субъекты: кредиторы и, главным образом, внешний управляющий.

Как говорилось выше, формальными основаниями для введения процедуры внешнего управления являются решение первого собрания кредиторов и (или) определение арбитражного суда (ст. 75 Закона). Материальное основание выражается в реальной возможности восстановления платежеспособности, подтвержденной решением первого собрания кредиторов или наличием оснований полагать это, выявленных арбитражным судом самостоятельно (абз. 5 п. 2 ст. 75 Закона).

Мораторий на удовлетворение требований кредиторов. Наряду с отстранением действующего руководства должника от ведения делами, о котором говорилось выше, еще одним, наиболее принципиальным последствием введения внешнего управления является мораторий на удовлетворение требований кредиторов. По своей правовой природе мораторий — один из типичных и в то же время наиболее остро проявляющихся выразителей публично-правового вмешательства в частноправовые отношения², каковое (*вмешательство*), как было показано в начале настоящей главы, буквально «напитывает» институт несостоятельности, включая и стадию внешнего управления. Последняя, к слову сказать, сама по себе вмешательство государства в гражданско-правовые связи³.

В соответствии со ст. 95 Закона о несостоятельности мораторий на удовлетворение требований кредиторов распространяется на денежные обязательства и обязательные платежи, сроки исполнения которых наступили до введения внешнего управления. При этом неустойки (штрафы, пени) и иные финансовые санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств и обязательных платежей не начисляются. Определенной компенсацией кредиторам в этом смысле служит предписание закона о начислении на «мораторные» суммы процентов по ставке рефинансирования, установленной Центральным банком РФ. С точки зрения кредиторов по гражданско-правовым

¹ Отсюда и само название процедуры — внешнее управление управление осуществляемое из вне, сторонними, с точки зрения должника лицами.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 3 июля 2001 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений подпункта 3 пункта 2 статьи 13 Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций» и пунктов 1 и 2 статьи 26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» в связи с жалобами ряда граждан» (п. 5 мотивировочной части)//Российская газета. 2001. 11 июля.

³ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 6 июня 2000 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего пункта 2 статьи 77 «Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Тверская прядильная фабрика» (п. 4 мотивировочной части).

обязательствам такое начисление менее привлекательно, так как указанная ставка уже долгий период находится на уровне ниже 15% годовых, а вот с позиций бюджета это шаг вполне равноценный, ибо пеня за просрочку уплаты налогов составляет $\frac{1}{300}$ ставки рефинансирования за каждый день просрочки (п. 4 ст. 75 НК). Мораторий на удовлетворение требований кредиторов не распространяется на требования о взыскании задолженности по заработной плате, выплате вознаграждений по авторским договорам, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о возмещении морального вреда.

В итоге внешний управляющий оказывается в ситуации, когда он может «спокойно» рассчитать и выполнить финансовый план выведения бизнеса должника из кризиса. Итак, основное предназначение института моратория состоит в том, чтобы определенным образом стабилизировать финансовое положение санируемого предприятия, дать внешнему управляющему и кредиторам возможность спрогнозировать его денежные потоки, спланировать ход восстановления платежеспособности.

План внешнего управления. Меры по восстановлению платежеспособности должника. Согласно ст. 106 Закона о несостоятельности не позднее чем через месяц с даты своего утверждения внешний управляющий обязан разработать план внешнего управления и представить его собранию кредиторов для утверждения. План внешнего управления должен предусматривать меры по восстановлению платежеспособности должника, условия и порядок реализации указанных мер, расходы на их реализацию и иные расходы должника.

Вопрос об утверждении плана внешнего управления относится к исключительной компетенции собрания кредиторов. План внешнего управления должен быть рассмотрен не позднее чем через два месяца с даты утверждения внешнего управляющего. Соответственно в эти же, а точнее, в более сжатые (*с учетом верстки, рассылки и срока на ознакомление*) сроки он должен быть и разработан (п. 1 и 2 ст. 107 Закона). Утвержденным собранием кредиторов план внешнего управления представляется в арбитражный суд внешним управляющим не позднее чем через пять дней с даты проведения собрания кредиторов (п. 4 ст. 107 Закона).

Планом внешнего управления могут быть предусмотрены следующие меры по восстановлению платежеспособности должника (ст. 109 Закона):

а) перепрофилирование производства (когда, например, выпуск прежней продуктовой линейки является неконкурентоспособным, но имеется техническая возможность наладить изготовление и сбыт другой продукции);

б) закрытие нерентабельных производств (зачастую это относится к обслуживающим производствам, например, литейному

производству на машиностроительных заводах, когда заказы на литье выгоднее размещать «на стороне»);

в) взыскание дебиторской задолженности (этот шаг во всех случаях является необходимым, так как со всей очевидностью приводит к «чистому» приросту денежной массы, находящейся в распоряжении должника);

г) продажа части имущества должника (возможна в случае, когда единовременный доход от продажи более эффективен, чем сдача в аренду или собственная эксплуатация с целью извлечения дохода);

д) уступка прав требования должника (поскольку таковая, как правило, подразумевает дисконт (скидку с номинала), каждый раз необходимо анализировать, будет ли цессия долга выгодной в сравнении с затратами на его реальное истребование);

е) исполнение обязательств должника собственником имущества должника, учредителями (участниками) должника либо третьим лицом или третьими лицами;

ж) увеличение уставного капитала должника за счет взносов участников и третьих лиц;

з) размещение дополнительных обыкновенных акций должника;

и) продажа предприятия должника (причем продан может быть только один из действующих бизнесов, например один из заводов, принадлежащих должнику);

к) замещение активов должника и, как указывает закон, «иные меры по восстановлению платежеспособности должника». В частности, сюда могут быть отнесены оспаривание «убыточных» сделок, сделок, направленных на «вывод активов», заключенных прежним руководством должника, а также расторжение невыгодных с точки зрения стоящих задач договоров (ст. 102, 103 Закона).

Окончание внешнего управления. Расчеты с кредиторами. Вполне логично, что порядок завершения внешнего управления разнится в зависимости от того, удалось ли по его ходу добиться восстановления платежеспособности должника или нет. Если данная задача достигнута и средств должника достаточно для удовлетворения претензий его контрагентов, то после утверждения отчета внешнего управляющего собранием кредиторов (п. 1 ст. 118 Закона) он (*отчет*), сопровождаемый ходатайством собрания о прекращении внешнего управления в связи с восстановлением платежеспособности должника и переходе к расчетам с кредиторами, представляется в арбитражный суд, каковой, убедившись в восстановлении платежеспособности должника, выносит определение о переходе к расчетам с кредиторами (п. 6 ст. 119 Закона). Далее следует стадия расчетов, которая в любом случае не может превышать шести месяцев. После окончания расчетов с кредиторами арбитражный суд выносит определение об утверждении отчета внешнего управляющего и о прекращении производства по делу о банкротстве (п. 2 ст. 120 Закона).

Если же платежеспособность по итогам проведения рассматриваемой процедуры банкротства не восстановлена, арбитражный суд отказывает в утверждении отчета управляющего (п. 5 ст. 119 Закона). В этом случае арбитражный суд может вынести решение об объявлении должника банкротом и открытии ликвидационной процедуры — конкурсного производства (п. 7 ст. 119 Закона).

V. Конкурсное производство. Конкурсное производство в широком и узком смысле. Конкурсное производство — процедура банкротства, применяемая к должнику, признанному банкротом, в целях соразмерного удовлетворения требований кредиторов. Так законодатель определяет эту процедуру в ст. 2 Закона о несостоятельности.

В текстах правовых актов и юридической литературе словосочетание «конкурсное производство» употребляется в двух значениях.

В *широком значении* конкурсное производство отождествляется с процессом урегулирования обязательств несостоятельного должника в целом, в какой бы форме, с применением какой бы процедуры он ни проходил. В этом смысле обсуждаемый термин является аналогом конкурсного (банкротного) процесса.

В *узком значении* конкурсным производством именуется только одна из процедур банкротства. Последний вариант определения конкурсного производства реализован во всех трех «постсоветских» законодательных актах о несостоятельности: в Законе РФ от 19 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»¹, в Федеральном законе о несостоятельности 1998 г., а также в ныне действующем Федеральном законе о несостоятельности.

Причина различия в подходах к пониманию этого термина кроется, во-первых, в особом понимании термина «конкурс» в рамках института несостоятельности, а во-вторых, в тенденции к увеличению числа процедур, допустимых к введению в отношении должников, свойственной как российскому, так и зарубежному праву². Исходя из того, что в теории конкурсного права и процесса конкурс традиционно означал стечение (схождение)

¹ Далее — Закон о несостоятельности 1992 г.

² Суть этой тенденции, именуемой в литературе *процессуальным (процедурным) плюрализмом*, заключается в следующем. Если ранее, на первых этапах развития законодательства о несостоятельности большинству национальных банкротных актов была известна простейшая система мероприятий, призванных воздействовать на должника (*определение, банкрот ли он, а также последующий раздел оставшихся у него активов по справедливости*), то по мере развития института стали появляться варианты того, каким образом с ним (*с должником*) поступить: попытаться восстановить его бизнес, чтобы он смог рассчитаться с долгами сполна; заключить с ним мировую сделку и т. п. Каждый из таких новых вариантов, будучи закрепляем в законодательстве, облекался в форму новой процедуры банкротства.

кредиторов, имеющих имущественные требования к общему должнику¹, производство по делу о несостоятельности, на какой бы стадии оно ни осуществлялось, всегда будет конкурсным, т. е. сопровождающимся стечением кредиторов². Но поскольку процесс урегулирования долгов несостоятельного субъекта до появления процессуального (процедурного) плюрализма, повлекшего включение в законодательные акты о несостоятельности положений о процедурах реабилитационного (восстановительного) характера, имел сугубо ликвидационную направленность, торговая и юридическая практика перестала допускать употребление термина «конкурсное производство» в значении ином, нежели связанном с ликвидацией имущества должника.

Мероприятия, применяемые к должнику в конкурсном производстве. Поскольку, как отмечалось выше, конкурсное производство — наиболее «старая», традиционная процедура банкротства, набор мер, реализуемых в рамках этой процедуры, давно признан устоявшимся. Это составление актива (конкурсной массы), пассива (обязательств должника), погашение в определенной очередности требований кредиторов и ликвидация юридического лица — банкрота. Остановимся на каждой из них более подробно.

Формированию *конкурсной массы*, под которой понимается имущество должника, предназначенное с момента объявления о несостоятельности к удовлетворению всех его кредиторов, заявивших свои претензии, служат следующие действия, на совершение которых законодатель уполномочивает (обязывает) конкурсного управляющего:

инвентаризация и оценка имеющихся активов (абз. 2, 3 п. 2 ст. 129 Закона о несостоятельности);

предъявление к третьим лицам требований о взыскании задолженности перед должником (абз. 7 того же пункта);

заявление отказов от исполнения договоров должника (абз. 4 п. 3 этой же статьи);

поиск, выявление и возврат имущества банкрота, находящегося у третьих лиц (абз. 10 п. 2 ст. 129);

предъявление исков о признании недействительными сделок об истребовании имущества должника у третьих лиц, о привлечении к субсидиарной ответственности по обязательствам должника лиц, обязанных нести такую ответственность (абз. 6 п. 3, п. 4, 5 ст. 129);

¹ См.: *Мальшев К.* Исторический очерк конкурсного процесса. СПб., 1871. С. 309.

² Именно по этой причине Закон о несостоятельности выделяет понятие «конкурсные кредиторы», каковое означает обладателей требований к должнику, правомочных в *принципе* вступить в дело о несостоятельности (*правомочных «стекаться к конкурсу»*), а не только имеющих право поучаствовать в заключительной, ликвидационной процедуре банкротства — конкурсном производстве.

уведомление собственника имущества, изъятого из оборота, но находящегося при открытии конкурсного производства у должника, о необходимости его принятия или закрепления за другими лицами (п. 1, 2 ст. 132 Закона о несостоятельности);

передача объектов социальной и коммунальной инфраструктуры соответствующему муниципальному образованию (п. 5, 6 ст. 132) и ряд др.

Составление *пассива*, под которым понимается совокупность требований к несостоятельному должнику, подлежащих удовлетворению из конкурсной массы, производится по общим правилам включения кредиторов в реестр требований (ст. 16 Закона), но с двумя важными особенностями.

Во-первых, открытие рассматриваемой процедуры требует от конкурсного управляющего произвести *специальную публикацию*, адресованную кредиторам и содержащую известие о том, что их контрагент официально признан банкротом (ст. 128 Закона). При этом в данной публикации указывается на возможность предъявления теми из кредиторов, кто ранее не был включен в реестр требований и не участвовал в процедурах банкротства на ранних стадиях конкурсного процесса, своих денежных претензий к должнику. Срок предъявления претензий ограничен двумя месяцами с даты публикации, после чего реестр закрывается (абз. 3 п. 1 ст. 142 Закона).

Во-вторых, с момента открытия процедуры срок исполнения всех возникших до открытия конкурсного производства денежных обязательств и уплаты обязательных платежей должника считается *наступившим* (п. 1 ст. 126 Закона). Иными словами, если на момент объявления должника банкротом последний находится в состоянии задолженности кому-то из своих контрагентов, но обязательство еще не является просроченным (*например, взят кредит в банке со сроком погашения, приходящимся на период через несколько месяцев или, быть может, даже лет от даты открытия конкурсного производства*), оно юридически признается наступившим.

Обе названные особенности конкурсного производства введены законодателем, чтобы обеспечить, учитывая заключительный и ликвидационный характер рассматриваемой процедуры, интересы максимально возможного числа кредиторов несостоятельного должника.

Следующее мероприятие конкурсного производства — *погашение требований кредиторов*. Такое построено на двух основных началах: очередности и соразмерности.

Очередность удовлетворения требований кредиторов предусмотрена ст. 134 Закона о несостоятельности. Так называемые *текущие обязательства* банкрота:

а) судебные расходы;

б) расходы, связанные с выплатой вознаграждения управляющему;

в) текущие коммунальные и эксплуатационные платежи, необходимые для осуществления деятельности должника;

г) требования кредиторов, возникшие в период после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и до признания должника банкротом, а также требования кредиторов по денежным обязательствам, возникшие в ходе конкурсного производства;

д) задолженность по заработной плате, возникшая после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, и по оплате труда работников должника, начисленная за период конкурсного производства;

е) иные связанные с проведением конкурсного производства расходы подлежат погашению *вне очереди*.

Порядок производства расчетов с очередными кредиторами таков:

в первую очередь производятся расчеты по требованиям граждан, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, путем капитализации соответствующих повременных платежей, а также компенсация морального вреда;

во вторую очередь производятся расчеты по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и по выплате вознаграждений по авторским договорам;

в третью очередь производятся расчеты с другими кредиторами.

Требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным *залогом* имущества должника, удовлетворяются за счет стоимости предмета залога преимущественно перед иными кредиторами, за исключением обязательств перед кредиторами первой и второй очереди, права требования по которым возникли до заключения соответствующего договора залога.

Начало *соразмерности* расчетов сформулировано в п. 3 ст. 142 Закона о несостоятельности, согласно которому при недостаточности денежных средств должника они распределяются между кредиторами соответствующей очереди пропорционально суммам требований, подлежащих удовлетворению.

И, наконец, завершающим мероприятием, подлежащим реализации в отношении банкрота — юридического лица, выступает его *ликвидация*. Как говорит Закон, основанием для внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о ликвидации должника является определение суда о завершении конкурсного производства. При этом конкурсный управляющий обязан в течение пяти дней с даты его получения представить текст определения в регистрирующий орган (*соответствующий территории*).

альный орган системы Федеральной налоговой службы РФ, на которую возложены функции по регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей), а последний — в тот же срок с даты получения должен учинить запись о ликвидации (ст. 149 Закона).

VI. Мировое соглашение. Мировая сделка в банкротном и исковом процессах. Определение процедуры мирового соглашения, данное в действующем Законе о несостоятельности, является, по сути, первым легальным определением этого понятия. Закон о несостоятельности 1998 г. в принципе не раскрывал, что необходимо понимать под рассматриваемой процедурой, а Закон о несостоятельности 1992 г. хотя и давал соответствующее определение, но его содержание принципиально не соответствует современному смыслу. Первый «постсоветский» законодательный акт о банкротстве предусматривал крайне узкий спектр вариантов содержания договоренностей должника и кредиторов: только отсрочка (рассрочка) платежей или скидка с долга.

По действующему Закону *мировое соглашение* — это процедура банкротства, применяемая на любой стадии рассмотрения дела о банкротстве в целях прекращения производства по делу о банкротстве путем достижения соглашения между должником и кредиторами (ст. 2).

Поскольку мировое соглашение представляет собой конструкцию, известную не только институту несостоятельности, но и процессуальному праву, причем как гражданскому (ст. 39, 173 ГПК), так и арбитражному (ст. 49, 139—142 АПК), необходимо выяснить, каким образом они соотносятся.

В литературе мировое соглашение, заключаемое в гражданском (арбитражном) процессе, если и не отождествляется — с мировым соглашением, заключаемым в конкурсном процессе, то, по крайней мере по смыслу и определению совпадает с ним¹. Между тем ряд авторитетных специалистов видят между этими институтами существенные различия. В частности, Г. Ф. Шершеневич, основываясь на трудах германских юристов XIX в., проводил разграничение мирового соглашения в конкурсном процессе и мирового соглашения в гражданском процессе (общегражданской мировой сделки) следующим образом: «Под именем последней [*общегражданской мировой сделки*]. — кол. авт.] понимается соглашение, посредством которого две стороны устраняют существующее между ними спорное отношение путем взаимных уступок. Между тем в конкурсной мировой сделке нет спорности, требования кредиторов совершенно определены и признаны; нет также и взаимности уступок, потому что уступка производится только в пользу

¹ См.: Лившиц Н. Г. Мировое соглашение в деле о банкротстве // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 1. С. 101; Попондопуло В. Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей: Учебное пособие. СПб., 1995. С. 42.

должника, а не кредиторов, и с точки зрения гражданской мировой сделки подобная односторонняя уступка представляет лишь форму дарения»¹.

Конституционный Суд РФ усмотрел еще одно принципиальное отличие банкротной мировой сделки от мирового соглашения, заключаемого в рамках гражданского (арбитражного) процесса, о чем будет сказано применительно к характеристике мирового соглашения как гражданско-правовой конструкции.

Мировое соглашение как процедура банкротства и сделка (договор). Термин «мировое соглашение» в рамках российского правового института несостоятельности должен восприниматься по меньшей мере в двух значениях: как процедура банкротства и как гражданско-правовая сделка, договор.

Понимание мирового соглашения как процедуры банкротства продиктовано положениями ст. 27 Закона о несостоятельности, которая, напомним, прямо называет мировое соглашение в числе процедур банкротства, применяемых при рассмотрении дела о банкротстве в отношении как должника — юридического лица, так и должника-гражданина.

Мировое соглашение как процедура банкротства представляет собой установленный законодательством порядок применения к должнику, имеющему признаки банкротства или официально объявленному несостоятельным, отсрочки и (или) рассрочки исполнения его обязательств, скидки с имеющихся у него долгов, исполнения обязательств должника третьими лицами, а также иных мер, направленных на удовлетворение требований кредиторов и допустимых к применению в соответствии с правовыми актами. Говорить о мировой соглашении как процедуре — значит обсуждать вопросы, где и при каком стечении участников банкротного дела обсуждается проект соглашения, как он принимается, кем и в какой орган на согласование представляется, по каким правилам рассматривается и одобряется, куда и как, будучи одобренным, обжалуется, каким образом аннулируется и т. п.

Что же касается восприятия термина «мировое соглашение» во втором значении, т. е. как *гражданско-правовой сделки*, то здесь современные авторы вполне единодушны в понимании мирового соглашения как гражданско-правовой сделки. Коль скоро мировое соглашение представляет собой сделку, а законодатель говорит о ее заключении между должником и кредиторами, то эта сделка не односторонняя. Следовательно, мировое соглашение — гражданско-правовой договор между должником, его кредиторами, а также, поскольку это прямо допускается законом (ст. 157 Закона), третьими лица-

¹ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV (Торговый процесс. Конкурсный процесс). М., 1912. С. 555.

ми. Г. Ф. Шершеневич давал такое определение мирового соглашения как сделки: «Под именем мировой сделки понимается утвержденное судом соглашение между должником и установленным в законе большинством конкурсных кредиторов, направленное к определению взаимных отношений между несостоятельным должником и всеми его кредиторами, с прекращением возбужденного конкурсного процесса»¹.

Позиция, согласно которой мировое соглашение по своей правовой природе является договором, в юридической литературе более раннего периода (второй половины XIX — начала XX вв.) была наиболее распространенной. Возражения сводились к тому, что принуждение меньшинства кредиторов со стороны большинства к заключению мировой сделки вопреки явно выраженной воле первых на проведение конкурсного производства противоречит основным понятиям о договоре. Дело в том, что для утверждения мировой сделки требуется одобрение только большинства кредиторов, пускай и квалифицированного, но отнюдь не всех и каждого в отдельности, что не состыкуется с принципом свободы договора. Трудноразрешимость задачи опровержения такого довода породила компромиссные варианты, подобные тому, в соответствии с которым мировой договор представляет собой сложную юридическую сделку, создаваемую изъявлением воли трех сторон: должника, общего собрания кредиторов и суда².

Данное направление нашло подтверждение в современной российской правовой практике. В частности, Конституционный Суд РФ разъяснил, что «по своей юридической природе мировые соглашения, заключаемые в ходе конкурсного производства, значительно отличаются от мирового соглашения, заключаемого в исковом производстве. В отношениях, возникающих при заключении мирового соглашения в ходе конкурсного производства, превалирует публично-правовое начало: эти отношения основываются на предусмотренном законом принуждении меньшинства кредиторов большинством, а следовательно, в силу невозможности выработки единого мнения иным образом, воля сторон в данном случае формируется по другим, отличным от искового производства, принципам»³. Далее суд, сославшись на закон, со-

гласно которому мировое соглашение вступает в силу только после его утверждения арбитражным судом, указал, что «в случае заключения мирового соглашения какое-либо ограничение имущественных прав кредиторов без судебного решения невозможно [и не возникает. — Кол. авт.]»⁴.

Содержание мировой сделки. Закон о несостоятельности предусматривает, что мировое соглашение должно содержать положения о порядке и сроках исполнения обязательств должника в денежной форме (п. 1 ст. 156). При этом с согласия отдельного кредитора соглашение может содержать положения о прекращении обязательств должника путем предоставления отступного (*когда денежный долг погашается передачей продукции, основных средств или иного имущества, принадлежащего на праве собственности должнику*), обмена требований на доли в уставном капитале должника, акции, конвертируемые в акции облигации или иные ценные бумаги (*так называемое акционирование долга*), новации обязательства, прощения долга² или иным способом, если такой способ прекращения обязательств не нарушает права иных кредиторов, требования которых включены в реестр требований (п. 2 этой же статьи). Мировое соглашение может содержать положения об изменении сроков и порядка уплаты обязательных платежей, включенных в реестр требований кредиторов, но при этом условия мирового соглашения, касающиеся погашения задолженности по обязательным платежам, взимаемым в соответствии с законодательством о налогах и сборах, не должны противоречить требованиям законодательства о налогах и сборах. Кроме того, удовлетворение требований конкурсных кредиторов в денежной форме не должно создавать преимущества для таких кредиторов по сравнению с кредиторами, требования которых исполняются в денежной форме.

Таким образом, законодатель нацелил правоприменительную практику на то, что условия мировой сделки могут быть сформулированы на достаточно многовариантной основе. Но такая «гибкость» имеет свои пределы. В любом случае, как разъяснил Высший Арбитражный Суд РФ, «не подлежат утверждению мировые

¹ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV. С. 554.

² Там же. С. 556—558.

³ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 22 июля 2002 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав вкладчиков и акционеров» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» (п. 4 мотивировочной части).

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 июля 2002 г. № 14-П (п. 7 мотивировочной части).

² Ранее острейшую дискуссию в литературе вызывала тема соотношения прощения долга, применяемого при заключении мировой сделки, и института дарения, каковое в отношениях между коммерческими организациями прямо запрещено (п. 4 ст. 575 ГК). В настоящее время данный вопрос получил решение в судебной практике, в частности, в п. 3 Обзора практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств (информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 104)/Хоз-во и право. 2006. № 5. С. 58.

соглашения, содержащие неясные выражения или создающие неопределенность в отношении объема обязательств должника или сроков их исполнения»¹, например, включающие формулировки: «погасить задолженность отпуском товарно-материальных ценностей», «передавать по 4% долга ежемесячно любыми продуктами из магазина» и т. п.

Элементы процедуры. Как говорится в Законе о несостоятельности, должник, его конкурсные кредиторы и уполномоченные органы вправе заключить мировое соглашение *на любой стадии* рассмотрения арбитражным судом конкурсного дела (п. 1 ст. 150)². При этом *со стороны конкурсных кредиторов* и уполномоченных органов решение о заключении мирового соглашения принимается собранием кредиторов. Решение собрания кредиторов о заключении мирового соглашения принимается большинством голосов от общего числа голосов конкурсных кредиторов и уполномоченных органов в соответствии с реестром требований кредиторов и считается принятым при условии, если за него проголосовали все кредиторы по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника. Согласно подходу, сложившемуся в арбитражно-судебной практике, понятие «общее число голосов», употребляемое законодателем, означает, что в расчет при подведении итогов голосования должны приниматься все кредиторы, значащиеся в реестре требований кредиторов, а не только те из них, которые зарегистрировались для участия и присутствуют на собраниях³.

Решение о заключении мирового соглашения *со стороны должника* принимается должником-гражданином или руководителем должника — юридического лица, исполняющим обязанности руководителя должника, внешним управляющим или конкурсным управляющим. Такой широкий набор вариантов лица, правомочно решить вопрос о заключении мировой сделки со стороны должника, объясняется тем, что, как было указано, мировое соглашение возможно в ходе применения любой иной процедуры банкротства. Как известно, конфигурация органов управления, а точнее,

¹ Пункт 7 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве) (информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 97).

² Как указал Высший Арбитражный Суд РФ, наиболее ранним моментом, когда это становится возможным, является дата проведения первого собрания кредиторов, завершающая процедуру наблюдения (п. 3 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве)).

³ См.: пункт 4 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве).

субъектов, правомочных принимать хозяйственные решения от имени должника, в зависимости от процедуры существенно различается. Это учтено в действующем Законе, который в статьях, оговаривающих специфику заключения мировой сделки в каждой другой процедуре банкротства, закрепляет, что, например, в период финансового оздоровления, когда «добанкротный» менеджмент должника сохраняет свои полномочия (*должник «остается во владении»*), именно он, а не административный управляющий принимает соответствующее решение (п. 1 ст. 152 Закона). К примеру, в период конкурсного производства, когда управление должником передано конкурсному управляющему, мировую сделку со стороны должника вправе заключить уже этот последний (п. 1 ст. 154 Закона). При этом необходимо обратить внимание на одну принципиальную деталь. Независимо от того, изменилась ли конфигурация органов управления организации-должника на тот момент времени, когда заключается мировое соглашение, или нет, в любом случае, если таковое будет представлять собой крупную сделку или сделку, в совершении которой имеется заинтересованность, что определяется по правилам акционерного законодательства РФ, «традиционные» одобряющие органы со стороны должника (*собрание участников и наблюдательный совет*) должны будут принять необходимое в данном случае решение. Этим действующий закон отличается от всех своих «предшественников».

Выше упоминалось, что мировое соглашение утверждается арбитражным судом. Для утверждения сделки судом необходимо соблюсти и соответственно представить суду доказательства соблюдения ряда условий¹, главное из которых заключается в том, что до утверждения соглашения должны быть погашены требования кредиторов первой и второй очередей (п. 1 ст. 158 Закона). Утверждение мирового соглашения производится судом в заседании, о дате и времени проведения которого уведомляются все участники дела о банкротстве. При утверждении соглашения суд выносит определение об его утверждении, в котором указывается на прекращение производства по делу о банкротстве. В случае если мировая сделка заключается в ходе конкурсного производства, в определении об утверждении указывается, что решение о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства не подлежит исполнению (п. 4 ст. 150 Закона).

¹ Даже если текст мирового соглашения включает условия, противоречащие действующему законодательству, суд не вправе менять его, внося, к примеру, какие-то коррективы в части предмета встречного предоставления (п. 6 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве)). В этом случае суд должен отказать в утверждении соглашения по мотиву его противоречия закону с точки зрения содержания (абз. 5 п. 2 ст. 160 Закона о несостоятельности).

Расторжение мирового соглашения. Поскольку мировое соглашение - это типичный гражданско-правовой договор, закон допускает возможность его расторжения, но только в отношении всех, а не отдельных кредиторов (п. 1 и 2 ст. 164 Закона). Основанием для расторжения мировой сделки по инициативе кредиторов может служить неисполнение или существенное нарушение условий соглашения, допущенное должником в отношении минимум одной четверти кредиторов, определяемой размером их требований. Инициатива о расторжении принимается во внимание только тогда, когда ее выражает та же четвертая часть кредиторов - участников сделки (п. 3 ст. 164 Закона).

Заявление рассматривает тот же суд, который вел банкротное дело и утвердил ранее мировое соглашение. В случае если суд примет сторону инициаторов расторжения, мировой договор прекращается, дело о банкротстве возобновляется, причем с той же стадии, на которой оно было окончено при заключении сделки (ст. 166 Закона).

Раздел 3. ИМУЩЕСТВО СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 6

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ИМУЩЕСТВА СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие и виды имущества субъектов предпринимательской деятельности

Понятие имущества субъектов предпринимательской деятельности. Термин «имущество» по-разному толкуется в литературе¹. Во-первых, в Гражданском кодексе нет определения понятия имущества. Во-вторых, традиционно термин «имущество» соотносится с понятием вещи, однако в законодательстве отсутствует расшифровка этого понятия. В-третьих, термин «имущество» носит многоаспектный характер².

Статья 128 ГК к объектам гражданских прав относит вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права³, т. е. в содержание понятия «имущество» помимо вещей (в их натуральной форме) могут включаться также и имущественные права. Так, в п. 3 ст. 63 ГК под имуществом ликвидируемого юридического лица, продаваемым с публичных торгов, понимаются и вещи, и имущественные права. Аналогичный смысл имеет термин «имущество», когда речь идет об ответственности юридического лица или индивидуального предпринимателя по своим обязательствам всем принадлежащим им имуще-

¹ См., например: *Зинченко С. А., Лапач В. А., Шапсугов Д. Ю.* Проблемы объектов гражданских прав. Ростов н/Д, 2001; *Щенникова Л. В.* Вещное право: Учебное пособие. Пермь, 2001; *Латыев А. Н.* Проблема вещных прав в гражданском праве. Екатеринбург, 2003; *Валеев М. М.* Вещи как объекты гражданских правоотношений. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003.

² См.: Советское гражданское право: В 2 т. Т. 1 / Под ред. проф. О. А. Красавчикова. М., 1968. С. 198—199.

³ Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231 ст. 128 ГК изложена в новой редакции: «К объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага». В частности, из объектов гражданских прав Исключена информация (см.: Российская газета. 2006. № 286).

ством. Имущественные права как вид имущества возникают при заключении договора банковского счета и осуществлении безналичных расчетов. К числу имущественных прав относятся право собственности, иные вещные права, права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица (продукции, работ, услуг), обязательные права требования должнику и т. д. Иначе говоря, «имущество» — собирательное понятие, а потому сложно дать нормативное его определение посредством перечисления основных признаков. Более предпочтительно в определении данного понятия пойти по пути перечисления видов имущества. С этой точки зрения правило ст. 128 ГК отвечает этим требованиям. В сжатом виде оно (правило) выглядит следующим образом: «...имущество — это вещи и иное имущество, в том числе имущественные права».

Состав имущества субъектов предпринимательской деятельности представляет собой совокупность основных и оборотных средств, нематериальных активов, а также капиталов, фондов и резервов. Наука предпринимательского права, в отличие от теории гражданского права, употребляет специальные понятия, такие как «фонд», «средство», «резерв». Было бы некорректно говорить об имущественной основе коммерческой организации как совокупности вещей. Равным образом предусматривать в уставе юридического лица правило о том, что вещами акционерного общества являются основные фонды, оборотные средства, ценные бумаги (акции) и т. п. Слово «вещь» носит цивилистическую окраску и не вписывается в правовое регулирование общественных отношений в сфере предпринимательства.

В равной степени сказанное относится и к классификации вещей. Так, в силу ст. 134 ГК сложная вещь — единое целое разнородных вещей, предполагающее их использование по общему назначению. Однако если перевести гражданско-правовое понятие «сложная вещь» в русло хозяйственно-правовой тематики, то, безусловно, данное понятие не срабатывает. Применительно к купле-продаже товаров категория «сложные вещи» проявляется через комплект товаров (ст. 479 ГК) и комплектность товара (ст. 478). Поэтому принято говорить не о поставке сложной вещи, а о поставке, скажем, комплектной продукции.

Основные фонды — это материально-вещественные ценности, используемые в качестве средств труда при производстве продукции, выполнении работ или оказании услуг либо для управления организацией и которые длительное время участвуют в производственном процессе и постепенно, по мере физического и морального износа, переносят свою стоимость на стоимость готовой продукции (работ и услуг). С экономических позиций основные фонды относятся к средствам труда.

Кроме того, законодательство о бухгалтерском учете и отчетности для квалификации основных средств субъектов предпринимательской деятельности использует и юридический критерий¹. Во-первых, они используются в течение периода, превышающего 12 месяцев. И, во-вторых, это — предметы стоимостью на дату приобретения более 100-кратного размера установленного законодательством минимального размера месячной оплаты труда за единицу (исходя из их стоимости, предусмотренной в договоре) независимо от срока их полезного использования, за исключением сельскохозяйственных машин и орудий, строительного механизированного инструмента, оружия, а также рабочего и продуктивного скота, которые относятся к основным средствам.

Использование юридического критерия не дает, на наш взгляд, права рассматривать основные средства (равно как оборотные и др.) в качестве правового понятия². Здесь вряд ли уместен тезис «поскольку основные и оборотные средства вовлечены в сферу правового регулирования, постольку они (средства) являются категориями права».

К основным средствам относятся здания, сооружения, рабочие и силовые машины и оборудование, измерительные и регулирующие приборы и устройства, вычислительная техника, транспортные средства, инструмент, производственный и хозяйственный инвентарь и принадлежности и прочие основные средства. Перечень основных фондов содержится в Общероссийском классификаторе основных фондов (ОК 013—94)³.

Симптоматично, что названный Классификатор выделяет *две группы основных фондов*: материальные и нематериальные (секреты производства, торговые знаки, патенты др.). По существу, в состав нематериальных фондов Классификатор включил нематериальные активы. Это подтверждается прямым указанием во введении Классификатора: к нематериальным основным фондам (нематериальным активам) относятся компьютерное программное обеспечение, базы данных, оригинальные произведения развлека-

¹ См.: п. 46, 50 Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденного приказом Минфина России от 29 июля 1998 г. № 34н (в ред. от 18 сентября 2006 г. № 116н)//Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 23. Далее — Положение по ведению бухгалтерского учета и отчетности.

² См.: *Красноярова Н. И.* Правовое обеспечение эффективности использования основных фондов государственных предприятий (объединений) промышленности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1988. С. 8.

³ Первоначальный текст Классификатора опубликован в издании 1995 г. Классификатор принят с учетом понятий, используемых в Международных стандартах оценки имущества, которые также объединяют понятия «основные средства» и «основные фонды».

тельного жанра, литературы или искусства, наукоемкие промышленные технологии, прочие нематериальные основные фонды, являющиеся объектами интеллектуальной собственности, использование которых ограничено установленными на них правами владения.

Считаем, что близость в правовом режиме основных фондов и нематериальных активов тем не менее не позволяет поставить между ними знак равенства, о чем пойдет речь ниже. С точки зрения Гражданского кодекса (ст. 138) признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции (работ и услуг). Выходит, что фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и др. являются основными фондами (нематериальными основными средствами)¹.

Итак, в законодательстве и на практике (наряду с понятием «основные фонды») используется термин «основные средства». Уже несколько лет на страницах юридической литературы не утихает спор о существовании двух этих понятий. Распространено мнение о том, что основные средства — это основные фонды в денежном выражении. Согласно иной точке зрения данные понятия являются синонимами.

Считаем, что основные фонды есть материально-вещественные ценности, а *основные средства* — собирательное понятие, включающее основные фонды и денежные средства, находящиеся у организации для образования фондов (в том числе денежная оценка основных фондов). В составе основных средств учитываются также капитальные вложения на коренное улучшение земель (осушительные, оросительные и другие мелиоративные работы), в арендованные объекты основных средств.

Правовой режим основных фондов особо проявляется в правилах бухгалтерского учета имущества, погашения его стоимости, списания и переоценки. Так, основные фонды принимаются к бухгалтерскому учету по первоначальной стоимости, однако в бухгалтерском балансе они отражаются по остаточной стоимости, т. е. по фактическим затратам их приобретения, сооружения и изготовления (за исключением налога на добавленную стоимость и иных возмещаемых налогов). Организация имеет право не чаще одного раза в год (на начало отчетного года) переоценивать объекты основных средств по восстановительной стоимости путем индексации или прямого пересчета по документально подтвержденным рыночным ценам. Переоценка объекта основных средств производится путем пересчета его первоначальной или

текущей (восстановительной) стоимости, если данный объект переоценывался ранее, и суммы амортизации, начисленной за все время использования объекта¹.

Стоимость основных средств организации погашается путем начисления амортизации. *Амортизация* представляет собой процесс постепенного перенесения стоимости средств труда по мере их физического и морального износа на производимый продукт². Переносимая стоимость в денежной форме есть амортизационные отчисления, которые отражаются в бухгалтерском учете путем накопления соответствующих сумм на отдельном счете. В Российской Федерации применяются единые нормы амортизационных отчислений на полное восстановление основных средств. Не подлежат амортизации объекты основных средств, потребительские свойства которых с течением времени не изменяются (например, земельные участки и объекты природопользования).

В отличие от основных фондов, участвующих в производстве длительное время, *оборотные фонды* переносят свою стоимость на готовую продукцию (работы, услуги), как правило, в одном производственном цикле. Причем оборотные фонды нередко утрачивают свои физические, химические и другие свойства. Поэтому не случайно с экономической точки зрения средства в обороте относятся к предметам труда.

При характеристике оборотных средств надо учитывать и юридический критерий: срок полезного использования и стоимость за единицу изделия. В состав средств в обороте входят: материально-производственные запасы (сырье, основные и вспомогательные материалы, топливо, запасные части и другие материальные ресурсы), дебиторская задолженность, финансовые вложения, денежные средства.

Таким образом, мы в очередной раз сталкиваемся с использованием разных терминов «оборотные фонды», «средства в обороте» для обозначения конкретного явления (объекта). По нашему мнению, оборотные средства (средства в обороте) представляют собой оборотные фонды в их вещественно-натуральной форме и оборотные средства (фонды обращения) как денежная оценка определенного имущества организации.

Правовой режим оборотных средств определяется Положением по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности, Положением по бухгалтерскому учету «Учет материально-производ-

¹ См.: Положение по бухгалтерскому учету «Учет основных средств» ПБУ 6/01, утвержденное приказом Минфина России от 30 марта 2001 г. № 26н // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2001. № 20. Далее — ПБУ 6/01.

² См.: *Ершова И. В., Иванова Т. М.* Предпринимательское право: Учебное пособие. С. 83.

¹ С 1 января 2008 г. ст. 138 и 139 ГК утрачивают силу в связи с принятием Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231.

ственных запасов» ПБУ 5/01, утвержденным приказом Минфина России от 9 июня 2001 г. № 44н¹, иными правовыми актами. Так, материально-производственные запасы принимаются к бухгалтерскому учету по фактической себестоимости. В свою очередь, при отпуске материально-производственных запасов (кроме товаров, учитываемых по продажной стоимости) в производство и ином выбытии их оценка производится одним из следующих способов: по себестоимости каждой единицы; средней себестоимости; себестоимости первых по времени приобретения материально-производственных запасов (способ ФИФО); себестоимости последних по времени приобретения материально-производственных запасов (способ ЛИФО). Материально-производственные запасы отражаются в бухгалтерской отчетности в соответствии с их классификацией, исходя из способа использования в производстве продукции, выполнения работ, оказания услуг либо для управленческих нужд организации.

Нематериальные активы — вид имущества организации. В законодательстве отсутствует определение понятия, однако можно найти перечень признаков, характеризующих нематериальные активы.

Положение по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов» ПБУ 14/2000, утвержденное приказом Минфина России от 16 октября 2000г. № 91н², устанавливает (п. 3) следующие признаки (для целей данного Положения при принятии к бухгалтерскому учету активов) нематериальных активов:

- а) отсутствие материально-вещественной (физической) структуры;
- б) возможность идентификации (выделения, отделения) организацией от другого имущества;
- в) использование в производстве продукции, при выполнении работ или оказании услуг либо для управленческих нужд организации;
- г) использование в течение длительного времени, т. е. срока полезного использования, продолжительностью свыше 12 месяцев или обычного операционного цикла, если он превышает 12 месяцев;
- д) организацией не предполагается последующая перепродажа данного имущества;
- е) способность приносить организации экономические выгоды (доход) в будущем;
- ж) наличие надлежаще оформленных документов, подтверждающих существование самого актива и исключительного права

¹ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2001. № 31. Далее — ПБУ 5/01.

² См.: Финансовая газета. 2000. № 48. Далее — ПБУ 14/2000.

у организации на результаты интеллектуальной деятельности (патенты, свидетельства, другие охранные документы, договор уступки (приобретения) патента, товарного знака и т. п.).

Причем важно, чтобы все указанные условия существовали одновременно.

К *нематериальным активам* могут быть отнесены следующие объекты:

исключительное право патентообладателя на изобретение, промышленный образец, полезную модель;

исключительное авторское право на программы для ЭВМ, базы данных;

имущественное право автора или иного правообладателя на топологии интегральных микросхем;

исключительное право владельца на товарный знак и знак обслуживания, наименование места происхождения товаров;

исключительное право патентообладателя на селекционные достижения (п. 4 ПБУ 14/2000).

В составе нематериальных активов учитываются также деловая репутация организации и организационные расходы (расходы, связанные с образованием юридического лица, признанные в соответствии с учредительными документами частью вклада участников (учредителей) в уставный (складочный) капитал организации). Не включаются интеллектуальные и деловые качества персонала организации, их квалификация и способность к труду, поскольку они неотделимы от своих носителей и не могут быть использованы без них. Такова логика ведомственного акта в области бухгалтерского учета нематериальных активов¹.

Такой же перечень нематериальных активов содержится в п. 3 ст. 257 НК. Но в нем можно обнаружить и такой объект нематериальных активов, как владение ноу-хау, секретной формулой или процессом, информацией в отношении промышленного, коммерческого или научного опыта. И хотя определение нематериальных активов сформулировано в целях налогообложения, тем не менее указанное добавление имеет большое значение. С точки зрения Налогового кодекса к нематериальным активам отнесены права на ноу-хау, коммерческие идеи и другую информацию.

Категория «нематериальные активы» вызывает значительные трудности на практике. Это продиктовано прежде всего ее собирательным характером; в состав нематериальных активов входят и имущественные права на объекты интеллектуальной собственности, и расходы (затраты) организации, и деловая репутация. Кроме того, при определенных условиях в качестве нематериальных активов могут выступать коммерческая информация, коммер-

¹ С принятием четвертой части Гражданского кодекса такая логика подлежит существенной коррекции с учетом положений Кодекса.

ческая идея и даже бизнес-план. Однако правовой режим некоторых объектов в законодательстве не определен.

Так, в Патентном законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 (в ред. от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ)¹ содержатся определения таких понятий, как «изобретение», «полезная модель», «промышленный образец». Но в названном Законе нет легального определения ноу-хау, коммерческой идеи и др.² В результате появляются значительные трудности в правоприменительной и судебной практике.

Правовой режим нематериальных активов значительно «тяготеет» к режиму основных средств. Более того, Классификатор основных фондов (ОК 013—94) рассматривает нематериальные активы в качестве разновидности основных фондов. Сказанное означает, что нематериальные активы, включая и объекты интеллектуальной собственности, представляют собой (с точки зрения законодательства о бухгалтерском учете) основные фонды организации. Например, средства индивидуализации юридического лица и продукции (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания) следует отнести к основным фондам. Даже на первый взгляд такой вывод выглядит странным. Но эта странность проявляется прежде всего в ярком свете Гражданского кодекса. Действительно, фирменное наименование — нематериальное благо — не корреспондируется с привычным представлением об основных фондах, которые в науке гражданского права традиционно относятся к вещам. Возникает несколько парадоксальная ситуация: в силу ст. 128 ГК вещи есть самостоятельный вид объектов гражданских прав. С другой стороны, нематериальное благо также относится к отдельному виду объектов. Выходит, что один и тот же объект (в нашем случае — фирменное наименование) одновременно можно рассматривать и как нематериальное благо, и как разновидность вещи. Одним словом, наблюдается своеобразная «нестыковка» в правовых режимах.

Стоимость объектов нематериальных активов погашается путем начисления амортизации в течение установленного срока их полезного использования. В свою очередь, начисление амортизации нематериальных активов производится независимо от результатов деятельности организации в отчетном периоде (разд. 3 ПБУ 14/2000).

Определение срока полезного использования объекта нематериальных активов производится исходя из срока действия патен-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 1992. № 225.

² Данный пробел будет восполнен частью четыре Гражданского кодекса (в частности, глава 75 законопроекта озаглавлена «Право на секреты производства (ноу-хау)»).

та, свидетельства и (или) из других ограничений сроков использования объектов интеллектуальной собственности в соответствии с законодательством или применимым законодательством иностранного государства, а также с учетом полезного срока использования нематериальных активов, обусловленного соответствующими договорами. По нематериальным активам, по которым невозможно определить срок полезного использования объекта нематериальных активов, нормы амортизации устанавливаются в расчете на десять лет (но не более срока деятельности налогоплательщика). Данное правило получило закрепление в п. 2 ст. 258 НК.

Итак, *нематериальные активы* являются имуществом организации, а потому в соответствии с налоговым законодательством операции, связанные с наличием и движением активов, подпадают под действие Налогового кодекса и иных налогово-правовых актов. Равно прибыль, полученная организацией (предприятием) от реализации нематериальных активов, подлежит налогообложению по правилам гл. 25 НК. Кроме того, организация уплачивает налог на добавленную стоимость (НДС) по приобретенным нематериальным активам.

Амортизационные отчисления на нематериальные активы могут существенно повлиять на величину налогооблагаемой базы при исчислении налога на прибыль (доход). За счет сокращения срока амортизации (например, ускоренная амортизация для малых предприятий) организация может максимально быстро перенести амортизационные отчисления на себестоимость продукции (работ, услуг) и тем самым уменьшить налогооблагаемую базу. Поэтому в реальном секторе экономики нематериальные активы служат не только объектом интеллектуальной собственности, но и средством оптимизации налогообложения.

Наряду с основными фондами и оборотными средствами имущество коммерческой организации состоит из *специальных фондов (резервов)*. Правовой режим последних обладает собственной спецификой, которая предопределяется видом и характером имущества. В первую очередь отметим, что специальные фонды неоднородны и с учетом целевого использования могут быть подразделены на различные виды (например, фонд материального поощрения, фонд развития производства, фонд социального развития, резервный фонд, фонд акционирования работников общества). Однако независимо от видовой принадлежности указанные фонды представляют собой денежные средства, предназначенные для расходования на определенные цели.

Формирование средств того или иного фонда происходит по усмотрению организации (предприятия). Каждая организация самостоятельно определяет вид фонда, его размер, а также иные параметры формирования и расходования денежных средств. Ис-

ключение из общего правила составляют случаи, прямо предусмотренные законом. Так, в соответствии с п. 1 ст. 35 Закона об акционерных обществах в обществе создается резервный фонд в размере, предусмотренном уставом общества, но не менее 5% от его уставного капитала. Резервный фонд общества формируется путем обязательных ежегодных отчислений до достижения им размера, установленного уставом общества. Размер ежегодных отчислений предусматривается уставом общества, но не может быть менее 5% от чистой прибыли до достижения размера, установленного уставом общества. Резервный фонд общества предназначен для покрытия его убытков, а также для погашения облигаций общества и выкупа акций общества в случае отсутствия иных средств.

Таким образом, формирование резервного фонда акционерного общества — это не право, а обязанность общества. Право выбора появляется в отношении размера фонда, но лишь в определенных пределах.

По сравнению со старой редакцией ст. 35 Закона об акционерных обществах новая императивная норма о минимальном размере резервного фонда изменена: размер уменьшен с 15 до 5%. Можно предположить, что такое уменьшение вызвано стремлением законодателя несколько уменьшить бремя имущественных (денежных) потерь акционерного общества. Ведь средства резервного фонда не могут быть использованы для иных целей. Поэтому акционерное общество вправе по своему усмотрению в уставе увеличить размер резервного фонда.

§ 2. Правовые формы принадлежности имущества субъектам предпринимательской деятельности

Гражданский кодекс (ст. 48) в качестве одного из обязательных признаков юридического лица называет его имущественную обособленность: «Юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество...» Имущественная обособленность как признак юридического лица позволяет отграничить имущество данной организации от имущества всех иных субъектов гражданского права (публичных образований, физических и юридических лиц). Указанное обособление получает свое правовое закрепление в соответствующих бухгалтерских документах. В п. 1 ст. 48 ГК прямо говорится, что юридические лица должны иметь самостоятельный баланс или смету. Наличие самостоятельного баланса у юридического лица — внешний показатель экономического обособления коммерческих организаций; самостоятельная смета — призрак имущественной обособленности некоммерческих организаций. Правда, не всегда такое разграниче-

ние получает четкое закрепление в законодательстве и на практике. Так, в Федеральном законе от 10 июля 1992 г. № 3266-1 (в ред. от 5 декабря 2006 г. № 207-ФЗ) «Об образовании» установлено (ст. 43), что образовательное учреждение (в том числе государственное) самостоятельно осуществляет финансово-хозяйственную деятельность, имеет самостоятельный баланс и расчетный счет¹. На практике некоммерческие организации нередко имеют одновременно и баланс, и смету.

Термин «имущественная обособленность» в гражданском законодательстве не раскрывается. В литературе по-разному определяется этот легальный признак юридического лица. В частности, под *обособленностью имущества* проф. О. А. Красавчиков понимает отражаемую в самостоятельном балансе (смете) принадлежность (присвоенность) данной организации комплекса имущества (совокупности средств производства и иных материальных благ), выступающего в качестве материальной базы деятельности юридического лица². В целом мы считаем данное определение имущественной обособленности весьма привлекательным.

В большинстве исследований по рассматриваемому вопросу содержание определения понятия «имущественная обособленность» включает в себя указание на наличие имущества на праве собственности, праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления. Такое указание является правильным, однако у него есть и спорные моменты.

Субъекты предпринимательской деятельности, будучи коммерческими по своей направленности, обладают, как правило, имуществом на праве собственности. К ним относятся хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы. При их создании в форме унитарного предприятия необходимое имущество закрепляется на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления.

Имущественное обособление у различных субъектов носит неодинаковый характер. Существует разная *степень имущественной обособленности* коммерческой организации в зависимости от формы принадлежности имущества (право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления). На наш взгляд, признак имущественной обособленности характерен не только для юридического лица, но и для «неправосубъектных образований» (ФПП, холдинги), а также структурных подразделений. Рассмотрим эти вопросы более подробно.

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150. Далее — Закон об образовании.

² См.: Советское гражданское право: Учебное пособие / Под ред. О. А. Красавчикова. Вып. 1. Свердловск, 1976. С. 129.

В соответствии с п. 4 Порядка ведения сводных (консолидированных) учета, отчетности и баланса финансово-промышленных групп, утвержденного постановлением Правительства РФ от 9 января 1997 г. № 24, сводные (консолидированные) бухгалтерская и статистическая отчетности *отражают имущественное и финансовое положение* ФПГ, а также результаты ее инвестиционной деятельности¹. При условии принятой участниками финансово-промышленной группы учетной политики ведение сводной (консолидированной) бухгалтерской отчетности осуществляется на основе следующих принципов:

а) показатели активов и пассивов бухгалтерских балансов участников финансово-промышленной группы складываются;

б) в указанной отчетности отражается инвестиционная деятельность ФПГ в целом. Инвестиции, направленные участниками группы в центральную компанию, и средства, внесенные ими в ее уставный капитал, в отчетности не отражаются;

в) показатели бухгалтерского баланса и финансовые результаты, отражающие объемы реализации товаров (работ, услуг), обязательства и расчеты между центральной компанией и участниками ФПГ в отчетность не включаются;

г) прибыль и убытки каждого участника ФПГ показываются в отчетности в развернутом виде;

д) показатели бухгалтерской отчетности участников ФПГ включаются в отчетность с даты регистрации финансово-промышленной группы;

е) показатели финансово-хозяйственной деятельности банков и иных кредитных и страховых организаций, а также инвестиционных институтов (за исключением центральной компании) в отчетность не включаются. При наличии в составе ФПГ двух и более банковских или страховых организаций либо инвестиционных институтов составляется отдельная сводная (консолидированная) отчетность по видам деятельности этих организаций (п. 5 названного Порядка).

Как видно, *имущественная обособленность ФПГ* имеется, но не до степени (уровня) обособленности юридического лица.

Обособленные структурные подразделения юридического лица также обладают имуществом, необходимым для осуществления поставленных перед ними производственно-хозяйственных задач (ст. 55 ГК). В литературе выделяют (наряду с территориальной, организационной) и имущественную обособленность. Вместе с тем разные авторы вкладывают неодинаковый смысл в словосо-

¹ В советское время консолидированный (сводный) баланс имущества имели производственные, научно-производственные и другие объединения. Однако в отличие от современных ФПГ данные объединения обладали статусом юридического лица.

четание «имущественная обособленность». Так, Р. З. Хузин делает вывод о том, что обособленное подразделение юридического лица пользуется и распоряжается закрепленным имуществом, а потому ему присущи черты права оперативного управления, а также обязательства по доверительному управлению имуществом¹. Как говорится, весьма оригинальное мнение.

Известно, что право оперативного управления — ограниченное вещное право, принадлежащее казенному предприятию и учреждению (ст. 296 ГК). Едва ли можно приобщить данный вид вещных прав к обособленным подразделениям юридического лица. Это напоминает уже известный взгляд ученых о том, что имущество Банка России также «тяготеет» к праву оперативного управления либо к праву хозяйственного ведения (в зависимости от того, рассматривается ли Банк России в качестве государственного учреждения или унитарного предприятия).

Еще большие возражения возникают в части использования конструкции «обязательства по доверительному управлению имуществом». Здесь вообще трудно представить, как можно заключить договор доверительного управления между юридическим лицом и его обособленным подразделением. Такая ситуация была допустима в советское время, когда представители концепции хозяйственного права считали внутрихозяйственные отношения предметом правового регулирования и распространяли порой на них (отношения) гражданско-правовые нормы об отдельных видах обязательств. Повторять пройденный урок в условиях рыночной экономики было бы, как нам представляется, неправильно.

Более сдержанная позиция по статусу обособленных подразделений высказана И. В. Бессоновой, которая отмечает неудачность термина «имущественная обособленность филиала и представительства»². Поскольку наличие обособленного имущества — характерный признак юридического лица, то в отношении филиала (представительства), по мнению названного автора, уместно говорить об *имущественной отдаленности обособленного подразделения* этого коллективного образования.

Итак, сделаем некоторые выводы.

1. Не исключено, что в обозримом будущем в соответствии с потребностями коммерческой практики законодатель может прибегнуть к использованию в отношении имущества ряда интегриро-

¹ См.: Хузин Р. З. Обособленные подразделения юридических лиц. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С. 17.

² Бессонова И. В. Правовое положение филиалов и представительств по законодательству Российской Федерации: Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности / Отв. ред., сост. В. С. Белых. С. 71—72.

ванных групп хозяйствующих субъектов категорий «*внутрисистемной собственности*» или «*единого фонда имущества*» хозяйственной системы. Как пробные шаги в направлении установления правового режима единого фонда имущества интегрированных хозяйствующих субъектов можно рассматривать положения пп. 16 п. 1 ст. 31 НК. Данная норма наделяет налоговые органы при наличии указанных в нем обстоятельств правом взыскивать в судебном порядке задолженность перед бюджетами различных уровней и внебюджетными фондами, числящуюся за зависимыми (дочерними) обществами, с соответствующих основных (преобладающих) обществ, а также правом взыскивать аналогичную задолженность основных (преобладающих) обществ с зависимых (дочерних).

2. Филиалы, представительства и другие обособленные структурные подразделения юридического лица также обладают имуществом, необходимым для осуществления поставленных перед ними хозяйственных задач (ст. 55 ГК). Формальное наличие у филиала (представительства) таких признаков, как территориальная отдаленность имущества, наличие отдельного баланса по учету имущества филиала, возможность открытия и ведения банковского счета, не могут рассматриваться как основа для признания полноценной имущественной обособленности филиалов и представительств. С точки зрения законодательства и права *такое обособление не имеет самостоятельного юридического значения*. Во-первых, имущество филиалов и представительств входит в состав имущества создавшего их юридического лица и учитывается на его самостоятельном балансе. Следовательно, имущество обособленного подразделения «обособляется не от субъектов права, а внутри юридического лица от другого его имущества»¹. Во-вторых, в действующем законодательстве отсутствуют нормы, устанавливающие особый правовой режим имущества юридического лица, обособленного в рамках филиала. В-третьих, самостоятельная имущественная обособленность необходима только юридически самостоятельному субъекту права, поскольку она служит организационно-правовой предпосылкой участия субъекта в урегулированных правом товарно-денежных отношениях. Характеризуя природу отношений между производственными объединениями советских времен и входящими в их состав производственными единицами, В. С. Якушев отмечает, что в целом производственная единица не являлась самостоятельным товаровладельцем. Отношения между объединением и производственной единицей носили непосред-

¹ См.: *Перевалова И. В.* Правовое положение филиалов и представительств по законодательству Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 14.

венно производственный, а не экономический характер, так как они не были основаны на товарно-стоимостной основе¹.

По общему правилу имущественная обособленность юридического лица возникает в момент государственной регистрации субъекта. Но как быть в ситуациях, когда в силу норм специальных законов об отдельных видах юридических лиц может случиться, что статус юридического лица организация получает в момент государственной регистрации, а его имущество будет сформировано только в будущем?² Современные ученые в поисках ответа на этот вопрос пытаются придать легальному признаку «наличие обособленного имущества» толкование, позволяющее понимать под обособленным имуществом не только наличное имущество, но и имущество, которое будет приобретено в будущем³. Получается, что юридическое лицо — это организация, которая имеет или может иметь в собственности обособленное имущество, отвечает или может отвечать этим имуществом. Таким образом, имущественная обособленность юридического лица связывается не с наличием субъективного права на конкретное имущество, а с заложенной в законе возможностью иметь обособленное имущество, т. е. возможностью, являющейся всего лишь элементом правоспособности юридического лица.

В ст. 48 ГК идет речь о трех формах принадлежности имущества юридическому лицу: на праве собственности, хозяйственного ведения и оперативного управления. Рассмотрим более подробно эти формы.

В условиях современного рыночного оборота наиболее предпочтительной правовой формой закрепления отношений принадлежности имущества субъектам предпринимательской деятельности следует признать *право собственности*. Отношения собственности регулируются нормативными актами различной отраслевой принадлежности, что стало основанием для заключения о том, что «право собственности в объективном смысле представляет собой не гражданско-правовой, а комплексный (многоотраслевой)

¹ См.: *Якушев В. С.* Правовое регулирование внутрихозяйственных отношений // Вопросы совершенствования хозяйственного законодательства. С. 18—37; *Он же.* Право оперативного управления государственных производственных объединений // Правоведение. 1974. № 1. С. 30—32.

² Так, согласно ст. 34 Закона об акционерных обществах не менее 50% акций общества, распределенных при его учреждении, должно быть оплачено в течение трех месяцев с момента государственной регистрации общества. Стало быть, возможна ситуация, когда у акционерного общества (юридического лица) в течение трех месяцев будет отсутствовать обособленное имущество.

³ См.: *Гражданское право. Учебник: В 3 т. Т. 1.* 6-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. С. 144 (автор главы — И. В. Елисеев).

институт права»¹. Действительно, право собственности в объективном смысле есть комплексный институт. Однако превалирующую роль в нем играют нормы гражданского права.

Право собственности в субъективном смысле представляет собой известную триаду: права владения, пользования и распоряжения. Оно (право) служит правовой формой опосредования отношений принадлежности имущества к конкретным юридическим лицам, создаваемых в различных организационно-правовых формах. Так, согласно ГК и специальным законам об отдельных видах юридических лиц имущество может находиться на праве собственности у хозяйственных обществ и товариществ, производственных и потребительских кооперативов, а также у некоммерческих организаций, за исключением учреждений.

Наряду с правом собственности ст. 48 ГК называет в качестве правовых форм принадлежности имущества организациям *право хозяйственного ведения и право оперативного управления*. Данные категории, содержание которых составляет особую разновидность вещных прав юридических лиц — несобственников по хозяйственному и иному использованию имущества собственника, аналогов которых нет в мировой практике, служат ключом для понимания как природы и сущности правоотношений публичной собственности в целом, так и правового положения государственных и муниципальных унитарных предприятий². Появление этих ограниченных вещных прав в отечественном правопорядке было связано с существованием советской экономики, базирующейся преимущественно на государственной (общенародной) собственности.

Государство как основной собственник производительного имущества в условиях товарной организации производства вынуждено было производить юридическое и фактическое обособление отдельных частей единого фонда имущества и передавать их им же созданным самостоятельным юридическим лицам — предприятиям и учреждениям. Взаимосвязь права хозяйственного ведения и юридической личности государственного (муниципального) предприятия очевидна: «обе эти правовые категории обусловлены одними и теми же объективными экономическими условиями»³ функционирования товарного производства с такими его рычагами, как стоимость, деньги, кредит, а также организаци-

¹ Гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 485; Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1996. С. 381–383; Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. С. 341–343.

² См.: Хохлов С. А. Право собственности и другие вещные права // Гражданский кодекс России: Проблемы, теория, практика. Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 404.

³ Советское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 329.

онно-техническими требованиями производства и управления отдельными частями единых фондов имущества публичных собственников.

Несмотря на то что в Гражданском кодексе праву хозяйственного ведения и оперативного управления посвящена целая глава (гл. 19), ни в нем, ни в других федеральных законах, в том числе и в Законе об унитарных предприятиях, не содержится легальных определений названных вещно-правовых институтов. В литературе наиболее полное развитие учение о праве оперативного управления получило в советское время в работах С. Н. Братуся, Д. М. Генкина, Ю. К. Толстого, С. М. Корнеева, В. С. Якушева¹ и др. Юридический «багаж» научных и практических выводов, сделанных этими учеными в свое время, стал неотъемлемой частью современных экономических и правовых знаний.

Анализ исторических причин возникновения и явления, обозначаемого термином «право хозяйственного ведения», норм отдельного правового института, а также сопоставление правовых взглядов, высказанных в правоведении как в прошлом, так и в настоящее время, позволяет сделать следующий вывод о его природе и сущности: *право хозяйственного ведения* — это обусловленный товарно-денежной формой организации общественного производства и вытекающий из характера и социального назначения публичной собственности способ выделения и юридического обособления отдельных, предназначенных для хозяйственного использования, дробных частей единого фонда имущества собственника, осуществляемых в организационно-правовой форме его передачи, в режиме ограниченного вещного права, специально учрежденным для этих целей субъектам имущественного оборота, функции и цели которых определяются собственником имущества, а вещные правомочия владения, пользования и распоряжения — законом.

В литературе отмечена проблема, связанная с закреплением в ст. 48 ГК в виде исчерпывающих лишь рассмотренных выше юридических форм имущественной обособленности юридических лиц: право собственности, право хозяйственного ведения и право оперативного управления. О других допустимых формах принадлежности имущества статья умалчивает. В результате на первый взгляд может показаться, будто бы и ответственность юридическое лицо несет только имуществом, принадлежащим ему в данных правовых формах. Существуют разные точки зрения по это-

¹ См., например: Генкин Д. М. Оперативное управление как институт советского гражданского законодательства // Советская юстиция. 1963. № 9; Корнеев С. М. Право государственной социалистической собственности. М. 1964; Толстой Ю. К. Понятие права собственности: Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962; Якушев В. С. Право оперативного управления государственных производственных объединений // Правоведение. 1974. № 1.

му вопросу. В. А. Рахмилович пишет: «Права, перечисленные в п. 2 ст. 48, не должны рассматриваться как необходимые и исключительные формы имущественного обособления юридического лица. Наличие этих прав — достаточный, но не необходимый признак. Он может отсутствовать при наличии признаков иных правовых форм имущественного обособления»¹. В качестве примера иного имущественного обособления, не подпадающего под право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления, данный автор приводит наличие у организации денежных средств на счете в банке, прав на объекты интеллектуальной собственности и т. д.

При всей спорности приведенных взглядов о значении, границах и объектах вещных прав, а также о природе перечисленных автором отдельных видов имущества следует согласиться с ним в главном: правовые формы принадлежности имущества юридическому лицу, характеризующие меру, границы и пределы обладания им имуществом, а также порядок и способы реализации правомочий в отношении обособленного имущества, не ограничиваются только перечисленными в п. 2 ст. 48 ГК. Они могут различаться в зависимости не только от вида юридического лица, но и от юридических фактов, лежащих в основании возникновения прав на имущество, что, в свою очередь, не исключает возможность нахождения у одного и того же субъекта имущества, обособленного в различных правовых формах.

Например, в зависимости от оснований приобретения права на имущество или иной объект один и тот же субъект может быть носителем как права собственности или иного вещного права (в случае изготовления вещи), так и обязательственного права (право требования о передаче вещей, денег и т. д. по договору). В других случаях характер принадлежащего субъекту права определяется не столько юридическим фактом, лежащим в его основе, сколько характером и юридическими признаками объекта права, такими, например, как объекты интеллектуальной деятельности, информация и т. д.

Отсутствие в законодательстве четких признаков, присущих всем без исключения вещным правам, непоследовательность положений законодательства об объеме правомочий обладателей отдельных из них приводит исследователей к противоположным взглядам относительно как перечня вещных прав, так и их признаков. По мнению Е. А. Суханова, «перечень вещных прав, в отличие от прав обязательственных, является закрытым и не может включать права, содержание которых прямо не раскрыто

¹ Рахмилович В. А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С. 122.

законом»¹. Резонно возникает вопрос: что понимать под словом «закрытый»? Обратимся в связи с этим к правилу ст. 216 ГК.

На наш взгляд, столь категоричный вывод Е. А. Суханова не со всем основан на положениях ст. 216 ГК, поскольку на открытый перечень перечисленных в ней вещных прав указывает оговорка «в частности». Поэтому предпринимаемые в литературе поиски вещно-правового содержания в природе ряда других прав, прямо не перечисленных в ст. 216 ГК, а также выявление иных признаков вещных прав, не нашедших указания в данной статье, не лишены основания. Вместе с тем в силу принципа публичности, предполагающего осведомленность всех обязанных третьих лиц о существовании у субъекта вещного права, а также принципа достоверности, согласно которому содержание любого вещного права должно предопределяться законом, мы считаем, что наименование и содержание всех вещных прав должны быть определены в законе. Таким образом, *перечень вещных прав не является закрытым* в том смысле, что таковыми могут считаться и не названные в ст. 216 ГК права, и одновременно является закрытым в том смысле, что квалификация как вещных возможна только в отношении субъективных прав, прямо поименованных в Гражданском кодексе или ином гражданском законе. Поэтому вещное право не может быть сконструировано соглашением сторон или иным образом, если в законе его контуры и общая характеристика не определены в качестве типичного субъективного права.

Примером наличия иных вещных прав, не предусмотренных ст. 216 ГК, является право на аренду. Ряд ученых, хотя и с оговорками, признают вещно-правовую природу в правах арендатора на принятое во владение и пользование имущество². Высказана и точка зрения о необходимости дифференцированного подхода в определении природы прав арендатора в зависимости от условий договора аренды. Так, по мнению проф. Ю. К. Толстого, само по себе предоставление арендатору вещно-правовой защиты и придание праву аренды свойства следования недостаточны для квалификации прав арендатора как вещных. Однако Ю. К. Толстой без особого энтузиазма допускает, что права арендатора могут считаться вещными, если в соответствии с условиями договора аренды арендатор имеет право на выкуп арендованного имущества³.

¹ Суханов Е. А. Проблемы правового регулирования публичной собственности и новый Гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 224.

² См., например: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 354; *Шенникова Л. В.* Вещные права в гражданском праве России. М., 1996. С. 18—19; *Латышев А. Н.* Указ. соч. С. 73.

³ См.: *Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1* / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. С. 400 (автор главы — Ю. К. Толстой).

По мнению А. А. Иванова, действующее законодательство дает основание отнести право аренды к числу вещных, однако это «означало бы стирание границ между вещным и обязательственным правом и тем самым пересмотр всей системы гражданского права»¹.

В литературе отмечалось, что права арендатора имеют в себе как вещно-правовые, так и обязательственно-правовые черты². Подобный подход перекликается со взглядами ученых о существовании так называемой смешанной группы правоотношений, которые наиболее последовательно высказаны М. И. Брагинским. По его мнению, часть складывающихся в гражданском обороте правовых связей отвечает признакам либо вещных, либо обязательственных правоотношений. Однако применение к отдельным имущественным отношениям исключительно вещно-правовых или обязательственно-правовых черт правового регулирования становится недостаточным вследствие узости взятых в отдельности этих форм. В результате в правовых порядках стали использовать вещно-правовые элементы в обязательственных правоотношениях и обязательственно-правовые элементы в вещных правоотношениях. Поэтому «безусловное большинство гражданских правоотношений являются смешанными «вещно-обязательственными»³.

Таким образом в современном правовом регулировании прослеживается тенденция к тесному переплетению вещно-правовых и обязательственно-правовых начал, которая позволяет утверждать о комплексном характере отдельных правоотношений и реализуемых в их рамках субъективных прав. Речь идет не о существовании некоего единого «смешанного правоотношения», а о возникновении на основании отдельных юридических фактов абсолютных и относительных правоотношений, в рамках которых одновременно реализуются разные по своей природе группы права: вещные и обязательственные. Подобное может иметь место в правоотношении, в котором лицо, не являющееся собственником, в силу закона или договора наделяется *правом владения и пользования чужим имуществом исключительно в своих интересах*. Такой критерий, как владение и пользование имуществом в своих интересах, может служить иногда единственным признаком, позволяющим выделить из всех предусмотренных законом или договором случаев

титального владения имуществом такие их виды, которые могут подпадать под категорию вещных прав. Например, титульное владение в отношении чужих вещей может возникнуть:

- у залогодержателя в отношении предмета залога;
- подрядчика в отношении принятых в переработку сырья и материалов;
- хранителя в отношении принятой на хранение вещи;
- комиссионера в отношении имущества, полученного от комиссионера или третьего лица в связи с исполнением обязательства из комиссии;
- перевозчика в отношении принятого к перевозке груза;
- доверительного управляющего в отношении принятого в управление имущества и т. д.

Нет оснований отрицать наличие у всех перечисленных владельцев права на защиту владения от посягательств со стороны всех третьих лиц, равно как и наличие у каждого из названных прав владения свойства следования.

Однако наиболее последовательно идея вещно-правовой природы владения арендатора прослеживается в обязательствах по аренде, включая по финансовой аренде. Так, целью заключения договора аренды для арендатора является принятие вещи во владение и пользование для извлечения ее полезных свойств, которое достигается путем присвоения арендатором плодов и доходов, полученных в результате использования вещи (п. 2 ст. 606 ГК). Поэтому арендатор должен пользоваться вещно-правовой защитой своего владения против не только третьих лиц, но и собственника. В рамках договора аренды формируется относительное обязательственное правоотношение между арендодателем и арендатором и одновременно формируется абсолютное вещное правоотношение, управомоченной стороной которого является собственник, а обязанными становятся все третьи лица, в том числе и собственник, которые обязаны не нарушать основанное на законе и договоре право владения арендатора. Такова логика гражданского закона.

§ 3. Правовой режим отдельных видов имущества

И. Особенности правового режима недвижимого имущества. Статья 130 ГК РФ гласит: «К недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, т. е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, объекты незавершенного строительства». Как видно, в ст. 130 термины «недвижимые вещи», «недвижимое имущество»

¹ Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. С. 169 (автор главы — А. А. Иванов).

² См.: Шапкина Г. Договор аренды // Хозяйство и право. 2003. № 7; Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно С. 161. (автор главы — В. Ю. Башкинскас).

³ Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России: Проблемы, теория, практика. Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. С. 115.

и «недвижимость», используются в качестве синонимов¹. Но вряд ли было бы оправданным использование для обозначения одного и того же правового явления трех разных терминов. Поэтому действительное значение каждого из них может быть понято только в результате системного и логического толкования нормы п. 1 ст. 130 с положениями ст. 128 ГК и анализа основных постулатов теории гражданского права о видах объектов гражданских прав и критериях их классификации. Только в этом случае можно заметить, что понятия «недвижимая вещь» и «недвижимое имущество» не равнозначны, каждое из них имеет свое юридическое значение. Они соотносятся точно так же, как соотносятся понятия «вещь» и «имущество». Таким образом, понятие «недвижимое имущество» является более широким, чем понятие «недвижимая вещь».

В тоже время выделение в Гражданском кодексе недвижимого имущества позволяет отнести в его состав не только сами недвижимые вещи, но и вещные права на них. Объясняется это следующими причинами. Использование вещей лицами, не являющимися их собственниками, возможно только путем предоставления им собственниками соответствующих вещных прав. И потому объектами гражданских прав на пользование чужими вещами не вещи как таковые, а лишь права на их использование. Как следствие, данные права становятся объектами экономического оборота и связанных с ним правоотношений. Подтверждением отнесения к составу недвижимого имущества вещных прав служит ст. 131 ГК, которая называется «Государственная регистрация недвижимости». Вопреки своему названию в содержании статьи в качестве объекта государственной регистрации называются не сами недвижимые вещи, а право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи.

Что же касается понятия «недвижимость», то в законодательстве отсутствуют какие-либо критерии для определения его самостоятельного значения. Анализ норм Гражданского кодекса и Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (в ред. от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ)² позволяет сделать вывод об использовании терминов «недвижимое имущество» и «недви-

¹ О проблеме соотношения этих понятий см.: Ланач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 355; Дюковская Н. В. Правовое регулирование прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 8–12; Ильин Д. И. Законодательство о недвижимости: проблемы содержания употребляемых понятий // Журнал российского права. 2005. № 8.

² Первоначальный текст документа опубликован: в СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594. Далее — Закон о регистрации прав на недвижимое имущество.

жимость» в качестве равнозначных. Введение в законодательство понятия «недвижимость» является данью традиции, но оно может употребляться в законодательстве и теории как некое обобщающее выражение для всех объектов гражданских прав, для которых правовым порядком официально вводится отличный от движимых вещей правовой режим. Однако в целом законодательство недостаточно последовательно в использовании терминов. Так, в п. 1 ст. 131 ГК говорится о государственной регистрации прав на *недвижимые вещи*, в п. 2 той же статьи — о специальной регистрации или учете отдельных видов *недвижимого имущества*, а в п. 3 — об органе, осуществляющем государственную регистрацию прав на *недвижимость* и сделок с ней.

Все объекты недвижимости можно дифференцировать на три категории.

Первую категорию недвижимого имущества составляют земельные участки и участки недр, которые относятся к недвижимому имуществу в силу своих естественно-природных свойств. Земельные участки и участки недр характеризуются абсолютной непеременяемостью¹, физической невозможностью эксплуатации иных объектов недвижимости без использования земельных участков. Данный признак подчеркивает определенный «приоритет» земельного участка перед иными непеременяемыми объектами недвижимости (например, участками недр).

Вторую категорию объектов недвижимости составляют объекты, характерным признаком которых является прочная связь с землей, вследствие чего их перемещение невозможно без несоразмерного ущерба их назначению (недвижимость по фактическим и юридическим свойствам). Согласно ст. 130 ГК к этой категории относятся, в частности: леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, объекты незавершенного строительства. Каждый из названных объектов обладает определенной спецификой.

В третью категорию объектов недвижимости попадают объекты, которые хотя и не отвечают признаку прочной связи с землей и невозможности перемещения без несоразмерного ущерба их целевому назначению, тем не менее законом подчинены правовому режиму недвижимости. Признание недвижимыми вещей (имущества), не являющихся таковыми ни по природным, ни по фактическим свойствам, можно объяснить тем, что, сообразуясь с потребностями юридического быта, государство считает необходимым вывести из под общего и подвести под более строгий правовой режим имущество, значение которого велико для всего гражданского оборота. Нельзя в отношении наиболее важных с точки зрения имущественного оборота и обеспечения безопасности видов иму-

¹ См.: Бурлаченко О. В. Земельный участок в системе недвижимого имущества. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 9–10.

щества предоставить правообладателю свободу усмотрения в вопросах приобретения, использования и распоряжения, которая в рамках общего правового режима имущества определена для собственников и обладателей обычного имущества.

Так, согласно п. 1 ст. 130 ГК к недвижимости относятся подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (запускаемые человеком спутники, орбитальные станции и т. д.).

Предприятие в целом как имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, также признается недвижимостью (п. 1 ст. 132 ГК). Использование слова «признается» в приведенной норме можно расценивать как прием использования законодателем фикции: «предприятие признается недвижимостью, но оно отнюдь ею не является». Действительно, ни в ст. 132 ГК, ни в какой либо другой норме гражданского закона нет такого формального требования, как наличие в составе предприятия вещей, недвижимых по природе или по признаку прочной связи с землей.

Следует проводить различие между такими понятиями, как «предприятие», «имущественный комплекс», «технологический комплекс».

Во-первых, понятия «имущественный комплекс» и «предприятие» соотносятся как род и вид. Сфера применения понятия имущественного комплекса не должна ограничиваться имуществом коммерческих организаций. Данное понятие применяется и в отношении имущества некоммерческих организаций. Поэтому логично, на наш взгляд, говорить об имущественном комплексе коммерческих организаций, включая унитарные предприятия, и имущественном комплексе некоммерческих организаций. Мы солидарны с мнением о том, что понятия «предприятие как имущественный комплекс» и «имущественный комплекс предприятия» — не синонимы¹. В последнем случае речь должна идти об имущественном комплексе унитарного предприятия.

Во-вторых, правы те ученые, которые рассматривают имущественный комплекс в качестве самостоятельного объекта гражданских прав. Нет никаких оснований к тому, чтобы не признавать существования имущественных комплексов иных (кроме предприятий) юридических лиц и тем самым искусственно сдерживать участие их в обороте. В свою очередь, технологические комплексы представляют собой комплекс имущества, объединенный общей производственно-хозяйственной целью.

Теперь перейдем к рассмотрению некоторых особенностей правового режима недвижимости. В первую очередь надо отме-

¹ См.: Романов О. Е. Предприятие и иные имущественные комплексы как объекты гражданских прав. СПб., 2004. С. 52.

тить то значение, которое имеет для недвижимости факт *государственной регистрации*. Согласно ст. 131 ГК к вещным правам на недвижимость, подлежащим государственной регистрации, относятся право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования земельным участком, сервитута, ипотека, а также иные права в случаях, предусмотренных Кодексом и иными законами. Государственной регистрации подлежат и отдельные обязательственные права (аренда, доверительное управление и т. д.). Регистрируются ограничения указанных прав, их возникновение, переход и прекращение. Порядок регистрации определяется правилами Закона о регистрации прав на недвижимое имущество.

В силу с п. 1 ст. 2 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество *государственная регистрация прав* — это юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество. В этом состоит *принцип публичности* всех вещно-правовых актов на недвижимость.

Принцип публичности дополняется *принципом достоверности*: всякая запись в реестре имеет полную юридическую силу для третьих лиц, даже если она не соответствует действительности. Государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права и может быть оспорена только в судебном порядке (п. 1. ст. 2 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество). Орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимость и сделок с ней, обязан предоставлять информацию о произведенной регистрации и зарегистрированных правах любому лицу (п. 4 ст. 131 ГК).

Сочетание частноправового и публично-правового методов регулирования — следующая характерная черта правового режима недвижимого имущества. Поэтому правовой институт недвижимости в целом является *комплексным*. Особенно заметна комплексная природа правового института недвижимости, являющейся таковой по природным свойствам. Обширное специальное законодательство о земле и недрах является комплексным, поскольку объединяет в себе нормы разной отраслевой принадлежности.

Помимо рассмотренных особенностей правового режима недвижимости Гражданский кодекс закрепляет и другие специальные правила оборота недвижимости:

- 1) обязательство, предметом которого является недвижимость, по общему правилу исполняется в месте ее нахождения (ст. 316);
- 2) установлены специальные правила: приобретения права собственности на бесхозяйные недвижимые вещи (ст. 225); более длительные сроки для приобретательной давности на недвижимое

имущество (ст. 234); прекращения права собственности на здания, сооружения или другое недвижимое имущество в связи с изъятием участка, на котором оно находится, для государственных или муниципальных нужд либо ввиду ненадлежащего использования земли (ст. 239); распоряжения недвижимым имуществом, принадлежащим государственному и муниципальному предприятию (ст. 295); залога недвижимого имущества (ст. 334); обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество (ст. 349);

3) специальные правила Гражданского кодекса предъявляют повышенные требования к форме и содержанию договоров, предметом которых выступает недвижимое имущество. Как правило, эти договоры под страхом недействительности должны быть совершены в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (ст. 550, 560, 651, 658). В то время как в силу принципа свободы договора по общему правилу цена не является существенным условием договора, в договорах по поводу недвижимости цена, как правило, является существенным условием (ст. 555, 654, 743 ГК, ст. 65 ЗК);

4) при отсутствии иного соглашения сторон в соответствии с традициями международного частного права правовой режим недвижимого имущества определяется по праву страны, где такое имущество находится. Однако к договорам в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества подлежит применению российское право (ст. 1213 ГК);

5) установлен принцип единства судьбы земельного участка и расположенного на нем здания и сооружения. Действуют специальные правила совершения сделок с недвижимостью, предусматривающие зависимость прав на земельный участок от прав на недвижимость. Так, залог недвижимости (ипотека) допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором она находится, либо его части, необходимой для ее использования, либо права пользования залогодателя этим участком или его частью (ст. 340).

В заключение несколько *критичных положений*. Деление недвижимых вещей на недвижимые по природе и недвижимые по характеру связи с землей в ст. 130 ГК не проведено, на наш взгляд, с достаточной последовательностью. К категории вещей, недвижимых по природе, отнесены объекты, составляющие природные ресурсы: земельные участки и участки недр. В свою очередь, леса и многолетние насаждения, принадлежность которых к природным ресурсам не должна вызывать сомнений, включены во вторую категорию наравне со зданиями и сооружениями. Далее, перечень объектов недвижимости, характерным признаком которых является прочная связь с землей (леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, объекты незавершенного строительства), в ст. 130 ГК оставлен открытым, что представляется несовершенным. На самом

деле при наличии такого формального признака, как прочная связь вещи с землей и невозможность перемещения без причинения ущерба ее назначению, по поводу любой индивидуально-определенной вещи, будь то садовая скамейка, забор, колодец, будка, хозяйственные постройки, можно ставить вопрос о ее регистрации как недвижимости. И, наконец, небесспредельными являются и ресурсы действия юридической фикции, по которой здания, строения, объекты незавершенного строительства и т. п. признаются (наряду с земельными участками) в гражданском обороте главными вещами. В рыночной экономике может скоро наступить момент, когда эта фикция вынужденно придет в противоречие с интересами поземельного оборота.

II. Правовой режим денежных средств. В действующем законодательстве и правоприменительной практике широко используются такие термины, как «деньги», «денежные средства». Причем законодатель нередко вкладывает разный смысл в содержание рассматриваемых понятий.

В силу ст. 128 ГК деньги (наряду с иными объектами) относятся к вещам. Однако под «вещами», как уже отмечалось, Кодекс понимает и имущественные права. Это означает, что в рамках данной статьи законодатель поставил знак равенства между понятиями «деньги» и «денежные средства». Но это один из взглядов на правило ст. 128 ГК.

В юридической литературе существует целая палитра точек зрения на природу денег. Начнем с того, что ряд ученых предлагают различать понятия «деньги» и «денежные средства». Распространено мнение, согласно которому деньги — объект вещных прав, а безналичные денежные средства — разновидность имущественных прав. Иначе говоря, деньгами называются только наличные денежные суммы, в то время как средства на банковских счетах именуются «денежными средствами».

Представители такой точки зрения (Е. А. Суханов, Л. А. Новоселов, В. С. Шишкина, Р. З. Загиров и другие ученые) считают, что безналичные денежные средства, находящиеся на расчетном счете хозяйствующего субъекта или внесенные гражданином (юридическим) лицом на счет в банке в качестве банковского вклада (депозита), являются объектами обязательственного права и представляют собой имущественное право¹. Такого рода активы не обладают вещно-правовыми признаками, хотя и признаются имуществом в широком смысле этого слова.

¹ См.: Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1997, 143—144; Новоселова Л. А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. М., 1996. С. 37—38; Коммерческое право; Учебник / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. СПб., 1997. С. 186—187; Загиров Р. З. Договор банковского счета: проблемы правовой квалификации и регулирования. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 22.

Иного взгляда на природу безналичных денежных средств придерживаются Л. Г. Ефимова, О. М. Олейник, К. Трофимов, по мнению которых безналичные денежные средства являются объектами вещных прав¹.

Ученые базируются в основном на толковании одних и тех же норм Гражданского кодекса (ст. 128, 140 и др.), однако приходят к диаметрально противоположным выводам. Такое явление нередко в юридической науке по проблемным вопросам, на что мы обращали внимание на страницах данного исследования.

В науке гражданского права существует и третья точка зрения на природу денег, включая и безналичные денежные средства. Деньги (равно и ценные бумаги) не являются телесными вещами. Они (деньги) есть разновидность документов².

Данная точка зрения не нова. Так, С. Тараканов рассматривает деньги как документированную информацию (информационные ресурсы), которая подпадает под действие Закона об информации³. Правда, в заключении названный автор склонился к общему выводу: наличные деньги и безналичные денежные средства следует признать в качестве вещей в контексте ст. 128 ГК.

О принадлежности денег к информации писал проф. Л. А. Лунц, критикуя взгляды немецких ученых (Кнапп, Бендиксен). По выражению Бендиксена, деньги — ордера на получение товара; они лишены ценности и лишь отражают ценность хозяйственных операций. По этому поводу Л. А. Лунц (не без сарказма) спрашивает: «Но если деньги — документ на получение товара, то нет оснований их изготавливать из дорогостоящего материала. Никому ведь не придет в голову изготовить из золота театральные билеты!»⁴ Действительно, хорошая идея!

С. А. Зинченко, В. А. Лапач, Д. Ю. Шапсугов считают, что деньги и безналичные денежные средства не являются вещами, так как не обладают потребительной стоимостью. В то же время их нельзя отнести и к информации в связи с тем, что они закрепляют лишь абстрактный труд, выраженный в товарной стоимостной форме⁵. По мнению ученых, наличные и безналичные

¹ См.: Ефимова Л. Г. Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право. 1997. № 1. С. 28; № 2. С. 39; Олейник О. М. Основы банковского права. Курс лекций. М., 1997. С. 263—266; Трофимов К. Безналичные деньги. Есть ли они в природе? // Хозяйство и право. 1997. № 3. С. 19.

² См.: Валеев М. М. Вещи как объекты гражданских правоотношений. С. 6, 15.

³ См.: Тараканов С. Информационная природа безналичных денег // Хозяйство и право. 1998. № 9. С. 68—69.

⁴ Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 39.

⁵ Зинченко С. А., Лапач В. А., Шапсугова Д. Ю. Проблемы объектов гражданских прав. С. 170.

деньги являются самостоятельной имущественной разновидностью объектов гражданских прав.

На наш взгляд, природа денег и ценных бумаг имеет схожий характер. Деньги также являются **товаром** особого свойства, т. е. выступают лишь как стоимость товара. «Как стоимость, товар есть деньги», — писал К. Маркс¹. У денежной массы отсутствует потребительная стоимость, но есть меновая стоимость. В этом качестве деньги выполняют роль универсального средства расчетов за приобретаемые товары, работы, услуги. Наряду с платежной функцией деньги выполняют и такие функции, как мера стоимости, средство накопления, средство обращения.

Ученые-экономисты не отрицают принадлежность денежной массы к товару, несмотря на их специфику. Напротив, экономическая сущность денег выводится через товарное производство.

Сомнения (причем большие) возникают у юристов. Некоторые из них уже не видят экономических свойств денег (как наличных, так и безналичных). Для них деньги — это прежде всего объект гражданских прав.

С позиции права денежные средства обладают *общим правовым режимом*. К числу элементов такого режима относятся:

а) деньги являются самостоятельным объектом ряда гражданско-правовых обязательств (например, могут быть предметом займа, дарения, кредитного договора);

б) на денежные средства может быть обращено взыскание по обязательствам;

в) признание денежных средств имуществом влечет обязанность их владельцев вести бухгалтерский учет этого имущества;

г) включение денежных средств в состав активов их владельцев — коммерческих организаций означает их участие в расчете величины (показателя) чистых активов хозяйственных обществ и товариществ;

д) денежные средства в составе имущества могут быть признаны объектом налогообложения².

В рамках общего режима существуют специальные режимы наличных денег и безналичных денежных средств. Эта градация режимов получила закрепление в правовом регулировании денежной массы³.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 46. Ч. 1. С. 83.

² См.: Дубинчин А. А. Денежные средства в предпринимательском обороте // Юридический вестник. 1998. № 15. С. 15.

³ См.: Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации, утвержденное Центральным банком РФ 3 октября 2002 г. № 2-П (в ред. от 11 июня 2004 г. № 1442-У) // Вестник Банка России. 2002. № 74; Порядок ведения кассовых операций в Российской Федерации, утвержденный письмом Центрального банка РФ от 4 октября 1993 г. № 18 (в ред. от 26 февраля 1996 г. № 247) // Экономика и жизнь. 1993. № 42-43.

В сравнительном плане следует провести аналогию между бездокументарными ценными бумагами и безналичными денежными средствами. Несмотря на существенные различия между ними (что вряд ли стоит оспаривать), эти видимые различия могут оказаться, как это ни парадоксально, сходством¹. Прежде всего можно утверждать, что бездокументарные ценные бумаги и безналичные деньги — это определенные фикции. Действительно, на определенном этапе развития общества произошла замена реального золота знаками стоимости — бумажными деньгами, материальными символами (одна фикция). Затем бумажные деньги вытесняются безналичными денежными средствами (вторая фикция).

То же самое происходит и с ценными бумагами. Классические ценные бумаги возникли в виде документа на бумаге. В условиях развития фондового рынка классическая документарная форма ценных бумаг потеснена бездокументарной (правовая фикция).

Таким образом, категорию счета и записи по счету следует рассматривать как признанный заменитель «устаревших фикций» — бумажных денег и классических ценных бумаг в виде документов на бумаге.

Поэтому, на наш взгляд, *безналичные денежные средства* — это тоже деньги, которые (прежде всего с экономической позиции) ничем не отличаются от наличных денег. В свою очередь, безналичная форма денежных средств не влияет на экономическую сущность и юридическую природу денег. Безналичные деньги, находящиеся на банковском счете, не отрываются от собственника. Нельзя согласиться с мнением о том, что когда клиент сдает деньги в кассу банка для зачисления на свой расчетный счет, то такие деньги поступают в собственность банка². В данном случае нет никакой трансформации вещных прав на деньги в обязательственные права. Причем указанная трансформация правоотношений не предусмотрена действующим законодательством.

Правильнее здесь говорить о прекращении права собственности на деньги, однако возникает вопрос об основании такого прекращения. Статья 235 ГК (п. 1) содержит перечень оснований прекращения права собственности. В частности, право собственности прекращается при отчуждении собственником своего имущества другим лицам.

В рассматриваемой ситуации деньги не отчуждаются собственником, а передаются на условиях заключенного договора банковского счета (гл. 45 ГК), который включает обязанности банка

¹ См.: Демушкина Е. Правовой статус безналичных денег и безналичных ценных бумаг // Право и экономика. 1996. № 19—22. С. 65—66.

² См.: Суханов Е. Заем и кредит. Финансирование под уступку денежного требования. Банковский вклад. Банковский счет // Хозяйство и право. 1996. № 7. С. 16.

принимать и выдавать денежные средства клиента и проводить операции по его счету. В таком договоре не закрепляется (и не может быть закреплена) порядок утраты клиентом права собственности на принадлежащие ему деньги и приобретение так называемого права требования.

Едва ли можно признать убедительными доводы ученых о том, что в результате такой передачи право собственности на безналичные деньги утрачивается и у банка, и у клиента. Весьма странная картина: безналичные денежные средства — это ничейное имущество.

Считаем неубедительными аргументы о прекращении права собственности — отсутствие индивидуализированного вещного объекта, невозможность возврата банком тех же самых купюр и другие причины физического характера. «Будучи родовыми вещами, деньги... определяются в гражданском обороте не по своим физическим свойствам, а исключительно по числовому отношению к определенной абстрактной единице...»¹ Конечно, деньги можно индивидуализировать по номерам и серии. Но едва ли в этом есть необходимость при передаче наличных денег в кассу банка либо при перечислении денежных средств.

В силу физических и экономических свойств деньги (наличные и безналичные) существуют как универсальное средство платежа. Будучи движимой вещью, деньги характеризуются такими свойствами, как заменимость и делимость. И здесь не имеет принципиального значения форма денег (последняя не определяет содержания явления).

Применительно к безналичным денежным средствам ярко прослеживается дуализм вещного и обязательственного права: с одной стороны, деньги есть вещь, с другой — по поводу денег возникают имущественные правоотношения (в рамках договора о банковском счете). Тесное переплетение вещно-правовых и обязательственно-правовых начал не лишает исследователей основания для утверждения, что деньги (в том числе безналичные) относятся к вещам (ст. 128 ГК).

III. Правовой режим ценных бумаг. Ценные бумаги — документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении (ст. 142 ГК). Из нормативного определения вытекают следующие признаки, характеризующие ценные бумаги: документарность, удостоверение ценными бумагами имущественных прав, необходимость предъявления документа для осуществления или передачи этих прав.

¹ Луниц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. С. 95.

В первую очередь надо отметить, что ценная бумага представляет собой *документ*. Гражданский кодекс не содержит определения данного понятия, хотя во многих его статьях можно встретить прямые ссылки на документарную форму (ст. 49, 52—57, 61, 63, 173 и др.). Этот пробел определенным образом восполняется иными федеральными законами. Так, ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» (в ред. от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ)¹ устанавливает правило: «документ — материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования и хранения».

Равным образом Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»² содержит определение документированной информации. В соответствии со ст. 2 названного Закона *документированная информация* есть зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством случаях ее материальный носитель. Итак, в новом Законе об информации последовательно проведена линия: документированная информация — разновидность информации.

Справедливо утверждение В. А. Белова и других ученых о необходимости разграничивать материальный носитель информации и собственно информацию. Термин «документ» всегда употребляется для обозначения именно материального носителя, а не самой информации³.

На наш взгляд, информация — самостоятельный объект гражданских прав, хотя она и исключена из ст. 128 ГК.

Следовательно, *ценная бумага* как документ представляет собой материальный носитель с зафиксированной на нем информацией.

Нужно различать понятия «форма ценной бумаги», «форма фиксации прав по ценной бумаге», «форма выпуска ценных бумаг».

Форма ценной бумаги — указание на документ. С этой точки зрения нет принципиальной разницы между документарными и бездокументарными ценными бумагами. Различие между ними проявляется главным образом в форме фиксации прав на ценные

¹ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 1.

² Российская газета. 2006. № 165. Далее — Закон об информации 2006 г.

³ См.: Белов В. А. Ценные бумаги как объекты гражданских прав: вопросы теории. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 22; см. также: Бельх В. С., Виниченко С. И. Биржевое право. М., 2001. С. 85.

бумаги. Закон о рынке ценных бумаг (ст. 2, 16) различает *документарную и бездокументарную формы выпуска ценных бумаг*.

Документарная форма эмиссионных ценных бумаг — форма эмиссионных ценных бумаг, при которой владелец устанавливается на основании предъявления оформленного надлежащим образом сертификата ценной бумаги или, в случае депонирования такового, на основании записи по счету депо.

Бездокументарная форма эмиссионных ценных бумаг — форма эмиссионных ценных бумаг, при которой владелец устанавливается на основании записи в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг или, в случае депонирования ценных бумаг, на основании записи по счету депо.

Причем в силу ст. 16 Закона эмиссионные ценные бумаги могут быть именными или на предъявителя.

Именные эмиссионные ценные бумаги выпускаются только в *бездокументарной форме*, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Эмиссионные ценные бумаги на предъявителя выпускаются только в документарной форме.

Таким образом, с позиции Закона о рынке ценных бумаг деления ценных бумаг на документарные и бездокументарные не существует, а есть лишь эмиссионные ценные бумаги документарной или бездокументарной формы выпуска. Однако постоянно называть такие бумаги с полным перечнем признаков (свойств) нецелесообразно. Поэтому в Гражданском кодексе используется сокращенный вариант (например, бездокументарная ценная бумага). И не только. В Законе о рынке ценных бумаг также встречается неполное название ценных бумаг. Так, в ст. 29 речь идет о переходе прав на ценные бумаги и о реализации прав, закрепленных ценными бумагами. При этом используются такие термины, как «предъявительские документарные ценные бумаги», «именные бездокументарные ценные бумаги». Возможно, эти терминологические метаморфозы внесли определенную путаницу в теорию ценных бумаг и правоприменение.

По общему правилу эмитент может самостоятельно выбрать ту или иную форму выпуска эмиссионных ценных бумаг, исходя из собственных интересов. Иногда действующее законодательство прямо указывает на определенную форму выпуска ценных бумаг. Так, в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 21 февраля 1997 г. № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе» переводной и простой вексель должен быть составлен на бумаге (бумажном носителе). Здесь нет и не может быть речи о магнитном или ином носителе в силу нормативного ограничения.

Наряду с требованиями, предъявляемыми к форме ценных бумаг, иногда в законодательстве можно встретить правило об обязанности эмитента выпускать ее (бумагу) на специальных бланках.

Ценная бумага должна иметь *обязательные реквизиты*. Согласно п. 1 ст. 144 ГК обязательные реквизиты ценных бумаг (равно и требования к форме ценной бумаге) определяются законом либо в установленном им порядке. Например, сертификат ценной эмиссионной бумаги должен содержать следующие обязательные реквизиты: полное наименование эмитента и его юридический адрес; вид ценных бумаг; государственный регистрационный номер эмиссионных ценных бумаг; порядок размещения (ст. 18 Закона о рынке ценных бумаг). Отсутствие обязательных реквизитов ценной бумаги или ее несоответствие установленной законом форме влечет ее ничтожность (п. 2 ст. 144 ГК).

Ценная бумага *удостоверяет (закрепляет)*, как правило, *имущественные права*, принадлежащие уполномоченному лицу. Однако ценные бумаги закрепляют не только имущественные, но и неимущественные права. Например, акции удостоверяют право акционера на участие в деятельности акционерного общества (право на участие в управлении обществом, право голоса, право на получение информации и др.).

Следующий легальный признак ценной бумаги — это ее *представительность*. Ценная бумага порождает права в случае ее предъявления должнику в натуре. Осуществление и передача удостоверенных ценной бумагой прав возможны только при ее предъявлении (п. 1 ст. 142 ГК). Однако для осуществления и передачи прав, удостоверенных бездокументарной ценной бумагой, достаточно доказательств их закрепления в специальном реестре (обычном или компьютерном).

В экономической и юридической литературе называются и другие признаки ценных бумаг (например, публичная достоверность, оборотоспособность, стандартность, серийность, ликвидность и т. д.).

С учетом сказанного можно сформулировать следующие выводы.

1. Документарные и бездокументарные ценные бумаги наделены общими признаками, что позволяет утверждать о существовании единого правового режима ценных бумаг. Для них свойственны такие основные признаки, как: удостоверение субъективного гражданского права, публичная достоверность, оборотоспособность. Различны *способы удостоверения права собственности* на документарные и бездокументарные формы выпуска ценных бумаг.

2. Будучи объектами гражданского права, документарные и бездокументарные ценные бумаги являются разновидностью вещей. Ценная бумага независимо от формы выпуска — это *вещь особого рода*, что предопределяется функциями ценной бумаги. Все они обладают существенным свойством — их *ценность* заключается не в качестве материального носителя, а в содержании

имущественных и неимущественных прав. Поэтому тот, кто критикует бездокументарные ценные бумаги по причине отсутствия бумажного носителя, должен осознавать в полной мере, что эта критика распространяется и на документарные ценные бумаги. Так, документарные ценные бумаги «осязаемы и наличествуют в виде сертификата»¹. В то же время сертификат не является ценной бумагой, а самих ценных бумаг на бумажном носителе не существует при документарной форме выпуска с применением сертификата. Поэтому соответствующие (обязательные) реквизиты имеют сертификаты, удостоверяющие права на документарные эмиссионные ценные бумаги (ст. 18 Закона о рынке ценных бумаг). Следовательно, сертификат — это видимость (фикция) вещного содержания ценной бумаги. У бездокументарных ценных бумаг нет сертификата, а потому (как считают некоторые ученые) отсутствует возможность относить их к вещам.

3. Надо согласиться с мнением о том, что легальное определение ценной бумаги (п. 1 ст. 142 ГК РФ) страдает недостатками; в результате рассматриваемое понятие рассчитано не на все виды ценных бумаг². Поэтому необходимо продолжить исследования природы ценных бумаг и выработать общее определение понятия.

4. При распространении на ценные бумаги правил вещного права появляется возможность применения виндикации как вещно-правового способа защиты прав собственника. Возможность виндикации, естественно, вытекает из физической обособленности вещи. Однако резонно возникает вопрос: насколько необходимо применение классических вещно-правовых способов защиты гражданских прав к бездокументарным ценным бумагам в полном объеме? Действительно, бездокументарную ценную бумагу, хранящуюся на счете «депо» либо на лицевом счете, похитить или потерять практически невозможно. Виндикационный иск к незаконному владельцу также предъявить проблематично (хотя такого рода примеры встречаются в судебной практике), поскольку «владения» у потерпевшего собственника не было в распространенном понимании. Была лишь фикция его прав на ценную бумагу в реестре. Да и у нового собственника как такового владения не возникает. Иначе говоря, надо искать другие варианты. *Один из способов* разрешения этой проблемы заключается в следующем. Поскольку именные ценные бумаги нельзя передать без легитимации записью в реестре или депозитария, постольку в качестве третьих лиц, на которых (в случае удовлетворения виндикационного иска) должна быть возложена обязанность надлежа-

¹ См.: Юлдашева Л. Правовая природа бездокументарных ценных бумаг/Хозяйство и право. 1997. № 10. С. 46.

² См.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М., 1998. С. 30-31.

шего оформления прав законного владельца ценной бумаги. *Второй вариант* — закрепление в Законе о рынке ценных бумаг способов правовой защиты, предполагающих воздействие на держателей реестра и депозитариев, допускающих незаконные переходы права на бездокументарные ценные бумаги и позволяющих вернуть стороны в первоначальное положение.

Классификация ценных бумаг может быть осуществлена по разным основаниям. В зависимости от хозяйственной цели, которая преследуется при их выпуске, они подразделяются на фондовые и коммерческие. *К фондовым относятся акции*, облигации, депозитный и сберегательный сертификаты, производные ценные бумаги (варранты, опционы), которые обращаются на фондовом (биржевом и внебиржевом) рынке. *Коммерческие ценные бумаги* обслуживают процесс товарооборота и определенные гражданско-правовые сделки (например, вексель, чек, коносамент, двойное складское и простое свидетельство). Законодательство не содержит конкретного перечня фондовых и коммерческих ценных бумаг. Гражданский кодекс лишь в общем плане очерчивает контуры правового регулирования отношений, объектом которых являются ценные бумаги.

На фондовом биржевом рынке размещаются только эмиссионные ценные бумаги. В соответствии со ст. 2 и 16 Закона о рынке ценных бумаг эмиссионные ценные бумаги должны обладать тремя признаками:

во-первых, закреплять совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных Законом формы и порядка;

во-вторых, размещаться выпусками. В силу Закона о рынке ценных бумаг (ст. 2) выпуск ценных бумаг — совокупность ценных бумаг одного эмитента, обеспечивающих одинаковый объем прав владельцам и имеющих одинаковую номинальную стоимость. Все бумаги одного выпуска должны иметь один государственный регистрационный номер;

в-третьих, давать ее владельцам равный объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска независимо от времени их приобретения.

Закон о рынке ценных бумаг к ценным эмиссионным бумагам относит облигации, акции и опцион эмитента, хотя не ограничивает данный перечень. Облигации и акции — основные виды ценных бумаг, которые обращаются на фондовом рынке. В отличие от эмиссионных ценных бумаг неэмиссионные выполняют иные функции. Это расчетные (вексель, чек, сберегательная книжка на предъявителя) и товарно-распорядительные документы (коносамент, складское свидетельство).

С учетом внешнего вида и способа выпуска ценные фондовые бумаги можно подразделить на *основные и производные* (вспомогательные). В *основных ценных бумагах* выражено основное имущественное право на имущество, денежные средства и другие первичные ресурсы. *Производные ценные бумаги* удостоверяют право владельца на покупку или продажу первичных ценных бумаг (акций, облигаций и др.). В числе последних можно назвать варранты, опционы и финансовые фьючерсы.

Варрант на ценные бумаги — документ, дающий его владельцу преимущественное право на покупку акции или облигации какого-либо юридического лица в течение определенного срока *времени* по установленной (по заранее известной) цене. Например, инвестор покупает эмитируемые облигации, приобретая при этом варрант на простые акции эмитента по цене 100 руб. Если через несколько лет курсовая стоимость простых акций эмитента превысит 100 руб., то инвестору будет выгодно реализовать свой варрант (с последующей перепродажей акций или размещением их в своем портфеле ценных бумаг)¹.

Опцион — документ, дающий право его владельцу купить или продать другую ценную бумагу в течение определенного периода по определенной цене контрагенту, который за денежную премию принимает на себя обязательство реализовать это право. Так, опцион на покупку предоставляет заинтересованному лицу право в любое время в течение краткосрочного периода (обычно до трех месяцев) купить пакет акций по цене, обозначенной в договоре на опцион. Осуществление этого права целиком зависит от владельца опциона².

Финансовые фьючерсы — стандартные краткосрочные контракты на покупку или продажу определенной ценной бумаги по оговоренной цене и на конкретную будущую дату. Положения фьючерсного контракта являются обязательными для последующего исполнения. В свою очередь, владелец опциона вправе отказаться от реализации своего права, потеряв при этом денежную премию, которую он выплатил контрагенту.

В целом российское законодательство (включая и Гражданский кодекс) вновь демонстрирует свои слабые стороны в части регулирования отношений, объект которых — производные ценные бумаги. Более того, п. 2 ст. 912 ГК использует термин «варрант» в качестве одной из частей складского свидетельства; последние, как уже отмечалось, относятся к числу коммерческих (товарно-распорядительных) ценных бумаг.

¹ См.: Миркин Я. М. Ценные бумаги и фондовый рынок. С. 87.

² См.: Энджел Л., Бойд Б. Как покупать акции / Пер. с англ. М., 1992. С. 196-202.

Гражданский кодекс (ст. 145) дает юридическую классификацию ценных бумаг в зависимости от способа обозначения управомоченного лица и передачи прав по ценным бумагам. По этому признаку ценные бумаги подразделяются на предъявительские, именные и ордерные¹.

Предъявительской является ценная бумага, для реализации и подтверждения прав которой достаточно простого ее предъявления. Имя владельца предъявительской ценной бумаги не фиксируется непосредственно на ней самой, а ее обращение не нуждается в какой-либо регистрации. В качестве бумаги на предъявителя могут быть выпущены, например, облигации (п. 3 ст. 33 Закона об акционерных обществах), акции (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг). Однако выпуск акций на предъявителя разрешается в определенном отношении к величине оплаченного уставного капитала эмитента в соответствии с нормативами, установленными ФКЦБ.

Бумага является *именной*, если права, удостоверенные ею, принадлежат названному в ценной бумаге лицу. Имя владельца данной вида бумаги фиксируется на ее бланке и (или) в системе ведения реестра собственников в обычной документарной и (или) электронной формах. Поэтому переход прав по таким ценным бумагам требует выполнения определенной процедуры (перерегистрации прав собственника).

Ценная *ордерная бумага* позволяет ее владельцу самому осуществлять свои права либо назначить своим распоряжением (приказом) другое управомоченное лицо². Отметим, что ценные эмиссионные бумаги не могут быть выпущены в форме ценных ордерных бумаг.

В экономической литературе называются и другие виды ценных бумаг. Так, в зависимости от срока действия ценные бумаги подразделяются на краткосрочные, среднесрочные, долгосрочные, бессрочные. С учетом того, кто является эмитентом, ценные бумаги можно классифицировать на государственные и негосударственные (корпоративные, иностранных эмитентов, частные). Любая классификация ценных бумаг лишь тогда приобретает прак-

¹ По мнению В. Б. Чувакова, приводимая в ст. 145 ГК классификация ценных бумаг по способу обозначения в бумаге управомоченного лица не охватывает все ценные бумаги. Поэтому автор предлагает классификацию, построенную на различии в способах легитимации держателя бумаги в качестве субъекта удостоверенного ею права (см.: Чуваков В. Б. Правовая природа ценных бумаг. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 6). С этой точки зрения ценные бумаги делятся на четыре вида: предъявительские, ордерные, именные и обыкновенные (ректа-бумаги).

² Подробнее об этом см.: Трегубенко Е. Ю. Ордерные ценные бумаги. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003.

тическое значение, когда она становится объектом правового регулирования.

IV. Правовой режим прибыли. Действующее законодательство широко использует понятия прибыли. Так, в Гражданском кодексе (ст. 2) предпринимательская деятельность характеризуется таким признаком, как *систематическое получение прибыли* от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в установленном законом порядке. Указанное словосочетание — критерий для классификации юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации (ст. 50 ГК). Термин «прибыль» встречается в других статьях Кодекса (кодифицированного акта частного права).

Нормы о прибыли содержатся в других федеральных законах (законах о хозяйственных обществах, производственных кооперативах, а также иных законах о субъектах предпринимательской деятельности).

Налоговый кодекс, который олицетворяет кодифицированный акт публичного права, также широко представляет правила о прибыли. Причем именно в этом Кодексе содержатся основные понятия о прибыли.

В силу ст. 247 НК *объектом налогообложения* по налогу на прибыль организаций признается прибыль, полученная налогоплательщиком. Прибылью в целях настоящей главы признаются: для российских организаций — полученные доходы, уменьшенные на величину произведенных расходов, которые определяются в соответствии с гл. 25 Кодекса. Группировка расходов предусмотрена ст. 252–255 НК. Как видно, законодатель употребляет термин «прибыль, полученная налогоплательщиком». Таким образом, ставится знак равенства между понятиями «валовая прибыль» и «налогооблагаемая прибыль».

Итак, прибыль — категория экономическая. Ее экономическая сущность является предметом дискуссии в экономической науке. Не вдаваясь в тонкости экономической теории прибыли, выделим ряд принципиальных вопросов. Надо различать понятия «экономическая выгода», «доход», «прибыль».

Выгода — это родовое понятие, объединяющее и доход, и прибыль. В силу ст. 41 НК *доходом* признается *экономическая выгода* в денежной или натуральной форме, учитываемая в случае возможности ее оценки и в той мере, в которой такую выгоду можно оценить, и определяемая в соответствии с главами «Налог на доходы физических лиц», «Налог на прибыль (доход) организаций», «Налог на доходы от капитала» настоящего Кодекса.

В словаре русского языка термин «выгода» есть польза, преимущество¹. Это означает, что используемые термины носят ус-

¹ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под Ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1989. С. 115.

ловный характер, хотя бы по причине их близости с точки зрения содержания (например, в этом же словаре польза определяется как выгода).

Под *доходами* предприятия подразумевается увеличение экономических выгод в результате поступления денежных средств, иного имущества и (или) погашения обязательств, приводящее к увеличению капитала¹. При этом доход предприятия формируется за счет как основной, так и неосновной хозяйственной деятельности. В первом случае речь идет о доходах от обычных видов деятельности, во втором — о прочих доходах (операционные, внеоперационные, а также чрезвычайные). Иначе говоря, по своей экономической природе доход предприятия есть выгода в денежной и натуральной (имущественной) форме от любых источников и видов деятельности *без вычета произведенных затрат*. Здесь можно использовать термин «валовый доход».

Однако главное различие между доходом и прибылью следует искать не только с экономической точки зрения. Термин «доход» олицетворяет увеличение (прирост) денежной и имущественной массы предприятия от *экономической деятельности*, тогда как понятие «прибыль» характеризует финансовые результаты предприятия при осуществлении предпринимательской деятельности. Нельзя механически применять термин «прибыль» к различным финансовым результатам организаций. Например, адвокаты, нотариусы осуществляют экономическую деятельность, которая не является видом предпринимательства. В результате такой деятельности они получают доход (но не прибыль).

Налоговый кодекс (ст. 38) также разделяет категории «доход» и «прибыль», где перечисляются объекты налогообложения, и среди них — отдельно друг от друга — и прибыль, и доход. Соответственно указанной классификации объектов налогообложения следует, на наш взгляд, устанавливать и дифференцированный режим налогообложения.

В экономической литературе выделяют различные виды прибыли: балансовая прибыль, валовая прибыль, налогооблагаемая прибыль, бухгалтерская прибыль, чистая прибыль, условная прибыль, прибыль от реализации продукции (работ, услуг), прибыль от реализации основных фондов и иного имущества. Каждый вид прибыли обладает собственным правовым режимом. Причем надо отметить, что отдельные виды прибыли тесно связаны между собой и обусловлены. Так, *валовая прибыль* представляет собой сумму прибыли (убытка) от реализации продукции (работ, услуг), основных фондов (включая земельные участки), иного имущества предприятия и доходов от внеоперационных операций, умень-

¹ См.: Финансы предприятий: Учебник для вузов / Под ред. Н. В. Колчиной. 2-е изд., перераб. и доп. М, 2003. С. 45.

шенных на сумму расходов по этим операциям. Такая формулировка валовой прибыли содержалась в п. 2 ст. 2 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2116-1 «О налоге на прибыль предприятий и организаций»¹.

В Налоговом кодексе словосочетание «валовая прибыль» не используется. В силу ст. 247 НК *объектом налогообложения* по налогу на прибыль организаций признается прибыль, полученная налогоплательщиком. Прибылью в целях настоящей главы признается: для российских организаций — полученные доходы, уменьшенные на величину произведенных расходов, которые определяются в соответствии с гл. 25 Кодекса. Группировка расходов предусмотрена ст. 252—255 НК. Как видно, законодатель употребляет термин «прибыль, полученная налогоплательщиком». Таким образом, ставится знак равенства между понятиями «валовая прибыль» и «налогооблагаемая прибыль».

Равным образом нет в законодательстве легального определения понятия «балансовая прибыль». Раньше оно содержалось в п. 69 Положения о бухгалтерском учете и отчетности в Российской Федерации, утвержденного приказом Минфина России от 20 марта 1992 г. № 10. В настоящее время действует Положение по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденное приказом Минфина России от 29 июля 1998 г. № 34н. В силу п. 79 Положения *бухгалтерская прибыль (убыток)* — конечный финансовый результат (прибыль или убыток), выявленный за отчетный период на основании бухгалтерского учета всех хозяйственных операций организации и оценки статей бухгалтерского баланса по правилам, принятым в соответствии с настоящим Положением. Здесь также наблюдается замена термина «балансовая прибыль» на понятие «бухгалтерская прибыль».

В действующем законодательстве отсутствует нормативное определение чистой прибыли. В ряде случаев законодательство отождествляет понятия «чистая прибыль», «нераспределенная прибыль», «прибыль, остающаяся в распоряжении предприятия», что следует иметь в виду при применении тех или иных нормативных актов в данной сфере.

На наш взгляд, *чистая прибыль (нераспределенная прибыль)* — это прибыль, остающаяся в распоряжении предприятия после расчетов с бюджетом (после уплаты налогов), до ее распределения по фондам.

«Жизненный цикл» прибыли можно подразделить на две основные стадии: формирование прибыли и распределение прибыли. В литературе иногда называют и такую стадию, как управле-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 1992. № 53.

ние прибылью предприятия. Коротко остановимся на стадиях формирования и распределения прибыли предприятия (на примере акционерного общества).

Понятие «распределение прибыли» в контексте Закона об акционерных обществах (пп. 11 п. 1 ст. 48) можно рассматривать как установление общим собранием акционеров нормативов распределения прибыли (например, нормативов фондов накопления и потребления, фонда дивидендов). Иначе говоря, речь идет о *формировании (планировании) прибыли* акционерного общества по результатам финансового года.

Вряд ли можно ставить знак равенства между понятиями «распределение прибыли» и «выплата дивидендов», что иногда встречается в литературе. Выплата дивидендов — это одно из денежных средств распределения прибыли акционерным обществом между его акционерами. Но финансовая деятельность акционерного общества не сводится только распределению прибыли между акционерами, имеются и другие фонды, а также и направления распределения чистой прибыли общества.

В силу п. 2 ст. 42 Закона об акционерных обществах дивиденды выплачиваются из чистой прибыли общества. Дивиденды по привилегированным акциям определенных типов могут выплачиваться за счет специально предназначенных для этого фондов общества.

Чистая прибыль акционерного общества (после уплаты налогов) остается в распоряжении общества и по решению общего собрания акционеров перечисляется в резервы, направляется на формирование иных фондов общества или распределяется между акционерами в виде дивидендов на другие цели. Следовательно, акционерное общество вправе (в соответствии с Законом и уставом) направить средства чистой прибыли преимущественно на выплату дивидендов акционерам общества.

От формирования (в смысле распределения) прибыли общества надо отличать расходование (использование) денежных средств. Поэтому общество в лице совета директоров и генерального директора вправе распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению в пределах утвержденных общим собранием акционеров нормативов распределения прибыли. Можно лишь мысленно представить ситуации (что было бы с акционерным обществом), когда любое расходование денежных средств должно осуществляться по решению общего собрания акционеров. Хотя при этом обнаруживается риск негативных имущественных потерь для акционерного общества.

Что касается термина «распределение убытков», то в литературе и на практике его использование вызывает трудности и неадекватную реакцию со стороны ученых и практических работников. Так, по мнению некоторых ученых, в нормах Гражданского кодекса

(абз. 2 п. 2 ст. 52, пп. 4 п. 1 ст. 103) и Закона об акционерных обществах отсутствует какой-либо здравый смысл в применении данного термина¹. Едва ли можно согласиться с таким мнением. Конечно, если буквально подходить к раскрытию содержания понятия «распределение убытков», то можно прийти к абсурдному выводу, а именно, как и каким образом распределить убытки акционерного общества.

На наш взгляд, термин «распределение убытков» означает *определение порядка покрытия (возмещения) убытков*, могущих возникнуть в ходе производственно-хозяйственной деятельности общества. В действующем законодательстве также встречаются аналогичные правила.

На общем собрании акционеров утверждаются не только годовая бухгалтерская отчетность, но и просто годовой отчет, а также *распределение прибыли и убытков*. В Гражданском кодексе, Законе об акционерных обществах прямо не закреплено, какие данные должны содержаться в документах, утверждаемых общим собранием акционеров в части распределения прибыли и убытков общества по результатам финансового года.

¹ См.: Бяж Б., Кржман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона об акционерных обществах / Под общ. ред. А. С. Тарасовой. М., 2001. С. 279.

Глава 7

**ПРИВАТИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО
И МУНИЦИПАЛЬНОГО ИМУЩЕСТВА****§ 1. Понятие и основные цели приватизации**

Легальное определение понятия «приватизация» дано в ст. 1 Закона о приватизации. Под *приватизацией* государственного и муниципального имущества понимается возмездное отчуждение имущества, находящегося в собственности Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований, в собственность физических и (или) юридических лиц. Такое определение носит односторонний (в основном юридический) характер и не раскрывает ее существенных признаков.

Приватизацию можно рассматривать в разных аспектах: организационно-техническом, экономическом, юридическом и др.

В качестве особого вида *управленческой деятельности* она представляет собой совокупность взаимосвязанных и целенаправленных действий субъектов приватизации по передаче объектов государственной и муниципальной собственности в частную. Причем эта деятельность осуществляется по решению и при непосредственном участии специальных органов государства и муниципальных образований в установленных порядке и формах¹. Как управленческая деятельность приватизация структурно состоит из двух элементов: объектов и субъектов приватизации. Более подробно эти элементы будут рассмотрены ниже.

Экономический аспект приватизации связан с категорией «собственность». С точки зрения экономической теории собственность — это отношения между людьми по поводу вещи. Понять экономическое содержание собственности можно только через анализ всей совокупности производственных отношений данного общества. Она (совокупность) включает в себя отношения производства, обмена, распределения, потребления². Приватизация является способом (средством) распределения (перераспределения) материальных и нематериальных благ.

Правовой аспект приватизации находит отражение в следующих моментах.

¹ Камышанский В. П. Правовое регулирование приватизации государственных и муниципальных предприятий и его эффективность. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994. С. 12.

² См.: Курс экономической теории. Учебное пособие. Киров, 1993. С. 122.

Во-первых, право регулирует организацию и проведение работ по приватизации. В правовых актах определяются основные цели и принципы приватизации, порядок ее проведения, права, обязанности и ответственность участников приватизации и т. д.

Во-вторых, Гражданский кодекс (ст. 217) рассматривает приватизацию как производный способ приобретения права собственности. Переход права собственности объектов приватизации определяется договором купли-продажи. Иначе говоря, приватизация есть производный способ приобретения права собственности; договор о продаже приватизированного имущества — основание (юридический факт) возникновения, изменения и прекращения гражданских прав (ст. 8 ГК).

На наш взгляд, термины «способ» и «основания» — не синонимы. Так, к производным способам приобретения права собственности относятся передача, изъятие, выкуп. Основаниями передачи являются: договоры об отчуждении вещи; наследование имущества и случаи правопреемства при реорганизации юридического лица; переход по наследству выморочного имущества. Причем договор купли-продажи — не единственный юридический факт в процессе приватизации. Решение об условиях приватизации, принимаемое уполномоченным органом, первично в составе юридических фактов. За решением следует заключение и исполнение договора купли-продажи объекта приватизации. Далее договор между продавцом и покупателем подлежит обязательной регистрации.

Общее правило о моменте возникновения права собственности у приобретателя по договору содержится в ст. 223 ГК. В частности, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом. В силу п. 4 ст. 32 Закона о приватизации право собственности на приватизируемое недвижимое имущество переходит к покупателю со дня государственной регистрации перехода права собственности на такое имущество. Основания государственной регистрации такого имущества — договор купли-продажи недвижимого имущества, а также передаточный акт или акт приема-передачи имущества.

В настоящее время государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним осуществляется в соответствии с Законом о регистрации прав на недвижимое имущество.

Приватизационный процесс — сложное и многогранное явление. В рамках данного процесса имеет место реорганизация государственного или муниципального предприятия путем его преобразования (ст. 58 ГК), т. е. смены организационно-правовой формы. В связи с этим не убедительно звучит положение о том, что преобразование юридических лиц возможно в рамках одной формы

собственности¹. Названная статья Гражданского кодекса не дает основания для такого утверждения. Напротив, при приватизации предприятия замена организационно-правовой формы происходит одновременно с изменением формы собственности.

Реорганизация предприятия (юридического лица) — самостоятельная стадия процесса приватизации, а потому она (реорганизация) осуществляется по собственным правилам. Покупатель государственного и муниципального предприятия становится универсальным правопреемником его имущественных и неимущественных прав и обязанностей в соответствии с условиями заключенного договора и законодательством. Однако в договоре купли-продажи между продавцом и покупателем могут быть предусмотрены специальные условия, делающие правопреемство не полным, а частичным².

Приватизацию в узком (строгом) смысле слова надо отличать от разгосударствления и коммерциализации. *Разгосударствление* можно коротко охарактеризовать как ослабление монополии государства в сфере управления экономикой путем преобразования государственных предприятий в иные организационно-правовые формы. В отличие от приватизации при разгосударствлении государственная собственность не превращается в частную. В свою очередь, *коммерциализация* представляет собой реорганизацию государственных и муниципальных предприятий путем выделения из их состава структурных единиц с предоставлением им права юридического лица без изменения форм собственности.

В экономической литературе было высказано мнение о широкой трактовке понятия «приватизация». Так, российский ученый А. Радыгин считает, что определение приватизации в широком смысле включает не только приватизацию в собственном смысле, но и процесс модификации управления государственным предприятием без отчуждения имущественных прав на основе подряда, аренды и других договоров³. Синонимом такой трактовки в значительной мере является понятие «разгосударствление», на что обращалось внимание ранее.

Широкая трактовка приватизации характерна и для ученых запада. Например, проф. Э. Савас под приватизацией понимает осуществление разнообразных мероприятий по изменению масштабов деятельности государства либо по усилению роли частно-

¹ См.: Современные проблемы хозяйственного (предпринимательского) права (Материалы межвузовской научной конференции) // Государство и право. 1996. № 4. С. 73.

² См.: Правовые основы перехода к рыночным отношениям. Т. 2. М., 1991. С. 141.

³ См.: Радыгин А. К теории приватизации в переходной экономике // Вопросы экономики. 1995. № 12. С. 63.

го сектора в предпринимательской деятельности¹. Названный ученый включает в понятие «приватизация» мероприятия по усилению ориентации общества на частные интересы.

Итак, приватизация — это совокупность мероприятий.

Американские ученые Х. Фейгенбаум и Д. Хениг рассматривают тактическую приватизацию как средство, направленное на достижение политических целей конкретных партий, политиков или заинтересованных групп. Последние стремятся к изменению баланса власти путем привлечения своих союзников и вознаграждения тех, кто их поддерживает. Например, программа продажи собственности, выдвинутая правительством Ширака, которое находилось у власти во Франции в 1986—1988 гг., была направлена в основном на то, чтобы обеспечить победу на выборах. Подобную стратегию применило правительство М. Тэтчер в преддверии выборов². Российский истеблишмент также использует «козырную карту» приватизации в политических целях.

С юридической точки зрения приватизация должна иметь строго очерченные законом границы (понятие приватизации в узком смысле слова, основные ее цели, круг регулируемых отношений и т. д.). Что касается широкой трактовки приватизации, то она лишь отражает многогранность рассматриваемой категории. Так, приватизация может иметь политический, коммерческий, психологический и другие аспекты. В противном случае (когда термин «приватизация» обладает разным значением) весьма сложно очертить круг общественных отношений, которые подпадают под действие Закона о приватизации.

Приватизация преследует несколько основных целей, которые указываются в государственной программе приватизации. В настоящее время действует Государственная программа приватизации, утвержденная Указом Президента РФ 1993 г. № 2284 (в ред. от 16 августа 2004 г. № 1084). К числу таких целей относятся:

а) повышение эффективности российской экономики в целом и деятельности отдельных предприятий на основе структурной перестройки экономики;

б) формирование широкого слоя частных собственников как экономической основы рыночных отношений;

в) вовлечение в процесс приватизации населения путем продажи приватизируемого государственного и муниципального имущества за приватизационные чеки на специализированных чековых аукционах до 1 июля 1994 г. и за деньги после 1 июля 1994 г.;

¹ См.: Савас Э. С. Приватизация: ключ к рынку/Пер. с англ. М., 1992. С. 15.

² См.: Фейгенбаум Х., Хениг Д. Политические основы приватизации//World Politics, 1994. January. P. 185—208.

³ Первоначальный текст документа опубликован: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 1. Ст. 2. Далее — Государственная программа приватизации.

г) завершение в основном приватизации крупных и средних предприятий промышленности и строительства, а также объектов «малой приватизации»;

д) привлечение в производство инвестиций, включая иностранные;

е) содействие в реализации мероприятий по социальной защите населения, в том числе защите прав частных собственников (акционеров).

В процессе приватизации некоторые цели меняются с учетом политической, экономической ситуации в стране, других факторов. Так, на первом этапе приватизации была достигнута главная ее цель — перераспределение государственной и муниципальной собственности между участниками приватизации (государством, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями, физическими и юридическими лицами).

Итак, *приватизация государственного и муниципального имущества* представляет собой один из способов распределения (перераспределения) материальных и нематериальных благ в форме возмездного отчуждения имущества, находящегося в собственности Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований, в собственность физических и (или) юридических лиц для достижения основных целей, которые указываются в Государственной программе приватизации.

§ 2. Законодательство о приватизации

Законодательство о приватизации является комплексным (частно-публичным), хотя во многом носит ярко выраженный административно-правовой характер.

Практически значимым является вопрос о соотношении гражданского законодательства и законодательства о приватизации. Общее правило о таком соотношении сформулировано в ст. 3 ГК, в которой говорится о том, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, иных правовых актах, должны соответствовать Кодексу. Вместе с тем особенности гражданско-правового регулирования тех или иных вопросов устанавливаются законодательством о приватизации, если в Гражданском кодексе имеется на этот счет соответствующая ссылка. Например, в п. 3 ст. 96 ГК прямо указывается на то, что особенности правового положения акционерных обществ, созданных путем приватизации государственных и муниципальных предприятий, определяются также законами и иными правовыми актами о приватизации. Аналогичное правило содержится в п. 5 ст. 1 Закона об акционерных обществах. Более того, в данном Законе предусмотрено, что указанные особенности действуют с момента принятия решения о приватизации до момента отчуждения государством или

муниципальным образованием 75% принадлежащих им акций в этом акционерном обществе, но не позднее окончания установленного планом приватизации данного предприятия срока приватизации. Одним словом, названный Закон отвечает на принципиально важный вопрос: когда действие законодательства о приватизации прекращается?

В связи с этим надо согласиться с С. А. Хохловой в том, что существование в России двух систем собственности (одна система собственности создана на основе приватизированного законодательства, другая — на основе общего гражданского законодательства) — ненормальное явление. Эту большую проблему нужно решать путем издания специальных актов, определяющих пределы действия законодательства о приватизации¹.

Другой пример. Положения Гражданского кодекса, регулирующие порядок приобретения и прекращения права собственности, применяются в процессе приватизации, если иное не предусмотрено законами о приватизации (ст. 217 ГК). Так, при совершении сделок в ходе приватизации государственного и муниципального имущества нормы законов о приватизации имеют приоритет по отношению к общим положениям Кодекса.

Законодательство о приватизации представляет собой *раздел хозяйственного законодательства*, в состав которого входят акты Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований (ст. 4 Закона о приватизации). В этой области действует многоуровневое правовое регулирование. Основные нормативные акты — это акты федерального уровня, т. е. законодательство о приватизации состоит из Закона о приватизации и принимаемых в соответствии с ним других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации. Причем нормы о приватизации, содержащиеся в других федеральных законах, не должны противоречить Закону о приватизации.

Вопросы приватизации — сфера совместной компетенции Федерации и ее субъектов. Закон о приватизации (ст. 4) не включает в состав законодательства о приватизации правовые акты муниципальных образований. Приватизация муниципального имущества осуществляется органами местного самоуправления самостоятельно в соответствии с законодательством о приватизации (п. 3 ст. 4 Закона).

Законодательство о приватизации формируется и по другим критериям (по отраслям экономики, группам предприятий, регионам, конкретным объектам). Например, региональные особенности приватизации государственного имущества в Москве и Московской области получили закрепление в указах и распоряжениях Президента РФ.

¹См.: Хохлов С. А. Право собственности и другие вещные права//Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 8. С. 124—125.

Приватизация в России осуществлялась и осуществляется до сих пор по следующей схеме: сначала предприятия приватизируются, а затем ввиду отсутствия инвесторов и соответственно инвестиций попадают в список неплатежеспособных. На стадии приватизации санация и реструктурирование промышленных предприятий, как правило, не применяются. Средства, полученные от приватизации объектов, поступают в бюджет и не направляются конкретно на развитие приватизированных предприятий.

На наш взгляд, вопросы санации и реструктурирования предприятий (включая и те, которые уже приватизированы) должны получить закрепление в специальном законе. Санация — это не только судебная процедура, применяемая к несостоятельному должнику в соответствии с Законом о несостоятельности. Она представляет собой и государственную финансовую поддержку предприятий, которые нуждаются в санации.

В рассматриваемой сфере необходимо принятие законов об управлении государственной собственностью (включая государственные пакеты акций приватизированных предприятий) и о национализации. Не надо бояться слова «национализация». Всем участникам экономического оборота важно знать общие правила поведения, в том числе по вопросам национализации.

Деприватизация возможна не только путем национализации. Она (деприватизация) может быть реализована посредством продажи объекта государству или муниципальному образованию, безвозмездной передачи имущества в государственную либо муниципальную собственность.

И, наконец, в сфере приватизации и управления государственной собственностью надо провести систематизацию действующего законодательства. Нормативный массив, состоящий из большого количества правовых актов различной юридической силы, содержит зачастую противоречивые нормы, а также многочисленные отсылки к подзаконным актам.

В существенной доработке нуждается и Закон о приватизации.

§ 3. Субъекты и объекты приватизационных правоотношений

В качестве особого вида *управленческой деятельности* приватизация представляет собой совокупность взаимосвязанных и целенаправленных действий субъектов приватизации по передаче объектов государственной и муниципальной собственности в частную. Причем эта деятельность осуществляется по решению и при непосредственном участии специальных органов государства и муниципальных образований в установленных порядке и формах. Как управленческая деятельность приватизация структурно состоит из двух элементов: объектов и субъектов приватизации.

Объектами приватизации является государственное и муниципальное имущество. Действующий Закон о приватизации в качестве объекта приватизации называет государственное и муниципальное имущество, а не предприятие в целом (либо его часть). И хотя это, как правило, имущественный комплекс (предприятие), тем не менее под «имуществом» понимаются и другие объекты. Возникает вопрос: какие объекты?

Закон о приватизации не дает прямого ответа на поставленный вопрос. В нем (п. 2 ст. 3) лишь содержится перечень объектов, на которые не распространяется Закон. К их числу относятся:

- 1) земля, за исключением отчуждения земельных участков, на которых расположены объекты недвижимости, в том числе имущественные комплексы;
- 2) природные ресурсы;
- 3) государственный и муниципальный жилищный фонд;
- 4) государственный резерв;
- 5) государственное и муниципальное имущество, находящееся за пределами территории Российской Федерации;
- 6) государственное и муниципальное имущество в случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации;
- 7) культовые здания и сооружения с относящимися к ним земельными участками и иным находящимся в государственной или муниципальной собственности имуществом религиозного назначения при передаче безвозмездно в собственность религиозных организаций для использования в соответствующих целях;
- 8) государственное и муниципальное имущество при отчуждении в собственность некоммерческих организаций, созданных при преобразовании государственных и муниципальных учреждений;
- 9) государственные и муниципальные унитарные предприятия, государственные и муниципальные учреждения имущества, закрепленного за ними в хозяйственном ведении или оперативном управлении;
- 10) государственное и муниципальное имущество на основании судебного решения;

11) акции в предусмотренных федеральными законами случаях возникновения у Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований права требовать выкупа их акционерным обществом.

Итак, объект приватизации — это государственное и муниципальное имущество. Однако определение понятия «имущество», как известно, отсутствует в действующем законодательстве. Поэтому можно лишь высказать следующие предположения на этот счет. Сюда входят прежде всего объекты недвижимости (предприятия, имущественные комплексы, здания, сооружения и др.). На-

ряду с ними объектами приватизации может быть и движимое имущество (например, ценные бумаги). В состав объектов приватизации входят также имущественные права (например, доли Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований в капитале хозяйственных обществ).

Надо признать справедливым мнение о том, что в Законе о приватизации необходимо прямо указать конкретные объекты, на которые распространяется действие этого правового акта, а не искать объекты приватизации «от обратного»¹. Действующее положение в значительной степени затрудняет применение названного Закона в хозяйственной практике.

К субъектам приватизации относятся государство, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, предприятия и организации независимо от формы собственности, а также граждане. В процессе приватизации государство в лице соответствующих органов реализует свою экономическую функцию. В силу ст. 6 Закона о приватизации Правительство РФ вправе наделить федеральный орган исполнительной власти полномочиями на осуществление функций по приватизации федерального имущества. Ранее эти функции осуществлял Государственный комитет РФ по управлению государственным имуществом (Госкомимущество), а также его территориальные подразделения (комитеты), затем Министерство государственного имущества РФ (Мингосимущество). С 2002 г. федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством РФ осуществлять функции по приватизации федерального имущества, является Министерство имущественных отношений РФ (Минимущество России)². Указом Президента РФ от 20 мая 2004 г. № 649 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» данное Министерство упразднено. Равным образом упразднен Российский фонд федерального имущества. Этим указом образовано Федеральное агентство по управлению федеральной собственностью, входящее в состав Министерства экономического развития и торговли. На федеральном уровне создан единый орган, осуществляющий управление федеральной собственностью.

С точки зрения Закона о приватизации продавцами в приватизационных отношениях являются собственники государственного и муниципального имущества — публичные образования (Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования) в ли-

¹ См.: Тяпкина Е. А. Правовые проблемы приватизации государственных предприятий. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 11.

² См.: Положение о Министерстве имущественных отношений Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства РФ от 4 июля 2003 г. № 407. Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2178.

це соответствующих органов. На федеральном уровне — это Федеральное агентство по управлению федеральной собственностью.

§ 4. Порядок и способы приватизации

Порядок приватизации — урегулированный законом, программой приватизации, а также иными нормативными правовыми актами процесс принятия компетентными органами решений о приватизации в установленные сроки и их исполнения. Указанный процесс представляет собой последовательную совокупность (систему) юридических фактов.

Будучи сложным явлением, порядок приватизации состоит из следующих этапов:

первый этап — разработка прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества (ст. 7, 8 Закона о приватизации);

второй этап — принятие решения об условиях приватизации государственного и муниципального имущества (ст. 14 Закона о приватизации);

третий этап — исполнение решения о приватизации имущества предусмотренным законом способом.

Процедура (порядок) разработки прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества определяется Правительством РФ на очередной финансовый год. В подготовке прогнозного плана (программы) принимают участие федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, федеральные государственные унитарные предприятия, а также открытые акционерные общества, акции которых находятся в федеральной собственности, а также иные юридические лица и граждане. Заинтересованные органы и лица направляют свои предложения о приватизации федерального имущества в Правительство РФ.

Порядок планирования приватизации имущества, находящегося в собственности субъектов Российской Федерации, и муниципального имущества определяется соответственно органами государственной власти субъектов и органами местного самоуправления (п. 1 ст. 10 Закона о приватизации).

В соответствии с п. 1 ст. 7 Закона о приватизации прогнозный план (программа) приватизации федерального имущества ежегодно утверждается Правительством РФ. Он (план) содержит перечень федеральных государственных унитарных предприятий, акций открытых акционерных обществ, находящихся в федеральной собственности, и иного федерального имущества, которое планируется приватизировать в соответствующем году. В прогнозном плане (программе) указываются характеристика федерального

имущества, которое планируется приватизировать, и предполагаемые сроки приватизации. Акции стратегических акционерных обществ и стратегические предприятия включаются в прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества после принятия Президентом РФ решения об уменьшении степени участия Российской Федерации в управлении стратегическими акционерными обществами или об исключении соответствующих предприятий из числа стратегических предприятий. Другая особенность: акции открытых акционерных обществ «Газпром», «Единая энергетическая система России», а также являющиеся субъектами естественных монополий в сфере железнодорожных перевозок и находящиеся в ведении федерального органа исполнительной власти в области управления железнодорожным транспортом федеральные государственные унитарные предприятия включаются в прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества на основании федерального закона (п. 3, 4 ст. 7 Закона).

Прогнозный план (программа) приватизации федерального имущества, утвержденный Правительством РФ, направляется в Государственную Думу одновременно с проектом закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год в составе прилагаемых к нему документов.

Решение об условиях приватизации федерального имущества принимается Правительством РФ в соответствии с прогнозным планом (программой) приватизации (пп. 7 ст. 6, п. 1 ст. 14 Закона о приватизации). В решении должны содержаться следующие сведения: наименование имущества и иные позволяющие его индивидуализировать данные (характеристика имущества);

способ приватизации; нормативная цена; срок рассрочки платежа (в случае ее предоставления);

иные необходимые для приватизации имущества сведения.

Особые требования предъявляются к содержанию решения об условиях приватизации имущественного комплекса федерального государственного унитарного предприятия. Права такого унитарного предприятия со дня утверждения прогнозного плана (программы) приватизации до момента перехода права собственности на приватизируемое имущество к покупателю имущественного комплекса предприятия заметно ограничены (п. 3 ст. 14 Закона о приватизации).

Органы государственной власти и местного самоуправления самостоятельно определяют порядок принятия решений об условиях приватизации государственного и муниципального имущества.

Стадия исполнения решений об условиях приватизации государственного и муниципального имущества характеризуется следующими действиями государственных органов и органов местного

самоуправления. В соответствии с принятым решением об условиях приватизации имущества на этой стадии реализуется избранный способ приватизации имущества. Итак, *способ приватизации имущества* — это предусмотренные Законом о приватизации, решением об условиях приватизации имущества правовые формы отчуждения государственного и муниципального имущества в частную собственность физических и юридических лиц¹.

Перечень способов приватизации, содержащийся в гл. IV Закона о приватизации, является закрытым. Это означает, что участники приватизационного процесса не вправе выбрать иной способ приватизации.

Для приватизации государственного и муниципального имущества могут быть использованы *следующие способы* (ст. 13 Закона):

1) преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество;

2) продажа государственного или муниципального имущества на аукционе (ст. 18 Закона);

3) продажа акций открытых акционерных обществ на специализированном аукционе (ст. 19);

4) продажа государственного или муниципального имущества на конкурсе (ст. 20);

5) продажа за пределами территории Российской Федерации находящихся в государственной собственности акций открытых акционерных обществ (ст. 21);

6) продажа акций открытых акционерных обществ через организатора торговли на рынке ценных бумаг (ст. 22);

7) продажа государственного или муниципального имущества посредством публичного предложения (ст. 23);

8) продажа государственного или муниципального имущества без объявления цены (ст. 24);

9) внесение государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ (ст. 25);

10) продажа акций открытого акционерного общества по результатам доверительного управления (ст. 26).

Мы не согласны с мнением, что способы приватизации расположены в Законе о приватизации в определенном порядке: переход к следующему способу приватизации допускается, если предыдущий способ не может быть использован или не был реализован². Конкретный способ приватизации предусматривается решением об условиях приватизации, а потому переход от одного

¹ См.: Тяпкина Е. А. Указ. соч. С. 18.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 447.

способа приватизации к другому возможен только посредством внесения соответствующих изменений в решение об условиях приватизации. Здесь нет очередности.

Подавляющее большинство способов приватизации относятся к продаже государственного или муниципального имущества. И только два способа — исключение (преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество, внесение государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ). Рассмотрим их (способы) более подробно.

Преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество есть разновидность реорганизации юридического лица. Путем изменения юридическим лицом своей организационно-правовой формы происходят прекращение деятельности одного юридического лица и возникновение нового. В силу п. 2 ст. 13 Закона о приватизации приватизация имущественного комплекса унитарного предприятия в случае, если размер уставного капитала, определенный в соответствии со ст. 11 настоящего Закона, превышает минимальный размер уставного капитала открытого акционерного общества, установленный законодательством, может осуществляться только путем *преобразования унитарного предприятия в открытое акционерное общество*. В иных случаях приватизация имущественного комплекса унитарного предприятия осуществляется другими предусмотренными Законом о приватизации способами.

В рассматриваемом случае преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество приводит не только к изменению организационно-правовой формы юридического лица, но и к смене *формы собственности*. Однако кроме решения о преобразовании унитарного предприятия в открытое акционерное общество Гражданский кодекс (п. 5 ст. 58) называет второй юридический факт: передаточный акт, в соответствии с которым осуществляется передача государственного или муниципального имущества акционерному обществу, возникшему в результате такого преобразования.

Тем не менее способом приватизации является именно преобразование унитарного предприятия в открытое акционерное общество, а не передаточный акт. Последний используется и при продаже государственного или муниципального имущества различными способами приватизации, выполняя специальную (учетно-бухгалтерскую) функцию.

Закон о приватизации (п. 3 ст. 13) дифференцирует с учетом установленных критериев способы приватизации имущественных комплексов федеральных унитарных предприятий и находящихся в федеральной собственности акций открытых акционерных обществ, балансовая стоимость основных средств которых на по-

следнюю отчетную дату превышает 5 млн МРОТ, а также имущества, соответствующего иным критериям, установленным Правительством РФ. В частности, приватизация такого имущества может осуществляться:

- путем преобразования унитарного предприятия в открытое акционерное общество;
- на аукционе;
- на специализированном аукционе;
- посредством продажи за пределами территории Российской Федерации находящихся в государственной собственности акций открытых акционерных обществ;
- посредством внесения в соответствии с нормативными правовыми актами Президента РФ федерального имущества в качестве вклада в уставный капитал стратегического акционерного общества.

Приватизация имущества, не соответствующего указанным в п. 3 ст. 13 Закона о приватизации критериям, может осуществляться:

- путем преобразования унитарного предприятия в открытое акционерное общество;
- на аукционе;
- на специализированном аукционе;
- на конкурсе;
- посредством внесения акций в качестве вклада в уставный капитал открытого акционерного общества (п. 4 ст. 13 Закона о приватизации).

Следующий способ приватизации — внесение государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ.

Во-первых, соответствующее решение о таком внесении принимается Правительством РФ, органом исполнительной власти субъекта Федерации, органом местного управления.

Во-вторых, в уставные капиталы открытых акционерных обществ могут быть внесены государственное или муниципальное имущество, а также исключительные права.

В-третьих, доля акций открытого акционерного общества, находящихся в собственности Российской Федерации, ее субъекта, муниципального образования и приобретаемых соответственно публичными образованиями, в общем количестве обыкновенных акций этого акционерного общества не может составлять менее чем 25% плюс одна акция, если иное не установлено Президентом РФ в отношении стратегических акционерных обществ.

В-четвертых, внесение государственного или муниципального имущества, а также исключительных прав в уставные капиталы открытых акционерных обществ может осуществляться: при учреждении открытых акционерных обществ; в порядке оплаты раз-

мещаемых дополнительных акций при увеличении уставных капиталов открытых акционерных обществ (ст. 25 Закона).

Отличительная особенность данного способа приватизации заключается в том, что правовой формой сделки приватизации является в данном случае *договор мены*, а не договор купли-продажи имущества¹.

Раздел 4. ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ И ИНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 8

МЕХАНИЗМ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Государственное регулирование предпринимательской деятельности: понятие, виды, основания и пределы

Место и роль государства в экономике каждой страны определяются эффективностью применяемых мер и средств государственного регулирования, с помощью которых решаются те или иные социально-экономические и иные задачи. В современных условиях наблюдается усиление государственного воздействия на экономические процессы, меняются организационные формы взаимодействия государственных органов с хозяйствующими субъектами, происходят существенные сдвиги в целях, механизме, аппарате управления, в сочетании государственного и рыночного механизмов регулирования. Это общая тенденция, характерная для большинства стран с развитой экономикой.

Необходимость государственного регулирования предпринимательской деятельности по-разному обосновывается в экономической и юридической литературе. Важно в решении данного вопроса указать на необходимость охраны *публичных и частных интересов*. Сочетание публичных и частных интересов для достижения целей государственного регулирования — основополагающая задача такого регулирования¹.

Государство в лице компетентных органов осуществляет экономическую функцию, что выражается в следующих направлениях:

- обеспечение государственных и общественных нужд, приоритетов в экономическом и социальном развитии;
- формирование государственного бюджета;
- защита окружающей среды и пользование природными ресурсами;
- обеспечение занятости населения;

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, Л. Г. Лахно. С. 453.

¹ См.: Губин Е. П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 9—30, 32—33.

обеспечение безопасности и обороны страны;
реализация свободы предпринимательства и конкуренции,
обеспечение защиты от монополизма;

соблюдение правопорядка во внешнеэкономической деятельности предпринимателей и иностранном инвестировании¹.

Этот перечень охраняемых публичных интересов не является исчерпывающим. Существуют и такие публичные интересы, как:

необходимость эффективного управления государственной собственностью;

необходимость обеспечения качества и безопасности товаров, работ, услуг;

обеспечение интеграции экономики России в мировую экономику.

На наш взгляд, при формировании основных направлений государственного регулирования предпринимательской деятельности следует определить критерии для такой классификации. Пока не понятно, почему одни направления включены в указанный перечень, другие — нет. Здесь явно отсутствует научный подход к рассматриваемой проблеме.

Особенность государственного регулирования в большинстве случаев раскрывается через категорию «деятельность». Поэтому *государственное регулирование предпринимательской деятельности* представляет собой управленческую деятельность государства в лице соответствующих уполномоченных органов, направленную на упорядочение экономических отношений в сфере предпринимательства с целью защиты публичных и частных интересов участников этих отношений.

Говоря о соотношении таких понятий, как «государственное регулирование», «государственное управление» и «государственное воздействие», отметим, что первое понятие более узкое, нежели два последних².

В юридической литературе различают формы государственного воздействия на рыночную экономику. К ним относятся:

государственное регулирование хозяйственной деятельности и контроль за нею;

создание и прекращение субъектов хозяйственной деятельности; планирование³.

С этой точки зрения можно говорить, например, о государственном регулировании банковской, биржевой, инвестиционной, страховой деятельности. Кроме того, можно выделить такие сфе-

ры государственно-правового регулирования, как бухгалтерский учет хозяйственных операций, финансирование предпринимательства, аудит, стандартизация и сертификация продукции (работ и услуг), ценообразование и др.

Государственное регулирование предпринимательской деятельности можно классифицировать в зависимости от *степени воздействия государства* на те или иные общественные отношения в различных отраслях национальной экономики. Так, С. С. Занковский предлагает выделение максимального, среднего и минимального уровня (режима) государственного регулирования экономики¹. Максимальный уровень предполагает использование всех или большинства средств государственного регулирования. Минимальный уровень регулирования существует в отношении предпринимательства, связанного с творческой деятельностью.

С учетом сферы применения тех или иных средств воздействия можно выделить государственное регулирование на федеральном уровне, на уровне субъектов Федерации, на уровне автономной области и автономных округов. Эти и другие виды государственного регулирования получили отражение в федеральных законах, иных правовых актах.

Государственное регулирование предпринимательской деятельности не подрывает основные начала гражданского законодательства (ст. 1 ГК). Принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела означает, что законодатель в целом допускает государственное вмешательство в экономику. Допустимое (непроизвольное) вмешательство основано на законе — государственное регулирование предпринимательской деятельности. Произвольное вмешательство — незаконное явление. Одним словом, вмешательство вмешательству рознь.

В силу ч. 1 ст. 34 Конституции РФ любой гражданин вправе заниматься не запрещенной законом экономической деятельностью. Поэтому любая экономическая деятельность (включая и предпринимательскую) *предполагает законные основания*. Нельзя заниматься теми видами предпринимательства, которые прямо запрещены законом. Государственное регулирование предпринимательства ограничено рамками закона.

Сложнее обстоит дело с пределами вмешательства государства в регулирование предпринимательской деятельности. Представители конституционного права считают, что эти пределы должны соответствовать принципу соразмерности (пропорциональности) и сбалансированности². Однако в Конституции РФ данный прин-

¹ См.: Коршунова Н. М., Иванова Т. М. Предпринимательское право. М., 1999. С. 150.

² См.: Губин Е. П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. С. 33—37.

³ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник. С. 509—510.

¹ См.: Занковский С. С. Предпринимательское (хозяйственное) право в XXI веке: преемственность и развитие. М., 2001. С. 226.

² См.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2002. С. 71-72 и др.

цип (равно как и другие) не сформулирован, хотя, по мнению Г. А. Гаджиева, принцип соразмерности (пропорциональности) и сбалансированности вытекает из анализа отдельных конституционных положений. Весьма интересная позиция: конституционный принцип не явно выражен, а подразумевается.

Руководствуясь этим принципом, органы власти не могут возлагать на граждан и юридические лица обязательства, превышающие установленные пределы необходимости, вытекающей из *публичного интереса*, для достижения цели, преследуемой данной мерой'. В противном случае вмешательство государства в сферу предпринимательства будет чрезмерным. Остается выработать на этот счет критерии и создать судебную практику, включая правовые позиции Конституционного Суда РФ.

В связи с этим можно выделить основные направления государственно-правового регулирования экономики в целом и предпринимательской деятельности в частности. Это, например:

антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности;

использование форм и методов государственного планирования и нормирования (нормы, нормативы, квоты, система государственных, региональных и муниципальных заказов);

государственное регулирование национального рынка России;

государственный контроль за предпринимательской деятельностью;

государственное регулирование международных экономических отношений.

§ 2. Методы, средства и формы государственного регулирования предпринимательской деятельности

Как отмечалось в литературе, регулирование экономики осуществляется системами, которые (по институциональным типологическим признакам) разделяются на товарно-денежный и иерархический механизмы². Первый (товарно-денежный) механизм воздействует на уровень и структуру производства главным образом через рынок. При использовании второго механизма применяются различные формы, методы и средства государственно-правового воздействия на экономику. В реальной экономике эти механизмы взаимодействуют между собой, дополняют друг друга.

Вместе с тем степень соотношения товарно-денежного и иерархического механизмов в разных странах различна. В тех стра-

¹ См.: Хартли Т. К. Основы права европейского сообщества. М., 1998. С. 161.

² См.: Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. С. 5.

нах, в которых используется преимущественно административно-командная модель регулирования экономики, действия товарно-денежного механизма существенно ограничены. И, наоборот, в промышленно развитых странах широко применяются рыночные механизмы саморегулирования экономики. Едва ли здесь уместно говорить о каком-либо количественном соотношении между товарно-денежным и иерархическим механизмами. Доля участия государства в регулировании экономики определяется самим государством в лице его компетентных органов и конкретными потребностями общества. Наглядно это можно продемонстрировать на процессах приватизации, деприватизации и национализации.

В тоже время нельзя смешивать разнопорядковые явления: указанные механизмы, модель экономики и национальную экономику. Существуют страны с административно-командной моделью экономики, многоукладной экономикой, рыночной экономикой. Действительно, в реальной действительности «чистая» экономика встречается крайне редко, будь то рыночная или командно-бюрократическая. Например, страны с рыночной экономикой официально признаны таковыми. Но дело не только в этом (хотя данный факт имеет существенное значение). Государство с устойчивой рыночной экономикой использует наряду с рыночными механизмами и иерархические механизмы управления. Однако при этом не происходит смешение абстрактных моделей экономик. О смешанной экономике можно говорить, на наш взгляд, в отношении государств переходного периода (российская экономика характеризуется, с одной стороны, сломом старой административно-командной системы, с другой — развитием рыночной экономики). Спорно утверждение о том, что для смешанной экономики характерно многообразие форм собственности и наличие двух регуляторов (рыночного и государственного). Смешанная (публично-частная) форма собственности — один из показателей смешанной экономики. Равно образом упрощенным выглядит взгляд на смешанную экономику через призму основных регуляторов.

Соответственно делению механизмов на товарно-денежный и иерархический можно выделить *два основных* метода государственного регулирования экономики в целом и предпринимательской деятельности в частности. Это иерархический (административный) и товарно-денежный (экономический) методы воздействия на экономические процессы в обществе. В экономической и юридической литературе широкое распространение получили взгляды ученых, отстаивающих выделение прямого и косвенного регулирования экономики. Практически ставится знак равенства между прямым и административным методами, с одной стороны, косвенным и экономическим методами — с другой. Правильно ли это?

В связи с этим обратим внимание на следующее.

Во-первых, любой метод есть *система способов воздействия* (в рассматриваемом случае — система способов воздействия на экономику и предпринимательскую деятельность). В свою очередь, способ состоит из средств, приемов, действий¹.

Во-вторых, словосочетание «административный метод» не означает, что в данном случае речь идет об административно-правовом воздействии на экономику. Такой подход является упрощенным и, по существу, ограничен рамками одной отрасли права.

Специфика административного метода заключается в том, что государство в лице компетентных органов власти оказывает прямое воздействие на экономические процессы. Причем в арсенале государства могут быть не только административно-правовые средства, но и другие публично-правовые средства, приемы. Не случайно Д. Н. Сафиуллин в цитируемой работе использует вместо слова «административный» заменитель — «иерархический», дабы избежать терминологической путаницы.

В-третьих, если рассматривать прямой метод в качестве административно-правового, тогда логично косвенным методом считать не экономический, а частноправовой. Таковы законы деления (дихотомии).

В-четвертых, нельзя ставить знак равенства между методами государственного регулирования и методами правового регулирования. В любом случае это несовпадающие по содержанию понятия.

К методам прямого (административного) государственного воздействия относятся:

определение стратегических целей развития экономики, их выражение в индикативных и других планах;

государственные заказы и контракты на поставку определенных видов продукции;

нормативные требования к качеству и сертификации технологии и продукции;

правовые и административные ограничения и запреты по выпуску отдельных видов продукции и др.

Методами косвенного регулирования экономических процессов являются:

налогообложение;

¹ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 354-355.

² Вот что по этому поводу пишет С. Н. Шишкин: «Что касается методов государственного регулирования предпринимательской деятельности, то вполне достаточно будет указать на три основных метода, используемых в предпринимательском (хозяйственном) праве: метод автономных решений (метод согласований), метод обязательных предписаний, метод рекомендаций (см.: Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптев, С. С. Занковского. С. 347).

уровень обложения и система налоговых льгот;

платежи за ресурсы, ставки за кредит и кредитные льготы¹.

Как видно, в состав прямых методов включены разнопорядковые явления: цели развития экономики, государственные заказы и контракты (последние, по мнению большинства ученых-цивилистов, есть вид гражданско-правового договора);

административные средства (требования к качеству и сертификации, запреты и ограничения).

По мнению Е. П. Губина, к прямым методам государственно-регулирования относятся, например, государственная регистрация субъектов предпринимательской деятельности, лицензирование отдельных видов предпринимательской деятельности и т. д.² Соответственно косвенными методами являются средства денежно-кредитной и бюджетной политики, косвенное планирование, инструменты ценообразования и др.

В сравнительном плане можно привести мнение авторитетного представителя науки коммерческого права В. Ф. Попондопуло. Он рассматривает методы прямого (административного) воздействия на экономику как средства, призванные обеспечить быструю и точную реализацию властной воли (например, в военное время, в армии, в органах внутренних дел). «Широкое применение этих методов в мирное время пагубно влияет на развитие общества. Достаточно вспомнить практику тотального директивного планирования экономики советского периода³. Правда, возникает вопрос: зачем надо вспоминать практику тотального директивного планирования советского или военного времени? Разве в рыночной экономике нет места методам прямого воздействия?

Итак, можно сформулировать некоторые общие выводы.

1. Деление методов государственного регулирования экономики в целом и предпринимательской деятельности в частности на прямые (административные) и косвенные (экономические) малоисследованно и носит описательный характер. Ученые-экономисты и юристы порой без достаточной проработки этого вопроса механически называют те или иные методы государственного воздействия на экономику, относя их либо к прямым, либо к косвенным.

2. На наш взгляд, более правильно и последовательно проводить разграничение между экономическими понятиями «прямые методы» и «косвенные методы», а также между юридическими понятиями

¹ См.: Государственное регулирование экономики: Учебное пособие / Под ред. Т. Г. Морозовой. М., 2001. С. 16.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 407.

³ Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. С. 303-304.

«методы публично-правового воздействия на экономику» и «методы частноправового регулирования экономики». При этом будут использованы единые критерии: характер воздействия (прямое или косвенное), отраслевая принадлежность (публичное или частное воздействие).

Как отмечалось ранее, термин «метод» чаще всего используется для обозначения системы способов государственного воздействия на экономику. Способ состоит из средств, приемов, действий. Понятие «способ» связано с вопросом, как осуществляется регулирование, а средство — с вопросом, что применяют для такого регулирования¹.

В отечественной литературе вопрос об определении понятия «средства государственного регулирования предпринимательской деятельности» недостаточно разработан². Имеются лишь некоторые попытки ученых обосновать существование отдельных видов таких средств³.

Понятие «средство» имеет несколько значений: 1) прием, способ действия для достижения чего-нибудь; 2) орудие (предмет, совокупность приспособлений); 3) для обозначения множества вещей (денежные, кредитные, основные и оборотные средства); 4) капитал, состояние⁴.

В научной литературе термин «средство» также имеет различное понимание и толкование. На наш взгляд, любое средство — это прежде всего инструмент (орудие), а также прием, способ воздействия. Поэтому *средство государственного регулирования предпринимательской деятельности* представляет собой инструмент, способ государственного воздействия на отношения в сфере предпринимательства.

Мы поддерживаем деление всех средств на *две большие группы*: правовые и неправовые⁵. Однако считаем, что в основе такой

¹ См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 30.

² Чаще всего в литературе исследуется категория «правовые средства» (см.: Проблемы теории государства и права: Учебное пособие. М., 1999. С. 321—338; Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие классификации//Советское государство и право. 1987. № 6; Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984; Минц Б. И. Понятие и роль правовых средств в хозяйственных отношениях//Правоведение. 1983. № 2).

³ Значительный вклад в разработку правовой теории средств государственного регулирования предпринимательской деятельности внес Е. П. Губин (см.: Губин Е. П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. С. 156—167).

⁴ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. С. 758.

⁵ См.: Тотьев К. Ю. Предпринимательское право. Публично-правовой статус предпринимателя. М., 2003. С. 67.

классификации лежат не цели применения, а видовые отличия в рамках категории «средство». В частности, к неправовым относятся политические, организационно-технические и экономические средства. Как отмечает К. К. Лебедев, «в экономической политике государства ведущая роль принадлежит собственно экономическим средствам — денежному обращению и эмиссии ценных государственных бумаг, инвестициям, субсидиям, кредитам; экономическим нормативам: размерам налогов и сборов, регулированию тарифов и цен, ставке рефинансирования по кредитам государственного банка (Центрального банка РФ) и т. д.»¹. В связи с этим можно сделать некоторые замечания:

а) в логическом ряду денежное обращение и денежные средства первое место занимают средства; равном образом ценные государственные бумаги, а не эмиссия ценных бумаг;

б) некорректно включать в состав понятия «экономические нормативы» налоги и сборы (даже и через их размеры). Словосочетание «экономические нормативы» применяется в строго определенной сфере (например, норматив оборотных средств, норматив обязательных резервов банка);

в) в контексте использования термина «экономические средства» правильнее говорить о ценах и тарифах, а не об их регулировании. Именно цены и тарифы являются экономическими категориями и экономическими средствами².

Будучи по своей природе экономическими категориями, деньги и денежные средства, кредиты и финансы, налоги и сборы, цены и тарифы и т. д. в реальной экономической жизни не могут существовать и реализовываться вне правового регулирования, особенно когда речь идет о государственном воздействии на экономические процессы общества. Так, из положения ч. 1 ст. 3 НК и общих начал законодательства о налогах и сборах вытекает, что налог устанавливается законно избранными представителями народа («каждое лицо обязано уплачивать законно установленные налоги и сборы»).

Другой пример: цены и тарифы. Опосредуя отношения обмена, цена (тарифы) сама становится предметом правового регулирования общественных отношений.

По этой причине можно утверждать, что экономические средства регулирования предпринимательской деятельности находят свое воплощение в соответствующих правовых формах. Иначе го-

¹ Лебедев К. К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). С. 48.

² См.: Белых В. С., Виниченко С. И. Правовое регулирование цен и ценообразования в Российской Федерации: Учебно-практическое пособие. М., 2002. С. 5—20.

вора, деньги и денежные средства, кредиты и финансы, налоги и сборы, цены и тарифы и др. есть *экономико-правовые средства*. Сказанное в равной степени относится к политическим и организационно-техническим средствам.

Что касается правовых средств в строгом смысле этого слова, то в юридической литературе они давно служат объектом оживленной дискуссии. На наш взгляд, данное понятие имеет несколько уровней:

первый охватывает нормы права, индивидуальные правовые акты;

второй связан со стадией реализации права;

третий выражается во всех средствах, которые непосредственно связаны с реализацией и применением права («средства в средствах»)¹.

Таким образом, правовые средства — собирательное понятие. В этом качестве совокупность (система) правовых средств представляет собой механизм правового регулирования. К элементам (средствам) такого механизма относятся:

юридические нормы;
нормативные правовые акты;
правоотношения;
акты реализации права;
правоприменительные акты;
правосознание;
режим законности².

Следуя данной логике до конца, нетрудно заметить, что система юридических норм образует такие структурные образования, как правовой институт, одноименную отрасль права и право в целом. Поэтому, если юридические нормы признавать в качестве одного из правовых средств механизма правового регулирования, напрашивается вывод: *вся совокупность юридических норм (т. е. право) является правовым средством*. То же самое можно сказать о совокупности нормативных правовых актов. Выходит, что российское законодательство есть правовое средство.

Конечно, нельзя ставить в один ряд правовые средства разного уровня. Одно дело юридические нормы, правовые институты, отрасли права, право в целом, другое — договор, внедоговорное обязательство, имущественная ответственность и другие гражданско-правовые средства. Но, утверждая, что «посредством правовых средств осуществляется правовое регулирование»³, Е. П. Гу-

¹ См.: *Белых В. С.* Сущность права: в поисках новых теорий, или «Консерватизм» старого мышления? // Российский юридический журнал. 1993. № 2. С. 52-53.

² См.: *Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. Д. Перевалов.* М., 2004. С. 157.

³ *Губин Е. П.* Государственное регулирование рыночной экономики предпринимательства: правовые проблемы. С. 163.

бин косвенно признает, что посредством права (читай: правовое средство) осуществляется правовое регулирование. Такова логика теоретических рассуждений, а с ней сложно спорить.

Категория «средства государственного регулирования предпринимательской деятельности» не получила нормативной прописки в действующем законодательстве. Данная категория закреплена в нормах Хозяйственного кодекса Украины¹. В силу ст. 12 Кодекса основными средствами государственного воздействия на деятельность субъектов хозяйствования являются: государственный заказ, государственное задание; лицензирование, патентование и квотирование; сертификация и стандартизация; применение нормативов и лимитов; регулирование цен и тарифов; предоставление инвестиционных, налоговых и прочих льгот; предоставление дотаций, компенсаций, целевых инноваций и субсидий.

Соглашаясь в целом с перечнем основных средств государственного воздействия, надо отметить, в нем отсутствуют такие средства, как государственная регистрация хозяйствующих субъектов, государственная регистрация объектов недвижимости и сделок с ними, государственный контроль за деятельностью хозяйствующих субъектов и др. Возможно, одна из причин отсутствия в данном перечне двух государственных регистраций заключается в том, что они составляют предмет гражданско-правового регулирования, а не Хозяйственного кодекса Украины.

Формы государственного регулирования предпринимательской деятельности — сложная и малоисследованная категория. В литературе встречается целая палитра взглядов на определение, что есть форма. Одни авторы не проводят различие между формами и видами государственного регулирования предпринимательской деятельности, другие считают, что предпочтительнее использовать термин «вид» вместо понятия «форма», третьи не раскрывают значение выражения «форма государственного регулирования предпринимательской деятельности».

Слово «форма» означает способ существования содержания, его внешнее выражение². Возникает вопрос: что есть форма и содержание в контексте государственного регулирования предпринимательской деятельности? Что понимается под термином «правовая форма»?

Равно как методы и средства государственного регулирования предпринимательской деятельности подразделяются на правовые и неправовые, так формы можно (хотя и условно) классифицировать на политические, организационные, экономические и правовые. Было бы правильно, на наш взгляд, говорить также о суще-

¹ См.: *Хозяйственный кодекс Украины.* Харьков, 2004.

² См.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. С. 853.

ствовании (наряду с правовым) механизмов политического, организационного и экономического регулирования отношений¹.

Итак, форма — это внутренняя организация, способ связи элементов внутри системы. По поводу понятия правовой формы в юридической литературе высказано множество различных точек зрения². Термин «правовая форма» понимается как совокупность правовых норм (правовой институт), система права, система законодательства, норма права и др. Применительно к юридическим лицам используется понятие «организационно-правовые формы», к вещным правам — понятие «формы принадлежности имущества субъектам предпринимательской деятельности», к предпринимательским договорам — понятие «форма заключения».

Поэтому правовая форма, будучи способом связи элементов внутри системы (содержания), не дает этой системе рассыпаться; напротив, она (форма) упорядочивает и скрепляет правовые и неправовые явления.

Вряд ли можно согласиться с мнением тех ученых, которые не замечают условного характера в известном словосочетании «единство правовой формы и экономического содержания», что указанное единство сохраняет свою силу лишь в определенных границах, за пределами которых оно утрачивает свое значение³. Форма и содержание — подвижные, переменные категории, что порождает порой разночтение в литературе.

В связи с этим принципиальным является вопрос: что есть форма и содержание в понятии «государственное регулирование предпринимательской деятельности»? Начнем с того, что предпринимательская деятельность — это содержание, государственное регулирование — форма.

Соответственно правовой формой государственного регулирования предпринимательской деятельности является прежде всего *акт* (плановый акт, целевая программа, разрешение, квота, лицензия, предписание и др.), с которым связываются предусмотренные законом последствия.

Как видно, здесь наблюдается так называемое удвоение формы (первая форма — государственное регулирование, вторая — акт). В действительности часто встречаются ситуации, когда экономическое содержание обслуживается несколькими правовыми формами либо когда происходит реальная замена содержания на форму, и наоборот.

¹ Вопрос о механизмах политического, организационного и экономического регулирования отношений — предмет самостоятельного исследования.

² Обзор литературы по этому вопросу см.: Семякин М. Н. Экономика и права: проблемы теории, методологии и практики / Под общ. ред. А. И. Таркина. М., 2006. С. 99–142.

³ См.: Семякин М. Н. Указ. соч. С. 135–136.

И, конечно же, нельзя сводить многообразие правовых форм, используемых в процессе государственного регулирования предпринимательской деятельности, к одной форме: управленческому акту. Другой пример: правовой акт — типичная правовая форма, которая широко применяется на практике. Причем нормативный правовой акт и индивидуальное предписание представляют собой не только правовое средство. С точки зрения соотношения формы и содержания правовой акт выступает в качестве правовой формы государственного регулирования предпринимательской деятельности. Иначе говоря, одно и то же правовое явление может быть одновременно и правовым средством, и правовой формой. В этом нет ничего противоречивого, взаимоисключающего.

§ 3. Государственный контроль за предпринимательской деятельностью

В механизме государственного регулирования предпринимательской деятельности важное место принадлежит государственному контролю как одному из *средств государственного регулирования* экономики и предпринимательской деятельности¹. Прежде чем приступить к характеристике государственного контроля за предпринимательской деятельностью, следует несколько слов сказать о понятиях контроля и надзора.

Понятие «контроль» дословно означает «постоянное наблюдение, проверка чего-либо»². Поэтому государственный контроль представляет собой систему проверки и наблюдения в той или иной сфере осуществления государственной власти. Государственному контролю противопоставляется общественный (негосударственный) контроль.

Наука административного права выделяет два вида контрольной деятельности: контроль и надзор. Государственный контроль, осуществляемый исполнительной властью, является одной из форм реализации функций органов исполнительной власти. Говоря о соотношении понятий «государственный контроль» и «государственный надзор», мы придерживаемся высказанного в литературе мнение о том, что государственный надзор есть особый вид государственного контроля. Вот что пишет по этому поводу Д. Н. Бахрах: «Надзор — это ограниченный, суженный кон-

¹ В юридической литературе не всегда проводят четкое разграничение между понятиями «механизм государственного регулирования» и «контроль» (см.: *Макеев К. С.* Государственная регистрация как механизм контроля и регулирования иностранных инвестиций в России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005).

² *Ожегов С. И.* Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1989. С. 298.

троль». Далее авторитетный ученый отмечает, что в России существует *три типа надзора*: а) судебный; б) прокурорский; в) административный. Последний — самый большой по объему и разнообразию. Его осуществляют сотни тысяч государственных служащих, он значительно отличается от судебного и от прокурорского надзора.

В итоге Д. Н. Бахрах формулирует следующее определение административного надзора: «Административный надзор — надведомственный, специализированный, систематический контроль государственной администрации за соблюдением гражданами и организациями правовых и технико-правовых норм»¹. Аналогичное мнение было высказано А. П. Алексиним и Ю. М. Козловым, которые считают, что административный надзор является разновидностью государственного контроля, суть которого состоит в наблюдении за исполнением всеми лицами (в том числе должностными) действующих в сфере управления правил (норм)².

Административный надзор обладает своими особенностями.

Во-первых, субъектами надзорной деятельности являются структурные подразделения государственной администрации, субъекты исполнительной власти.

Во-вторых, основная цель административного надзора — обеспечение безопасности граждан, организаций и общества.

В-третьих, административный надзор всегда специализирован, направлен на соблюдение специальных правил, а не на соблюдение законности в целом.

В-четвертых, административный надзор за конкретными объектами производится систематически.

В-пятых, административный надзор осуществляется, как правило, субъектами функциональной власти, наделенными надведомственными полномочиями.

В-шестых, административный надзор связан с широким применением мер административного принуждения³.

Таким образом, *государственный контроль (надзор) в сфере предпринимательства* есть система проверки и наблюдения за соблюдением субъектами предпринимательской деятельности и органами государственной власти требований нормативных правовых актов при осуществлении предпринимательской деятельности, а также при ее управлении.

В действующем законодательстве отсутствует общее (универсальное) определение понятия государственного контроля и над-

зора. Существуют различные виды контроля и надзора в зависимости от сферы применения. К ним относятся, в частности:

- а) банковский надзор;
- б) бюджетный контроль;
- в) валютный контроль;
- г) государственный метрологический контроль (надзор);
- д) государственный строительный надзор;
- е) контроль безопасности при использовании атомной энергии;
- ж) контроль объектов, признаваемых опасными, а также особо важных и режимных объектов;
- з) налоговый контроль;
- и) санитарно-карантинный, карантинный фитосанитарный и ветеринарный контроль;
- к) страховой надзор;
- л) таможенный контроль;
- м) транспортный контроль;
- н) финансовый контроль.

Как видно, даже этот далеко неполный перечень видов контроля и надзора представляет собой огромный нормативный массив для исследования и анализа. Это позволяет ограничиться лишь общими положениями о контроле (надзоре) и рассмотреть некоторые виды государственного контроля в сфере предпринимательской деятельности.

В зависимости от стадии контроля и цели проверки выделяют предварительный, текущий и последующий контроль.

Предварительный контроль преследует цель предупреждения и профилактики соблюдения параметров предпринимательской деятельности.

Текущий контроль имеет цель оценки реально осуществляемой предпринимательской деятельности.

Последующий контроль предполагает проверку исполнения тех или иных решений государственных органов в сфере предпринимательства.

С учетом того, кем осуществляется государственный контроль, а также характера полномочий контролирующих органов можно выделить контроль:

- Президента РФ;
- органов законодательной (представительной) власти;
- органов исполнительной власти;
- органов судебной власти (включая конституционный контроль);
- прокурорский (надзор);
- ведомственный (надзор).

Принимая во внимание объем контролируемой деятельности, выделяют общий и специальный контроль. Большинство видов осуществляемого контроля носит специальный характер (напри-

¹ Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник. С. 395.

² См.: Алексин А. П., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации. Ч. II. М., 1995. С. 252.

³ См.: Бахрах Д. Н. Указ. соч. С. 395.

мер, бюджетный, валютный, налоговый, страховой, финансовый и др.). К общему можно отнести судебный контроль и прокурорский надзор.

Существуют и другие виды контроля (надзора). В литературе называют непосредственный (прямой) контроль за предпринимательской деятельностью и опосредованный контроль. Так, *непосредственным контролем* за предпринимательской деятельностью является банковский, валютный контроль, государственный строительный надзор и др. К *опосредованному контролю* можно отнести, например, контроль, осуществляемый органами законодательной и исполнительной власти.

Учитывая тенденцию к усилению контроля за предпринимательской деятельностью, государство принимает меры по защите прав и интересов субъектов предпринимательской деятельности от злоупотреблений со стороны контролирующих органов. В этом плане показательным является Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 134 «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» (в ред. от 30 декабря 2006 г. № 266-ФЗ)¹. Сфера действия названного Закона весьма ограничена. В силу с п. 1 ст. 1 данный Закон регулирует отношения в области защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора) федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, подведомственными им государственными учреждениями, уполномоченными на проведение государственного контроля (надзора) в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Закон № 134 не применяется:

к мероприятиям по контролю, при проведении которых не требуется взаимодействие органов государственного контроля (надзора) с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями и на них не возлагаются обязанности по предоставлению информации и исполнению требований органов государственного контроля (надзора);

к мероприятиям по контролю, проводимым в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по их инициативе;

к отношениям, связанным с проведением бюджетного, валютного налогового контроля, а также иных видов специального контроля (надзора).

Действие Закона о защите прав юридических лиц ограничено также в контексте определения понятия «государственный контроль (надзор)». В целях Закона *государственный контроль (над-*

зор) представляет собой проведение проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем при осуществлении их деятельности обязательных требований к товарам (работам, услугам), установленных федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами (ст. 2 Закона № 134).

Коротко остановимся на характеристике отдельных положений Закона. Начнем с того, что в Законе от 8 августа 2001 г. № 134 (ст. 3) сформулированы *основные принципы* защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Среди них можно назвать принципы:

презумпция добросовестности юридического лица или индивидуального предпринимателя;

открытость и доступность для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования, выполнение которых проверяется при проведении государственного контроля (надзора);

соответствие предмета проводимого мероприятия по контролю компетенции органа государственного контроля (надзора);

периодичность и оперативность проведения мероприятия по контролю, предусматривающего полное и максимально быстрое проведение его в течение установленного срока;

ответственность органов государственного контроля (надзора) и их должностных лиц при проведении государственного контроля (надзора) за нарушение законодательства Российской Федерации;

недопустимость взимания органами государственного контроля (надзора) платы с юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за проведение мероприятий по контролю, за исключением случаев возмещения расходов органов государственного контроля (надзора) на осуществление исследований (испытаний) и экспертиз, в результате которых выявлены нарушения обязательных требований;

недопустимость непосредственного получения органами государственного контроля (надзора) отчислений от сумм, взысканных с юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей в результате проведения мероприятий по контролю.

Заслуживает внимания гл. 2 Закона «Требования к организации и проведению мероприятий по контролю». В частности, отметим ряд принципиальных требований:

а) мероприятие по контролю может проводиться только тем должностным лицом (лицами), которое указано в распоряжении (приказе) о проведении мероприятия по контролю;

б) продолжительность мероприятия по контролю не должна превышать одного месяца (в исключительных случаях этот срок может быть продлен, но не более чем на один месяц);

¹ Первоначально документ опубликован: СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3436. Далее — Закон о защите прав юридических лиц или Закон № 134.

в) в отношении одного юридического лица или индивидуального предпринимателя каждым органом государственного контроля (надзора) плановое мероприятие по контролю может быть проведено не более чем один раз в два года. В отношении субъекта малого предпринимательства плановое мероприятие по контролю проводится не ранее чем через три года с момента его государственной регистрации.

В целях защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей Закон (ст. 8) устанавливает ограничения по проведению мероприятий по контролю (дополнительные гарантии). При проведении указанных мероприятий должностные лица органов государственного контроля (надзора) *не вправе*:

проверять выполнение обязательных требований, не относящихся к компетенции органа государственного контроля (надзора), от имени которого действуют должностные лица;

осуществлять плановые проверки в случае отсутствия должностных лиц, или работников проверяемых юридических лиц или индивидуальных предпринимателей либо их представителей;

требовать представления документов, информации, образцов (проб) продукции, если они не являются объектами мероприятий по контролю и не относятся к предмету проверки, а также изымать оригиналы документов, относящихся к предмету проверки;

требовать образцы (пробы) продукции для проведения их исследований (испытаний), экспертизы без оформления акта об отборе образцов (проб) продукции в установленной форме и в количестве, превышающем нормы, установленные государственными стандартами или иными нормативными документами;

распространять информацию, составляющую охраняемую законом тайну и полученную в результате проведения мероприятий по контролю, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации;

превышать установленные сроки проведения мероприятий по контролю.

В Законе (гл. 3) подробно прописаны права юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора). В частности, они *имеют право*:

непосредственно присутствовать при проведении мероприятий по контролю, давать объяснения по вопросам, относящимся к предмету проверки;

получать информацию, предоставление которой предусмотрено настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами;

знакомиться с результатами мероприятий по контролю и указывать в актах о своем ознакомлении, согласии или несогласии с ними, а также с отдельными действиями должностных лиц органов государственного контроля (надзора);

обжаловать действия (бездействие) должностных лиц органов государственного контроля (надзора) в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Законодательство о контроле (надзоре) состоит из большого числа нормативных правовых актов различной юридической силы, регулирующих разные виды контроля (надзора). Однако до сих пор отсутствует федеральный закон, закрепляющий основы государственного контроля (надзора) в сфере экономики и предпринимательства.

Глава 9

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ФУНКЦИОНАЛЬНЫХ ВИДОВ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ§ 1. Антимонопольное регулирование предпринимательской
деятельности

В период обострившегося торгово-экономического соперничества на международных рынках невиданная по силе и упорству конкуренция достигла во взаимоотношениях трех основных центров современного экономического производства — США, Западной Европы и Японии. В этой борьбе, например, рост объемов экспортных поставок во многом зависит от того, насколько поставляемая продукция является конкурентоспособной на внешнем рынке. Однако вследствие изменения общей обстановки в мире, когда промышленное развитие большинства стран привело в определенной мере к уравниванию цен на однородную продукцию, на первое место по этой причине вышли *«неценовые» факторы* конкуренции — качество, сроки, послепродажное обслуживание и др.

В современных условиях передовой формой конкуренции является развитие новых бизнес-моделей и продуктов. На этом фоне говорят о создании виртуальной экономики, в которой применяются различные виды электронной коммерции и торговли (Internet trading, business и др.).

На состояние конкурентной среды в России заметное влияние оказывает монополизм предприятий-изготовителей. В нашей стране монополизм, порожденный общенародной (государственной) собственностью, достиг в то время гигантских размеров и проявлялся на всех направлениях и уровнях. По мнению Дж. Росса, экономического советника группы членов лейбористской партии британского парламента, «российская экономика ближе к полностью монополизированной, чем любая другая на Западе. Более того, надежды правительства России, рассчитывающего на то, что приватизация либо международная конкуренция изменят здесь положение, представляются иллюзорными»¹. Действительно, тотальная приватизация имущества хозяйствующих субъектов не привела и не могла привести к значительному ограничению монополистической деятельности на товарных и иных

рынках. Напротив, она во многом способствовала разбазариванию общенародного (государственного) имущества, привела к переделу собственности. «Кавалерийские» темпы приватизации нанесли сильный удар по предприятиям многих отраслей народного хозяйства, особенно оборонной промышленности.

Конечно, в сфере конкуренции и ограничения монопольного положения хозяйствующих субъектов наблюдается определенный прорыв. Считается, что наиболее конкурентными (прежде всего на внутреннем рынке) являются отрасли и предприятия, ориентированные на потребительский рынок. Это легкая, пищевая, мебельная, полиграфическая и другие отрасли промышленности. Наблюдаются положительные сдвиги в развитии конкуренции предприятий металлургического и машиностроительного комплексов. Вместе с тем пока не удалось осуществить инвестиционный, инновационный прорыв в реальном секторе экономики, изменить структуру народного хозяйства в пользу наукоемких отраслей.

1. Понятие и виды конкуренции. Конкуренция — сложное и многогранное явление. В экономической науке существует две основные теории на сущность конкуренции: согласно первой конкуренция есть результат (состояние), согласно второй — процесс и метод¹. Одни ученые рассматривают конкуренцию как систему отношений между взаимосвязанными элементами (продавцами и покупателями). Сторонники теории конкуренции как процесса и метода (А. А. Амбарцумов, И. М. Кирцнер, Л. фон Мизес, М. Портер, А. Смит) используют состязательный и ролевой подходы. С позиции ученых — приверженцев состязательного подхода основное содержание конкуренции — это борьба (процесс соревнования, состязаний) за потребителя, более полное удовлетворение его потребностей, за наиболее выгодные условия приложения капитала, за долю на рынке, успех которой зависит от дешевизны и качества товара.

Сторонники ролевой теории (например, Й. Шумпетер, Ф. А. Хайек, Х. Зайдель, Р. Теммен, В. А. Новиков и др.) видят конкуренцию через призму выполняемых ею экономических функций. Конкуренция — элемент рыночного механизма, связанный в условиях рынка с процессом формирования хозяйственных пропорций на основе соперничества хозяйствующих субъектов за лучшие и экономически более выгодные условия приложения капитала, реализации товаров и услуг.

Ряд ученых-экономистов объединяют все изложенные выше признаки конкуренции (комплексный подход). Такой точки зре-

¹ Росс Д. По законам рынка процветает Китай и разваливается Россия // Российская газета. 1993. 6 февраля.

¹ Обзор точек зрения об экономической сущности конкуренции см.: Тютчев К. Ю. Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий): Учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 17-19.

ния придерживается известный русский экономист М. Туган-Барановский.

На наш взгляд, научные теории конкуренции содержат противоречивые положения. Сторонники теории конкуренции как результата (состояния) практически ставят знак равенства между разными понятиями, такими как «результат» и «состояние». В свою очередь, те ученые, которые рассматривают конкуренцию в качестве процесса и метода, также объединяют разноплановые категории. Процесс — это одно, метод — другое. Вряд ли допустимо рассматривать эти понятия как синонимы.

Ученые-юристы дают определение конкуренции с учетом экономической природы данного явления. По мнению С. Э. Жилинского, в широком смысле конкуренция представляет собой соревнование (сопоставительность) между различными лицами в достижении какой-либо цели. Применительно к предпринимательской деятельности она (конкуренция) означает соперничество между участниками экономического оборота за лучшие условия производства и реализации (обмена) товаров, а также получения на этой основе максимальной прибыли¹. Как видим, С. Э. Жилинский придерживается состязательного подхода к сущности конкуренции.

Легальное определение конкуренции содержится в Законе о защите конкуренции. В соответствии со ст. 4 Закона *конкуренция* — соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. И вновь обращает на себя внимание состязательный подход, но уже на законодательном уровне, к определению экономической сущности конкуренции.

С позиции законодателя основная цель конкуренции — ограничение монополистического положения хозяйствующих субъектов на соответствующем рынке. Вместе с тем вряд ли можно согласиться с таким односторонним акцентом при характеристике конкуренции. Ведь главная черта соревнования (соперичества, состязательности) между участниками рынка заключается в достижении результатов на каком-либо поприще, за лучшие, экономически более выгодные условия производства, купли и продажи товаров и услуг². Именно в этом направлении следует идти в поисках и раскрытии экономической сущности конкуренции.

¹ См.: Жилинский С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). Курс лекций. С. 330.

² См.: Парашук С. Конкуренция: от экономической многозначности к правовой определенности. Право на конкуренцию//Хозяйство и право. 1998. № 12. С. 11.

Виды конкуренции. Как экономическая категория конкуренция по содержанию не однородна и может быть классифицирована на отдельные виды. В литературе с учетом количества и «удельного веса» на рынке производителей различают *совершенную (свободную) и несовершенную конкуренцию. Основными признаками свободной конкуренции являются:*

- неограниченное число участников конкуренции;
- абсолютно свободный доступ на рынок и выход из него;
- продукты определенного назначения, одинаковые по важнейшим свойствам (однородность одноименных продуктов);
- неучастие хозяйствующих субъектов в контроле за рыночными ценами (неценовые методы не практикуются);
- полная информированность каждого участника конкуренции¹.

Рынок несовершенной конкуренции предполагает чистую монополию, монополистическую конкуренцию и олигополию. *Чистая (абсолютная) монополия* существует, если одна фирма (отрасль) является единственным производителем продукта. К их числу относятся прежде всего естественные монополии (например, акционерные общества «Газпром», «ЕЭС России»).

Монополистическая конкуренция предполагает наличие относительно большего числа хозяйствующих субъектов, которые производят и реализуют дифференцированную продукцию. При этом дифференциация касается прежде всего неценовых факторов продукта или услуги. Каждый производитель (хозяйствующий субъект) обладает в некоторой степени монопольной властью над своим товаром. В частности, он может повышать или понижать цену на него независимо от конкурентов². Данный вид конкуренции преобладает на современных рынках.

И, наконец, *олигополия* означает немногочисленность участников конкуренции. В качестве примера можно привести предприятия металлургического комплекса (когда несколько крупных производителей господствуют на рынке). К их числу относятся, например, открытые акционерные общества «Магнитогорский металлургический комбинат», «Нижне-Тагильский металлургический комбинат», «Мечел».

С учетом методов осуществления различают ценовую и неценовую конкуренцию³. При *ценовой конкуренции* продавцы товаров и услуг влияют на потребителя посредством изменений в цене.

¹ См.: Предпринимательство: Учебник для вузов / Под ред. В. Я. Горфинкея, Г. Б. Поляка, В. А. Швандера. С. 228-229; Жилинский С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). Курс лекций. С. 336.

² См.: Предпринимательство: Учебник для вузов / Под ред. В. Я. Горфинкея, Г. Б. Поляка, В. А. Швандера. С. 231—232.

³ См.: Предпринимательское право: Учебник/Под ред. Н. М. Коршунова, Н. Д. Эриашвили. М., 2000. С. 156.

Неценовая конкуренция включает: изменение свойств продукции; создание новой продукции для удовлетворения определенных потребностей; совершенствование услуг, сопутствующих товару. Большое значение придается таким показателям, как надежность, производительность, энергоемкость, экологичность и др. В конкурентной борьбе важная роль отводится эстетическим показателям, а также товарным знакам и фирменным наименованиям. В реальной деятельности ценовая и неценовая конкуренция существуют в тесной взаимосвязи и дополняют друг друга.

У этого вида конкуренции имеются по крайней мере две проблемы.

Первая проблема — становление и развитие в России *антидемпингового законодательства*. В указанном направлении пока делаются лишь первые шаги. На практике же предприятия нередко злоупотребляют своим правом, устанавливая либо высокие, либо низкие цены на реализуемую продукцию (услуги). В странах Запада действует антидемпинговое законодательство и осуществляют свою деятельность одноименные органы. При нарушении императивных предписаний к российским предприятиям-экспортерам применяются серьезные меры ответственности.

Вторая проблема связана с определением высокой монопольной и низкой монопольной цены в каждой конкретной ситуации. Действующее законодательство не вносит достаточной четкости в регулирование рассматриваемых вопросов. Отсутствуют методика определения монопольных цен и информация о ценообразовании. Кроме того, сейчас на естественные монополии есть рычаги воздействия, однако в отношении хозяйствующих субъектов в других сферах, систематически завышающих цены независимо от экономической ситуации, таких рычагов нет.

Конкуренция может быть подразделена на добросовестную и недобросовестную. В соответствии с Законом о защите конкуренции (ст. 4) *недобросовестная конкуренция* — любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. На практике недобросовестная конкуренция выражается в следующих формах:

в демпинговых ценах — продаже товаров (работ, услуг) по цене ниже себестоимости;

в злоупотреблении монопольным положением на товарном рынке;

в установлении дискриминационных цен или коммерческих условий и др.

Недобросовестная конкуренция и незаконная конкуренция — несовпадающие понятия. Недобросовестная конкуренция может противоречить не только законодательству и обычаям делового оборота, но и требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

И. Субъекты конкуренции. Закон о защите конкуренции (ст. 4) использует понятия «хозяйствующий субъект», «финансовая организация», «группа лиц». Под *хозяйствующим субъектом* понимается индивидуальный предприниматель, коммерческая организация, а также некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход. Итак, неправосубъектные образования (холдинги, **ФПГ**, страховые пулы и др.) не входят в состав хозяйствующих субъектов.

Не являются хозяйствующими субъектами в контексте Закона о защите конкуренции органы государственной власти, органы местного самоуправления и их должностные лица, поскольку все они не могут в силу Закона осуществлять предпринимательскую деятельность, а также публичные образования (Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования).

Финансовая организация — хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги. Это кредитная организация, кредитный потребительский кооператив, страховщик, страховой брокер, общество взаимного страхования, фондовая биржа, валютная биржа, ломбард, лизинговая компания, негосударственный пенсионный фонд, управляющая компания инвестиционного фонда, управляющая компания паевого инвестиционного фонда, управляющая компания негосударственного пенсионного фонда, специализированный депозитарий инвестиционного фонда, специализированный депозитарий паевого инвестиционного фонда, специализированный депозитарий негосударственного пенсионного фонда, профессиональный участник рынка ценных бумаг.

Надо обратить внимание на словосочетание «хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги». Термин «финансовая услуга» носит экономический характер и может не совпадать с юридическим понятием услуги¹, а понятие «финансовая организация» является собирательным и условным.

Тем не менее финансовые организации представляют собой разновидность хозяйствующих субъектов конкуренции. Кроме того, их перечень в п. 6 ст. 4 Закона о защите конкуренции, несмотря на собирательный характер, является *закрытым*. По край-

¹ В соответствии с п. 2 ст. 4 Закона о защите конкуренции финансовая услуга — банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств Юридических и физических лиц.

ней мере законодатель не использует слова «в частности», «иные услуги финансового характера».

В новом Законе о защите конкуренции (в отличие от Федерального закона от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ) нет прямого указания на распространение положений о финансовой организации на индивидуальных предпринимателей, осуществляющих на основе соответствующей лицензии деятельность на рынке финансовых услуг. Сказанное означает, что Закон о защите конкуренции ограничивает понятие финансовой организации статусом юридического лица и в этой части не распространяется на граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке финансовых услуг без образования юридического лица (ст. 23 ГК).

Далее Закон о защите конкуренции называет группу лиц, однако не дает общего определения этого понятия.

Группа лиц — совокупность юридических и физических лиц, которые в результате определенных законом способов контроля и влияния друг на друга рассматриваются как единый субъект рынка¹. Закон о защите конкуренции (ст. 9) предусматривает 14 вариантов (способов) контроля и влияния. Вряд ли целесообразно их все называть и комментировать.

Отметим, что группа лиц не является юридическим лицом, а потому не обладает статусом субъекта гражданского права. Группа лиц — широкое понятие, и в этом качестве оно является родовым в отношении такого понятия, как «объединение юридических лиц».

По мнению ученых-экономистов, группа представляет собой совокупность лиц, которые в силу сложившихся между ними связей регулярно выступают в некоторых важных аспектах как единое целое². При этом связи могут быть формальными или неформальными, прозрачными или непрозрачными для внешнего наблюдателя, основанными на отношениях собственности или нет.

По отраслевому составу российские группы чаще всего являются диверсифицированными, а их структура — самая разнообразная: от классических холдингов, где материнские компании обладают контрольными пакетами акций дочерних обществ, до структур, в которых предприятия связаны между собой лишь неформальными взаимными обязательствами их основных собственников или управляющих³. Например, в группу лиц входят хозяйственные общества, в которых более чем 50% количественного состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (на-

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 467.

² См.: Палтэ Я. Ш. Олигархи. М., 2000. С. 30-35.

³ См.: Звездина Т. М. Правовое положение дочерних и зависимых хозяйственных обществ. С. 17.

блюдательного совета) избрано по предложению одного и того же физического лица или одного и того же юридического лица (п. 10 ст. 9 Закона о защите конкуренции).

Другой пример: к группе лиц относятся лица, являющиеся участниками одной и той же финансово-промышленной группы (п. 12 ст. 9). Закон о защите конкуренции (п. 13 ст. 9) рассматривает в качестве группы лиц физическое лицо, его супруга, родителей (в том числе усыновителей), детей (в том числе усыновленных), полнородных и неполнородных братьев и сестер.

Группа лиц и аффилированные лица — это *перекрещивающиеся понятия*. В новом Законе о защите конкуренции отсутствуют и определение понятия «аффилированные лица», и само понятие. Законодатель оставил в практически отмененном Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» положения (абз. 26 и след. ст. 4) об аффилированных лицах. *Аффилированными лицами* признаются физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

В литературе выделяют *следующие способы влияния (контроля)*:

1) *организационно-управленческий*, связанный с участием тех или иных лиц в органах управления юридических лиц (например, аффилированным лицом юридического лица являются член его совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления, член его коллегиального исполнительного органа, а также лицо, осуществляющее полномочия его единоличного исполнительного органа);

2) *имущественный*, основанный на участии в уставном (складочном) капитале конкретного юридического лица (например, лицо, которое имеет право распоряжаться более чем 20% общего числа голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющих уставный или складочный капитал вклада, доли данного юридического лица);

3) *договорный* — применяется в случае, когда лицо или несколько лиц получили возможность на основании договора определять решения, принимаемые другим лицом (или лицами). Например, лицо или несколько лиц совместно в результате соглашения (согласованных действий) имеют право прямо или косвенно распоряжаться (в том числе на основании договоров купли-продажи, доверительного управления, о совместной деятельности, поручения или других сделок или по иным основаниям) более чем 50% от общего числа голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли одного юридического лица;

4) *родственный* — он возникает между супругами, родителями и детьми, братьями и (или) сестрами. Так, аффилированными ли-

цами признаются одни и те же физические лица, их супруги, родители, дети, братья, сестры и (или) юридические лица, которые имеют право самостоятельно или через представителей (поверенных) распоряжаться более чем 50% голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли каждого из двух и более юридических лиц;

5) *смешанный* — в нем сочетаются элементы других способов.

Право хозяйствующих субъектов на конкуренцию — одно из правомочий субъектов по осуществлению хозяйственной, в том числе предпринимательской деятельности. Поэтому данное право есть, с одной стороны, *элемент правоспособности* юридического или физического лица (ст. 17, 18, 23, 49 ГК), с другой — субъективное гражданское право в структуре правоотношения. В контексте Конституции РФ более корректно говорить о праве хозяйствующих субъектов на свободу добросовестной конкуренции¹.

III. Антимонопольное законодательство. В соответствии с п. 1 ст. 2 Закона о защите конкуренции антимонопольное законодательство основывается на Конституции РФ, Гражданском кодексе и состоит из настоящего Закона, иных федеральных законов, регулирующих отношения в сфере защиты конкуренции. Далее в п. 2 ст. 2 Закона отмечается, что соответствующие отношения могут регулироваться постановлениями Правительства РФ, нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством.

Итак, сформулируем некоторые выводы.

1. Состав антимонопольного законодательства ограничен федеральными законами. Подзаконные нормативные правовые акты не входят в данный состав. Законодатель использует здесь модель, схожую с конструкцией определения состава гражданского законодательства (ст. 3 ГК). Таким образом, постановления Правительства РФ, нормативные правовые акты федерального антимонопольного органа представляют собой *иные акты*, содержащие нормы конкурентного права.

2. Антимонопольное законодательство является федеральным. В нем не нашлось место региональному законодательству, хотя в силу пп. «к» п. 1 ст. 72 Конституции РФ административное законодательство относится к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Правда, в соответствии с подп. «ж» ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации нахо-

¹ Г. А. Гаджиев в качестве одного из конституционных принципов свободы предпринимательства рассматривает свободу от незаконной конкуренции (см.: Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации (опыт сравнительного исследования). С. 137).

дится установление правовых основ единого рынка. Поэтому считается, что антимонопольное законодательство относится к правовым основам, обеспечивающим единство рынка¹. По нашему мнению, словосочетание «установление правовых основ единого рынка» неопределенно. В буквальном смысле оно (словосочетание) охватывает все правовое регулирование экономики.

3. В новом Законе о защите конкуренции появилась фраза «основывается на Конституции РФ, Гражданском кодексе РФ». Ранее, в утратившем силу Законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (ст. 1.1), не было ссылки на Гражданский кодекс. На наш взгляд, это вызвано прежде всего тем, что в силу п. 1 ст. 10 ГК не допускаются использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. Бросается в глаза некоторое выпячивание роли Гражданского кодекса в регулировании конкурентных отношений.

Действительно, феномен конкуренции проявляется в *сочетании* частных интересов субъектов предпринимательской деятельности и публичных — у государства. В рыночной системе борьба за выгодные условия производства и реализации товаров и услуг, а также за потребителя и удовлетворение его потребностей есть сфера частных интересов предпринимателей. Что касается ограничения или сдерживания монопольного положения хозяйствующих субъектов на соответствующем рынке, то здесь конкуренция представляет собой область публичных интересов государства. Указанный подход к общей проблеме конкуренции носит принципиальный характер и может служить отправным моментом в разработке концепции правового регулирования рыночной конкуренции.

В юридической литературе существует мнение, согласно которому конкуренция есть публичный интерес. В этом качестве конкуренция выполняет функции регулирования, мотивации, распределения и контроля. Термин «конкурентное право» охватывает юридические институты как публично-правового, так и частного-правового характера². Иначе говоря, конкурентное право регулирует целый комплекс общественных отношений, возникающих в процессе развития конкуренции, ее защиты и участия в ней предпринимателей. Конкурентное право представляет собой комплексный правовой (межотраслевой) институт, регулирующий общественные отношения.

Иное мнение о конкурентном праве было высказано В. И. Еременко, который считает его подотраслью гражданского права. Конкурентное право состоит из двух правовых институтов: института

¹ См.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 112.

² См.: там же. С. 96.

защиты от монополистической деятельности и института защиты от недобросовестной конкуренции¹. В то же время в своем диссертационном исследовании конкурентное право рассматривается в качестве комплексной отрасли законодательства, сочетающей нормы гражданского и административного права. Такое утверждение спорно.

В. И. Еременко отождествляет институт права (конкурентного права) и институт законодательства. Комплексный характер присущ не только конкурентному законодательству, но и конкурентному праву.

IV. Понятие и виды монополий. Слово «монополия» имеет греческое происхождение (*monos* — один, единственный; *poleo* — продавец). Дословно монополия означает «один продавец».

В литературе, преимущественно экономической, существуют различные точки зрения по поводу монополии как экономической категории².

Представители *системного (структурного) подхода* считают монополией исключительное (читай: монопольное) положение, в котором находится хозяйствующий субъект на товарном рынке. Исключительность положения состоит в том, что данный субъект сосредотачивает в своих руках значительную часть производства и сбыта определенного товара. В конечном итоге это позволяет ему (субъекту) осуществлять диктат над потребителями и другими участниками рыночных отношений.

Сторонники поведенческого подхода рассматривают монополию в качестве особого поведения господствующего на рынке субъекта в целях использования своего положения в собственных интересах.

Сторонники *ролевого (функционального) подхода* подчеркивают отрицательные последствия монополизации той или иной сферы хозяйствования. По их мнению, монополия способствует несправедливому перераспределению дохода от потребителей к монополистической фирме за счет установления монопольно высоких цен. Ярким представителем этого подхода был и остается ученый-экономист А. Смит³.

В антимонопольном законодательстве отсутствует определение понятия «монополия». Однако в законодательстве существуют близкие понятия: «доминирующее положение», «монополистическая деятельность», «естественная монополия».

¹ См.: Еременко В. И. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 9, 21.

² Более подробно обзор по этому вопросу см.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 30–33.

³ См.: Смит А. Исследование о природе и причинах богатств народа. Петрозаводск, 1992. С. 53.

В силу ст. 3 Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ) «О естественных монополиях» *естественная монополия* характеризуется как состояние товарного рынка. Поскольку естественная монополия есть вид монополии, постольку последняя представляет собой состояние товарного рынка. Здесь на первый план выдвигается экономическая природа монополии, что является закономерным. Резонно возникает два вопроса: что есть состояние товарного рынка и какими признаками оно характеризуется?

Состояние товарного рынка — это прежде всего качественная характеристика рынка, а потому для рынка свойственны соответствующие показатели (признаки). Так, исходя из нормативного определения понятия «естественная монополия», укажем на *следующие ее признаки*:

а) удовлетворение спроса на товарном рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства;

б) товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами;

в) спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, нежели спрос на другие виды товаров.

Эти признаки — предмет специального исследования экономической науки. Тем не менее они (признаки) носят условный (оценочный) характер, а их применение на практике не всегда позволяет очертить контуры естественных монополий.

Монополия (равно и естественная монополия) есть *экономико-правовое явление*. Оно (явление) экономическое по содержанию, но правовое по форме. В этом качественном состоянии монополия характеризуется, во-первых, доминирующим положением хозяйствующего субъекта на определенном сегменте рынка, во-вторых, особыми (исключительными) правами хозяйствующего субъекта на осуществление деятельности определенного вида в пределах одного товарного рынка.

В соответствии с п. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции *доминирующим* признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяй-

¹ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 34. С. 3426. Далее — Закон о монополиях.

ствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Таким образом, доминирующее положение — это характеристика прежде всего хозяйствующего субъекта, а затем (косвенно) — характеристика монополии как состояния товарного рынка. Далее, принципиальным в определении понятия «доминирующее положение» является указание на *решающее влияние* со стороны хозяйствующих субъектов на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

Закон о защите конкуренции раскрывает смысл словосочетания «решающее влияние» и группирует монопольное положение хозяйствующих субъектов (за исключением финансовых организаций) с учетом количественных и качественных показателей.

Первый показатель — доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара — либо превышает 50%, либо составляет менее, чем 50%. Однако в этих случаях Закон о защите конкуренции (п. 1,2 ст. 5) вводит дополнительные показатели (критерии). Так, в первом случае (когда указанная доля превышает 50%) положение хозяйствующего субъекта не признается доминирующим, если при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за *экономической концентрацией* не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, нет доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке. Во втором случае (когда указанная доля не превышает 50%) доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта может быть установлено антимонопольным органом, исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок. Как видно, магическая цифра «50» применяется и в антимонопольном законодательстве (контрольный пакет акций определяется как 50% плюс одна акция).

Второй показатель — доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара не превышает 35% в случаях, предусмотренных в п. 3 и 6 ст. 5 Закона о защите конкуренции. По общему правилу не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает 35% (п. 2 ст. 5).

В соответствии с п. 3. ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим признается положение *каждого хозяйствующего субъекта* из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением

финансовой организации), применительно к которому выполняются в *совокупности следующие условия*:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 75% (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8%);

2) в течение длительного периода (не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц. В данном случае требуется провести глубокий математический расчет и анализ показателей.

И еще одно исключение — федеральными законами могут устанавливаться случаи признания *доминирующим положения хозяйствующего субъекта*, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 35% (п. 6 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

Третий показатель — доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта — субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии (п. 5 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

Четвертый показатель — условия признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) с учетом ограничений, предусмотренных Законом о защите конкуренции, устанавливаются Правительством РФ. Те же условия для кредитной организации устанавливаются Правительством РФ по согласованию с Центральным банком РФ. Не может быть признано доминирующим положение финансовой организации, доля которой не превышает 10% на единственном в Российской Федерации товарном рынке или 20% на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в Российской Федерации.

Хозяйствующий субъект вправе представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

С юридической точки зрения понятие «монополия» означает исключительное право хозяйствующего субъекта на осуществление деятельности единолично в пределах товарного рынка. В то же время исключительность режима выражается в обоснованном ограничении действия свободы экономической деятельности с целью реализации и защиты публичных интересов путем государственного регулирования монополий. Сказанное относится ко всем видам монополий, включая естественные. Правда, естественные монополии — объект повышенного внимания со стороны государства, о чем свидетельствует принятие отдельного закона.

Итак, *монополия* есть такое состояние товарного рынка, в котором хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на определенном сегменте товарного рынка при осуществлении им предпринимательской и иной экономической деятельности.

Виды монополий. В литературе обычно выделяют три вида монополий:

а) закрытая (законная) монополия, защищенная от конкуренции с помощью юридических ограничений (например, государственная монополия);

б) естественная монополия — сфера экономики, где весь рынок охватывается одним хозяйствующим субъектом (например, железнодорожная перевозка);

в) открытая (временная) монополия, когда один хозяйствующий субъект временно становится единственным поставщиком товара, а его конкуренты могут появиться на том же рынке позже¹.

Однако при внешней привлекательности указанная классификация страдает таким серьезным недостатком, как отсутствие единого критерия (основания) деления. В связи с этим непонятно, как соотносятся между собой закрытая и открытая монополии, поскольку первая является законной, а вторая — лишь временной (хотя было бы логично назвать ее незаконной). Кроме того, в данную классификацию не вписывается естественная монополия: является ли она закрытой или открытой?

Более логично использовать такой критерий, как *защищенность монополии от конкуренции*. С учетом этого критерия монополии можно подразделить на защищенные от конкуренции и незащищенные. К числу первых относятся монополии: 1) непосредственно регулируемые государством; 2) обладатели исключительных прав. Монополии, непосредственно регулируемые госу-

дарством, — это государственные монополии и естественные монополии. Остальные монополии не защищены от конкуренции, а потому должны подчиняться общим правилам (принципам) рыночной экономики и предпринимательства.

Монополии можно классифицировать и по другим основаниям (например, в зависимости от степени государственного регулирования, характера происхождения, сферы деятельности). Так, в зависимости от характера происхождения монополии следует подразделить на естественные и искусственные. Используя такой критерий, как степень государственного регулирования, монополии можно классифицировать на непосредственно (прямо) регулируемые государством и опосредованно регулируемые государством. С учетом сферы деятельности можно говорить о монополиях в области газовой и нефтяной промышленности, транспорта и связи и т. д.

Более подробно остановимся на статусе естественной монополии. Как уже отмечалось, статус естественных монополий регулируется Законом о монополиях. В силу ст. 3 этого Закона *естественная монополия* — это состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами этой монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров. Иначе говоря, *монополии называются естественными* в силу не зависящих от воли и сознания людей специфических свойств, присущих этим товарам, работам и услугам. Естественная монополия действует в условиях, когда создание конкурентной среды на товарном рынке (в том числе путем ввоза продукции на данный рынок) независимо от уровня спроса невозможно или экономически неэффективно при существующем уровне научно-технического прогресса¹. Итак, если данный уровень существенно изменится, монополия может утратить свой статус «естественной», т. е. законодатель признает временный характер той или иной естественной монополии (поскольку определяет ее через состояние товарного рынка).

¹ См.: постановление Правительства РФ от 9 мая 1994 г. № 191 «О государственной программе демополизации экономики и развития конкуренции на Рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры)» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 14. Ст. 1052.

¹ См.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. 32—33.

Существует *перечень сфер деятельности*, в которых действует исключительный режим естественной монополии (ст. 4 Закона о монополии):

- а) транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;
- б) транспортировка газа по трубопроводам; железнодорожные перевозки;
- в) услуги транспортных терминалов, портов, аэропортов;
- г) услуги общедоступной электрической и почтовой связи;
- д) услуги по передаче электрической энергии;
- е) услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике;
- ж) услуги по передаче тепловой энергии.

Следует согласиться с мнением о том, что отнесение той или иной сферы к естественно-монопольной во многом оценочно. «Сферы естественных монополий подвижны. Они то расширяются, то сужаются, то ликвидируются в зависимости от природных факторов, от спроса на товары, конъюнктуры рынка, развития научно-технического прогресса и других причин»¹. Конкретный набор естественно-монопольных видов деятельности зависит от качественного состояния экономики государства. Поэтому универсального перечня сфер естественных монополий в принципе быть не может. Указанный перечень сфер естественных монополий в государстве определяется конкретно исторически².

Субъект естественной монополии — хозяйствующий субъект (юридическое лицо), занятый производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии (п. 3 ст. 3 Закона о монополиях). Формулировка Закона «субъекты естественных монополий» некорректна. Дословно это выглядит следующим образом: субъекты состояния товарного рынка.

Итак, субъекты естественных монополий есть хозяйствующие субъекты, выступающие в качестве носителя специального права. В литературе верно отмечается, что существует несогласованность норм Закона о монополиях и специальных законов в части хозяйствующих субъектов.

Закон о монополиях ограничивает субъектный состав указанием на юридические лица. Другие федеральные законы содержат указания на возможность осуществления естественно-монопольной деятельности и *индивидуальными предпринимателями*. Так, в силу ст. 2 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 245-ФЗ) оператором связи (т. е. субъектом естест-

¹ Григорьева О. А. Правовое регулирование естественных монополий. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 32—33.

² См. там же. С. 34.

венной монополии в данной сфере) считается физическое или юридическое лицо, имеющее право на предоставление услуг электрической или почтовой связи¹. Аналогичное правило содержится в ст. 3 Федерального закона от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи» (в ред. от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ), на основании которой операторами почтовой связи признаются организации почтовой связи и индивидуальные предприниматели, обладающие правом на оказание услуг почтовой связи. Таким образом, имеет место несогласование соответствующих норм Закона о монополиях и специальных законов по вопросам, связанным с организационно-правовой формой хозяйствующих субъектов.

Поэтому мы согласны с мнением о том, что субъектами естественных монополий могут быть и юридические лица, и индивидуальные предприниматели, а также некоммерческие организации либо так называемые неправосубъектные образования, например финансово-промышленные группы и холдинги.

Особенности правового статуса субъектов естественных монополий дают о себе знать и в процессе организации деятельности субъектов, и на стадии их несостоятельности (банкротства). Даже формы государственного регулирования и осуществления контроля за деятельностью субъектов естественных монополий обладают собственной спецификой.

V. Монополистическая деятельность субъектов конкуренции.

В соответствии с п. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции *монополистическая деятельность* — это злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью. Из нормативного определения монополистической деятельности вытекают следующие основные признаки. *Во-первых*, монополистическая деятельность — вид человеческой деятельности, состоящей из совокупности действий, операций, поступков. И не только. В состав монополистической деятельности входит также бездействие¹. *Во-вторых*, Закон о защите конкуренции называет формы монополистической деятельности:

¹ СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895.

² СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3697.

³ На наш взгляд, и законодатель, и вслед за ним ученые отождествляют понятия «монополистическая деятельность» и «поведение». Поведение может состоять из действий и бездействий; оно подразделяется на правомерное и неправомерное. Что касается деятельности, то она представляет собой совокупность действий.

а) злоупотребление доминирующим положением;

б) запрещенные антимонопольным законодательством соглашения или согласованные действия; иные действия (бездействие), признанные монополистической деятельностью в соответствии с федеральными законами.

Последняя форма монополистической деятельности буквально звучит так: такие действия могут быть не только неправомерными, но и правомерными. Хотя в учебной и научной литературе монополистическая деятельность характеризуется как неправомерная со всеми признаками правонарушения.

По мнению К. Ю. Тотьева, монополистическая деятельность является *наказуемым правонарушением*. Как любое правонарушение, она (деятельность) включает объект, объективную сторону, субъект, субъективную сторону (состав правонарушения)¹. Налицо подмена понятий «монополистическая деятельность» и «поведение». Монополистическая деятельность представляет собой вид экономической деятельности. В свою очередь, правонарушение — это противоправное, общественно вредное, виновное деяние деликтоспособного лица². В этом качестве состав правонарушения включает четыре названных выше элемента³.

Рассмотрим более подробно каждый из указанных элементов состава правонарушения.

Объектом правонарушения в данной сфере является конкурентный порядок (составная часть хозяйственного правопорядка).

Объективная сторона правонарушения заключается в противоправности, во вредоносных последствиях, наличии причинной связи между этими элементами. При этом под *противоправностью* понимается нарушение установленных в правовых нормах *запретов*. И не только⁴. В этом контексте Закон о защите конкуренции содержит ряд норм о запрете на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением (ст. 10), на ограничивающие конкурен-

¹ См.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 230.

² См.: Комаров С. А. Общая теория государства и права: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 1997. С. 343.

³ Поскольку при осуществлении монополистической деятельности происходит нарушение различных норм, постольку речь идет о возникновении разноотраслевых правонарушений (административных, гражданских, уголовных). В связи с этим сложно подобрать единые элементы (условия) состава правонарушения, которые в полной мере были бы применимы к отраслевым правонарушениям.

⁴ По мнению С. А. Комарова, формами проявления противоправности являются: а) прямое нарушение правового запрета; б) неисполнение возложенных обязанностей; в) злоупотребление субъективным правом; г) превышение компетенции и др. (см.: Комаров С. А. Указ. соч. С. 344). С этим мнением ученого следует согласиться.

цию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов (ст. 11), на недобросовестную конкуренцию (ст. 14). В частности, запрещаются установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара; изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара; создание дискриминационных условий и др.

Применительно к осуществлению монополистической деятельности вред представляет собой отрицательные (имущественные, организационные, моральные и др.) последствия, возникающие у частных и публичных лиц. Важно отметить, что не во всех случаях такой вред наступает, если, конечно же, не ставить знак равенства между монополистической деятельностью и правонарушением. На наш взгляд, осуществление монополистической деятельности хозяйствующими субъектами порождает правонарушения только тогда, когда имеется состав правонарушения. В тех случаях, когда при осуществлении монополистической деятельности возникают убытки, то для их взыскания с правонарушителя необходимо установить наличие самих убытков, обосновать их размер и доказать причинно-следственную связь между противоправным поведением и возникшими убытками по правилам ст. 15, 16 ГК.

Вредоносные последствия могут быть причинены государству и обществу в целом. Подобная вредоносность проявляется в том, что порожденные монополистической деятельностью правонарушения ограничивают реализацию государством публичного интереса, посягают на конкуренцию и в конечном итоге дезорганизуют рыночные отношения.

Причинная связь между противоправным поведением (действием, бездействием) хозяйствующих субъектов и наступившими последствиями — обязательный элемент объективной стороны правонарушения¹.

Субъектами монополистической деятельности являются: а) хозяйствующие субъекты, в том числе финансовые организации; б) группы лиц.

Субъективная сторона монополистической деятельности как правонарушения состоит в двух формах вины; умысла или неосторожности. Вопрос о форме вины субъектов конкуренции зависит от отнесения такой противоправной деятельности к тому или иному правонарушению.

¹ К. Ю. Тотьев считает, что при характеристике общего понятия монополистической деятельности вопрос о причинной связи между противоправным поведением и его вредными имущественными последствиями может быть опущен (см.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 232). На наш взгляд, данное мнение справедливо, если не отождествлять монополистическую деятельность и правонарушение. Но поскольку названный автор ставит между ними знак равенства, постольку такое утверждение спорно.

Рассмотрим формы монополистической деятельности. Начнем с категории «*злоупотребление монопольным положением*».

Статья 10 (п. 1) Закона о защите конкуренции запрещает действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. Реализация указанных действий (бездействия) и наступление вредоносных последствий — свидетельство злоупотребления хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением. Закон о защите конкуренции запрещает совершение подобного рода действий (бездействия).

В учебной литературе злоупотребление доминирующим положением на рынке рассматривается как *индивидуальное поведение субъекта*. Содержащийся в п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции перечень запрещенных действий (бездействия) является открытым. В порядке иллюстрации рассмотрим некоторые виды правонарушений в форме злоупотребления доминирующим положением. Так, запрещается установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара.

В соответствии с п. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции *монопольно высокой ценой товара* (за исключением финансовой услуги) является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если она (цена) соответствует в совокупности двум критериям. *Первый* — данная цена превышает цену, которую в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по количеству продаваемого за определенный период товара, составу покупателей или продавцов товара (определяемому исходя из целей приобретения или продажи товара) и условиям доступа, устанавливающих хозяйствующие субъекты, не входящие с покупателями или продавцами товара в одну группу лиц и не занимающие доминирующего положения на сопоставимом товарном рынке. *Второй* — эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли. Цена товара не признается монопольно высокой, если она не соответствует *хотя бы одному из указанных критериев*. Например, в строительном бизнесе цены на жилье явно превышают те суммы расходов и прибыли, которые необходимы для строительства объектов. Однако при этом второй критерий в условиях непомерного роста цен на жилье остается безупречным. Рост цен на жилье стимулируется возросшим спросом на жилье!

Не признается монопольно высокой цена товара, установленная субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного органом регулирования естественной монополии.

Параметры монопольно низкой цены сформулированы в ст. 7 Закона о защите конкуренции. Те же самые требования, что и в

отношении монопольно высокой цены, но только с указанием критерия — «ниже цены».

Выявляются монопольные цены антимонопольными органами на основе принятых МАП РФ от 21 апреля 1994 г. № ВБ/2053 Временных методических рекомендаций по выявлению монопольных цен.

Односторонние злоупотребления хозяйствующим субъектом своим монопольным положением — следующие виды правонарушений. Их можно условно подразделить на два подвида: а) правонарушения, которые непосредственно связаны с заключением договора; б) правонарушения, которые не имеют такой прямой связи¹.

К первым относятся такие правонарушения, как:

навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;

экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, Правительства РФ, уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.

В числе вторых нарушений следует назвать:

экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на данный товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено законодательством или судебными актами;

изъятие товара из обращения, когда результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;

создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

В Законе о защите конкуренции (подп. 8 п. 1 ст. 10) используется довольно широкое по объему понятие «*дискриминационные условия*». *Дискриминационные условия* — условия доступа на

¹ Иной точки зрения придерживается С. А. Парашук (см.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин. П. Г. Лахно. С. 484-486).

товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект (несколько хозяйствующих субъектов) поставлен в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом (или хозяйствующими субъектами). Понятие «дискриминационные условия» практически охватывает большинство правонарушений в сфере антимонопольного регулирования.

Требования ст. 10 Закона не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Коллективное поведение хозяйствующих субъектов в форме соглашений и согласованных действий субъектов, ограничивающих конкуренцию, — самостоятельный вид монополистической деятельности субъектов конкуренции на товарном рынке. Закон о защите конкуренции проводит разграничение между понятиями «соглашение» и «согласованные действия».

Соглашение — договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (п. 18 ст. 4). В контексте Закона о защите конкуренции «соглашение» — широкое понятие; оно не совпадает с понятием договора, используемым в гражданском законодательстве. Так, в силу п. 1 ст. 420 ГК договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Следовательно, любой договор есть соглашение, однако не всякое соглашение является договором¹. Применительно к гражданскому праву договор представляет собой юридический факт, благодаря которому происходит установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 8 ГК). Поэтому на те соглашения, которые не подпадают под режим гражданско-правового договора, соответственно не распространяются общие положения Гражданского кодекса о договоре.

Согласованные действия хозяйствующих субъектов — действия субъектов на товарном рынке, удостоверяющие совокупности следующих условий:

¹ По справедливому мнению Д. Н. Сафиуллина, договор следует отличать от иных юридически значимых соглашений, а последние — от соглашений (зачастую именуемых договорами), заключенных в сфере, не контролируемой правом (см.: Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. С. 109). Продолжая эту мысль, надо четко проводить различие между такими смежными понятиями, как «соглашение», «договор», «согласование», «согласие».

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них;

2) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Такими обстоятельствами, в частности, могут быть: изменение регулируемых тарифов; изменение цен на сырье, используемое для производства товара; изменение цен на товар на мировых товарных рынках; существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее чем один год.

Согласованные действия осуществляются хозяйствующими субъектами без оформления соглашения. Именно таким образом следует понимать правило п. 2 ст. 8 Закона о защите конкуренции, согласно которому совершение хозяйствующими субъектами *действий по соглашению не относится к согласованным действиям*. Иначе говоря, согласованные действия — это такие действия хозяйствующих субъектов, которые получили одобрение (согласие) всех субъектов, как по организации самих действий, так и по их результатам. Согласовать — значит одобрить.

К сказанному следует добавить.

Во-первых, в силу п. 14 ст. 3 Закона о защите конкуренции *координация экономической деятельности* есть согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из него.

Координация экономической деятельности, т. е. согласованные действия хозяйствующих субъектов с третьими лицами, признается неправомерной, если при этом создается возможность ограничения конкуренции. В противном случае такая координация допустима и правомерна.

Во-вторых, в соответствии с п. 21 ст. 3 Закона *экономическая концентрация* — сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. На наш взгляд, Закон сформулировал весьма оригинально определение понятия «экономическая концентрация». Дословно это звучит так: «экономическая концентрация — это сделки». Действительно, век жи-ви — век учись! Кто бы мог подумать, что ключевая категория гражданского права может использоваться в контексте определения понятия экономической концентрации.

В экономических словарях и литературе слово «концентрация» означает сосредоточение производства, капитала в одном месте или в одних руках, преобладание на рынке одной или нескольких фирм¹. Применительно к экономической концентрации можно говорить о сосредоточении разных составляющих экономики — производства, капитала, ресурсов, экономических субъектов (например, концентрация банков). Сделки и иные действия есть *правовые средства экономической концентрации*.

Следовательно, экономическая концентрация (равно как координация экономической деятельности) — объект повышенного внимания со стороны антимонопольных органов, с тем чтобы избежать неправомерного ограничения конкуренции на товарных рынках. Поэтому не случайно гл. 7 Закона (ст. 27—35) подробно регулирует общественные отношения в сфере государственного контроля за экономической концентрацией.

В-третьих, в Законе о защите конкуренции (п. 19, ст. 4, 12) особо регламентируются так называемые вертикальные соглашения. Согласно п. 19 ст. 4 «*вертикальное*» соглашение — соглашение между хозяйствующими субъектами, которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом. По общему правилу «вертикальные» соглашения считаются неправомерными, за исключением случаев, предусмотренных ст. 12 Закона о защите конкуренции. Прежде всего допускаются «вертикальные» соглашения в письменной форме, являющиеся договорами коммерческой концессии (гл. 54 ГК). Закон признает правомерными «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает 20%. Правила ст. 12 Закона о защите конкуренции не распространяются на «вертикальные» соглашения между финансовыми организациями.

Что касается «горизонтальных» соглашений, то в Законе о защите конкуренции они прямо не названы. Однако в литературе (со ссылкой на антимонопольный закон) ряд авторов очерчивают круг соглашений, подпадающих под режим «горизонтальных» (картельных) соглашений.

Под «горизонтальными» соглашениями, а также согласованными действиями понимаются соглашения (согласованные действия) между субъектами конкуренции (потенциальными конкурентами), действующими на рынке одного товара (взаимозаменяемых товаров), т. е. имеет место так называемый картельный сговор. Закон о защите конкуренции (ст. 11) содержит *абсолютный за-*

¹ См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. С. 162.

прет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов. При этом в Законе отсутствуют какие-либо требования, предъявляемые к хозяйствующим субъектам, действующим на рынке одного товара¹.

Статья 11 Закона о защите конкуренции предусматривает примерный перечень запрещенных «горизонтальных» соглашений и согласованных действий хозяйствующих субъектов, которые могут привести:

к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;

повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

экономически или технологически не обоснованному отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен актами федерального законодательства или судебными актами;

навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);

экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

сокращению или прекращению производства товаров, на которые имеется спрос либо на поставки которых размещены заказы, при наличии возможности их рентабельного производства;

созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

установлению условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях, если такие условия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а также к установлению необоснованных критериев членства, являющихся препятствиями для участия в платёжных или иных системах, без участия в которых конкурирующие между собой финансовые организации не смогут оказать необходимые финансовые услуги.

¹ В Законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в ред. от 9 октября 2002 г. № 122-ФЗ) (п. 3 ст. 6) подобные соглашения и согласованные действия признавались противоправными, если их участники в совокупности обладали на рынке определенного товара долей более 35%.

Далее, Закон о защите конкуренции (п. 2 и 3 ст. 11) устанавливает два общих запрета. *Первый запрет* касается физических лиц, коммерческих и некоммерческих организаций, которым запрещается координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным в ч. 1 ст. 11. Суть *второго запрета* заключается в том, что запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами или иные согласованные действия субъектов, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к *ограничению конкуренции*.

Абсолютный запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов не лишает субъектов права представить доказательства того, что достигнутые им соглашения или осуществляемые им согласованные действия могут быть признаны допустимыми в соответствии со ст. 12 и п. 1 ст. 13 Закона.

Закон о защите конкуренции содержит запреты не только в отношении хозяйствующих субъектов при осуществлении ими монополистической деятельности. Признается также *неправомерной деятельность* органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов или организаций, осуществляющих управленческие функции, а также государственных внебюджетных фондов, Банка России, *индивидуальные акты и действия (бездействия)* которых направлены на ограничения конкуренции (ст. 15). В частности, подлежат запрету:

введение ограничений в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов или введение ограничений в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства определенных видов товаров;

необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами;

установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров в Российской Федерации, иных ограничений прав хозяйствующих субъектов на продажу, покупку, иное приобретение, обмен товаров;

дача хозяйствующим субъектам указаний о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей (заказчиков) или о заключении в приоритетном порядке договоров;

установление для приобретателей товаров ограничений выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары.

Надо особо обратить внимание на следующие обстоятельства.

1. Наряду с органами государственной власти и органами местного самоуправления Закон о защите конкуренции называет иные органы и организации, которые осуществляют управленческие функции. К их числу относятся, например, Центральный

банк РФ и государственные внебюджетные органы. Публичные функции могут выполнять и некоторые некоммерческие организации (например, саморегулируемые организации).

2. Закон о защите конкуренции (п. 2 ст. 15) запрещает наделение органов государственной власти субъектов Федерации, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

3. Установлен запрет на совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора (п. 3 ст. 15).

На наш взгляд, исключение из общего правила о запрете на совмещение функций распространяется также на хозяйствующие субъекты, которые могут быть наделены некоторыми правами и функциями органов государственной власти.

Неправомерные соглашения или согласованные действия, ограничивающие конкуренцию органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, иных органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка РФ, запрещены. В соответствии со ст. 16 Закона о защите конкуренции подлежат запрету соглашения или согласованные действия, которые могут привести:

к повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов), за исключением случаев, если такие соглашения предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, Правительства РФ;

экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков);

ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

Закон о защите конкуренции *не разрешает* (в отличие от хозяйствующих субъектов) перечисленным выше органам и организациям представлять доказательства того, что принятые ими индивидуальные акты и действия, а также достигнутые соглашения

или осуществляемые ими согласованные действия могут быть признаны допустимыми.

VI. Антимонопольные органы. В настоящее время функции антимонопольного органа осуществляет Федеральная антимонопольная служба России (ФАС)¹. Статус ФАС России основывается на ст. 10, 77 Конституции РФ, ст. 22—26 Закона о защите конкуренции, определяется Положением о федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 331.

Федеральная антимонопольная служба является *уполномоченным федеральным органом исполнительной власти*, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов, контролю и надзору за соблюдением законодательства в сфере конкуренции на товарных рынках, защиты конкуренции на рынке финансовых услуг, деятельности субъектов естественных монополий, рекламы (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа). Руководство деятельностью ФАС России осуществляет Правительство РФ.

Федеральная антимонопольная служба осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами. Таким образом, федеральная система антимонопольных органов России состоит из ФАС и территориальных органов (управлений). Территориальные органы создаются федеральным антимонопольным органом в соответствии с ч. 1 ст. 78 Конституции РФ, актами федерального законодательства, на основе Положения о территориальном органе федеральной антимонопольной службе, утвержденного приказом ФАС России от 13 октября 2004 г. № 135.

ФАС России и ее территориальные органы являются юридическими лицами со всеми необходимыми признаками и атрибутикой.

Основными функциями ФАС России являются: а) организационная; б) контрольная; в) репрессивная. Статья 22 Закона о защите конкуренции содержит развернутый перечень основных функций антимонопольного органа в контексте предмета и целей настоящего Закона.

Антимонопольный орган выполняет следующие основные функции:

обеспечивает государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами или организациями, осуществляющими эти функции, а также государствен-

¹ См.: Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» (в ред. от 15 марта 2005 г.) (№ 295) (п. 13) // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.

ными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами;

выявляет нарушения антимонопольного законодательства, принимает меры по прекращению его нарушения и привлекает к ответственности виновных лиц, органы и организации за такие нарушения;

предупреждает монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами или организациями, осуществляющими данные функции указанных органов, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами;

осуществляет государственный контроль за экономической концентрацией в сфере использования земли, недр, водных и других природных ресурсов, в том числе при проведении торгов, в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Реализуя свои основные задачи и функции, ФАС России и ее территориальные органы (управления) обладают широкими полномочиями (компетенцией). В ст. 23 Закона о защите конкуренции сформулированы основные полномочия антимонопольного органа, которые также можно сгруппировать с учетом вышеназванной классификации функций. К ним относятся полномочия, направленные:

а) на осуществление организационных и регулятивных функций (например, утверждает формы представления в антимонопольный орган сведений при осуществлении сделок и (или) действий, предусмотренных ст. 32 Закона);

б) осуществление контрольных функций (например, осуществляет в порядке, установленном Правительством РФ, контроль за деятельностью юридических лиц, обеспечивающих организацию торговли на рынках определенных товаров, в том числе на рынке электрической энергии (мощности), в условиях прекращения государственного регулирования цен (тарифов) на такие товары);

в) пресечение нарушений антимонопольного законодательства хозяйствующими субъектами, органами государственной власти, местного самоуправления, а также иными органами и организациями (например, право давать субъектам обязательные для исполнения предписания).

Данный перечень полномочий не является исчерпывающим.

В порядке иллюстрации и сравнительного анализа можно привести следующие группы полномочий ФАС России:

1) возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства (подп. 1 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции). Глава 9 Закона посвящена рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства, т. е. получила ле-

гальную прописку административная форма рассмотрения дел. Здесь нет экономического спора и соответственно искового заявления. Такого рода дела рассматриваются специально созданной комиссией;

2) выдает в случаях, указанных в Законе о защите конкуренции, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания. Причем спектр предписаний для хозяйствующих субъектов является достаточно широким. Такие же предписания выдаются органам государственной власти, местного самоуправления, иным органам и организациям, осуществляющим эти функции, а также государственным внебюджетным фондам, их должностным лицам. Однако круг предписаний заметен ограничен;

3) вправе обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе с исками, заявлениями;

4) некоторые функции и полномочия антимонопольный орган реализует совместно с иными федеральными органами.

Разграничение полномочий между ФАС России и ее территориальными органами происходит *двумя способами*: законодательным и делегированным.

Так, в Положении о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы закреплены полномочия территориального органа путем перечисления его прав в различных сферах. При этом используются несколько критериев, позволяющих провести указанное разграничение:

- а) объект контроля и надзора;
- б) субъектный состав участников деятельности и действий, подлежащих контролю;
- в) местонахождение соответствующего хозяйствующего субъекта¹.

Например, территориальный орган ФАС России осуществляет контроль и надзор за соблюдением антимонопольного законодательства на рынке финансовых услуг, в том числе при совершении сделок, если размер уставного капитала финансовой организации не превышает: 300 млн руб. для кредитных организаций, 100 млн руб. для страховых организаций и перестраховочных обществ, 30 млн руб. для профессиональных участников рынка ценных бумаг и иных финансовых организаций.

Другой пример: к полномочиям территориального органа относится осуществление контроля и надзора за субъектами естественных монополий в сферах услуг транспортных терминалов, портов и аэропортов, стоимость активов которых по последнему балансу не превышает 20 млн установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда; услуг по передаче

электрической энергии по распределительным сетям; услуг по передаче тепловой энергии; услуг по транспортировке газа по газораспределительным сетям; услуг железнодорожного транспорта необщего пользования; услуг общедоступной электрической и почтовой связи.

Наряду с делегированием конкретных полномочий территориальным органам ФАС России в случае необходимости может запросить у территориального органа материалы для своего рассмотрения.

VII. Санкции за нарушение антимонопольного законодательства. Глава 8 Закона о защите конкуренции озаглавлена «Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства». Однако практически только ст. 37 Закона имеет прямое отношение к ответственности.

В соответствии с п. 1 ст. 37 за нарушение антимонопольного законодательства должностные лица органов государственной власти, местного самоуправления, должностные лица иных органов или организаций, осуществляющих эти функции, а также должностные лица государственных внебюджетных фондов, коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации. Как видим, Закон о защите конкуренции содержит бланкетную норму, отсылающую к использованию соответствующих положений действующего законодательства.

С учетом характера и содержания можно выделить *следующие правонарушения антимонопольного законодательства*: а) нарушения правового запрета; б) неисполнение возложенных обязанностей; в) злоупотребление субъективным правом; г) превышение компетенции.

Значительную группу составляют нарушения правового запрета. Закон о защите конкуренции выделяет *несколько видов нарушений правового запрета*. Это нарушения запрета:

на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением;

ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов;

ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) органов государственной власти, местного самоуправления, иных органов или организаций, осуществляющих эти функции, а также государственных внебюджетных фондов, Банка России;

недобросовестную конкуренцию.

Вторую группу образуют правонарушения, вызванные неисполнением возложенных обязанностей. По субъектному составу данная группа правонарушений неоднородна. Сюда входят хозяйствующие субъекты, органы государственной власти, местного самоуправления,

¹ См.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 321.

иные органы или организации, осуществляющие управленческие функции, государственные внебюджетные фонды, Центральный банк РФ, антимонопольный орган, юридические и физические лица.

Например, в силу ст. 25 Закона о защите конкуренции указанные субъекты, органы и организации, юридические и физические лица *обязаны представлять в антимонопольный орган* по его мотивированному требованию документы, объяснения в письменной или устной форме, информацию (в том числе информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну), необходимые антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями для рассмотрения заявлений и материалов о нарушении антимонопольного законодательства, дел о нарушении антимонопольного законодательства, осуществления контроля за экономической концентрацией или определения состояния конкуренции. В соответствии со ст. 26 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган обязан соблюдать коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну.

Злоупотребление субъективным правом — самостоятельный вид правонарушения. В свою очередь, злоупотребление монопольным положением также является видом *правонарушения*. Возникает вопрос о соотношении рассматриваемых понятий. Прежде всего отметим, что с точки зрения Гражданского кодекса (ст. 10) «злоупотребление субъективными правами» — это гражданско-правовая категория. Вместе с тем злоупотреблять можно не только гражданскими правами, но и публичными. Следовательно, понятие «злоупотребление субъективным правом» имеет *межотраслевой характер* и используется в публичном и частном, материальном и процессуальном праве¹. Это принципиальное положение получило закрепление в п. 3 ст. 17 Конституции РФ, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. В то же время гражданско-правовая категория «злоупотребление субъективным правом» применяется как в частноправовой, так и в публично-правовой сфере. В сфере публично-правовых отношений, основанных на власти и подчинения, последствия осуществления гражданских прав носят обычно опосредованный характер.

При сопоставлении понятий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление субъективными гражданскими правами» (ст. 10 ГК) наблюдается их несовпадение, что обусловлено экономическим содержанием термина «доминирующее положение», предполагающего возможность проявления злоупотреблений в форме «обычных» правонарушений, ответствен-

¹ См.: *Избрехт П. А.* Злоупотребление гражданскими правами в сфере предпринимательской деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 14.

ность за совершение которых носит публично-правовой характер. Поэтому использование термина «злоупотребление» по отношению к рассматриваемым правонарушениям весьма условно. Соответственно далеко не все противоправные действия, перечисленные в ст. 10 Закона о защите конкуренции, являются злоупотребление правом. Здесь нужен взвешенный, индивидуальный подход.

Данный вывод является принципиальным, поскольку позволяет объяснить установление в законодательном порядке мер публично-правовой (административной, уголовной) ответственности за совершение правонарушений, представляющих собой злоупотребление хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением на товарных рынках.

Превышение компетенции — следующий вид правонарушений антимонопольного законодательства. Например, ФАС России не вправе передавать (делегировать) территориальным органам полномочия, которые выходят за пределы компетенции самого федерального антимонопольного органа. Иными словами, любой выход ФАС России, ее территориальных органов за установленные Законом о защите конкуренции, другими федеральными законами, Положением о федеральной антимонопольной службе, Положением о территориальном органе федеральной антимонопольной службе пределы следует рассматривать как превышение компетенции со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями.

Исходя из общей и видовой характеристики правонарушения антимонопольного законодательства, можно сделать вывод о том, что законодательством установлена административная, гражданско-правовая и уголовная ответственность. Далее, анализируя положения законодательства в данной сфере правонарушений, необходимо отметить, что законодатель часто использует термин «ответственность» для обозначения явлений, которые таковыми не являются. Поэтому следует различать в теоретическом и практическом плане понятия «ответственность» и «санкция». Понятие «санкции» шире понятия «меры ответственности» и включает также меры защиты¹. В свою очередь, меры ответственности характеризуются лишением правонарушителя прав без получения каких-либо выгод и компенсаций². Причем для юридической ответственности важным призна-

¹ См.: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: В 2 т. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 379.

² Такой взгляд является господствующим в науке гражданского права (см.: *Илларионова Т. И.* Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. Свердловск, 1980. С. 62—76; *Малеин Н. С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С. 12; *Красавчиков О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Сб. учен. тр. Вып. 27. Свердловск, 1973).

ком является указание не только на наступление неблагоприятных последствий, но и на применение к виновному лицу иных мер государственно-правового принуждения.

Теперь более подробно рассмотрим отдельные виды правовых санкций применительно к правонарушениям антимонопольного законодательства. Начнем с *административно-правовых санкций*, которые можно классифицировать по различным критериям. По *содержанию* они подразделяются на имущественные и неимущественные (организационные). К имущественным санкциям относится, например, административный штраф. По *целям (функциям)* их можно сгруппировать в санкции: наказания, пресечения, восстановления и обеспечения. Так, административный штраф представляет собой и меру административной ответственности, и санкцию наказания за правонарушение. Предписания антимонопольного органа о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам, недобросовестной конкуренции являются *санкциями пресечения*. Предписания о восстановлении положения, существовавшего до нарушения антимонопольного законодательства, относятся к *санкциям восстановления*. И, наконец, предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, можно рассматривать в качестве *санкций (меры) обеспечения*.

К *пресекательным санкциям* следует отнести выдаваемые государственным органам исполнительной власти, органам местного самоуправления, иным органам или организациям, а также государственным внебюджетным фондам, их должностным лицам предписания об отмене или изменении актов, нарушающих антимонопольное законодательство; о прекращении или об изменении соглашений за аналогичные нарушения законодательства. В последнем случае сохраняется административно-правовая природа применяемой санкции, поскольку здесь речь идет о соглашениях, на которые не распространяется режим гражданско-правовых сделок. Не случайно *законодатель использует* в тексте Закона о защите конкуренции слова «прекращение соглашения» вместо привычного понятия — «расторжение договора». Таким образом это относится и к случаям прекращения или изменения согласованных действий.

В литературе данная точка зрения на классификацию административно-правовых санкций разделяется далеко не всеми учеными. Среди представителей административного права распространенным является мнение, согласно которому все меры административно-правового принуждения подразделяются на три группы: меры взыскания, меры пресечения и меры предупреждения¹.

¹ См.: Лунев А. Е. Административная ответственность за правонарушения. М., 1961. С. 52–53; Галаган И. А. Административная ответственность в СССР (государственное и материально-правовое исследование). Воронеж, 1970. С. 118–119.

Так, В. Д. Ардашкин, критикуя позицию Д. Н. Бахраха, утверждает, что восстановительных мер в административном праве нет и быть не может, а есть меры пресечения¹. Как правило, критика сторонников концепции «восстановительных санкций» сводится к тому (кроме указаний на некоторые неудачные примеры), что восстановление присуще гражданскому праву, регулирующему отношения, построенные на эквивалентно-возмездном принципе, тогда как административно-правовым отношениям эти признаки не свойственны.

Такое утверждение не бесспорно. Восстановительные санкции (меры) применяются с целью возмещения причиненного ущерба, восстановления прежнего положения вещей².

К. Ю. Тотьев подразделяет все административно-правовые санкции на две большие группы: пресекательные санкции и меры административной ответственности³. В состав первой группы входят не только санкции пресечения (в узком смысле слова), но и восстановительные санкции, а также санкции обеспечения (например, предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции). Такой подход к классификации административно-правовых санкций, на наш взгляд, не учитывает деление названных санкций по целям (функциям).

Административный штраф — мера административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства. Надо обратить внимание на то, что в настоящее время административная ответственность (равно и иные административно-правовые санкции) за нарушение требований антимонопольного законодательства закреплена в новом Кодексе РФ об административных правонарушениях (КоАП). Причем Кодекс не содержит специальной главы, посвященной административной ответственности за рассматриваемые правонарушения.

Составы административных правонарушений, имеющие отношение к нарушениям антимонопольного законодательства, в основном сосредоточены в гл. 14 КоАП «Административные правонарушения в области предпринимательской деятельности». Так, в силу ст. 14.3 *нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем* законодательства о рекламе (ненадлежащая реклама или отказ от контррекламы) влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 2000 до

¹ См.: Ардашкин В. Д. Меры защиты (пресечения) в советском административном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1967. С. 98.

² См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 447–449.

³ См.: Тотьев К. Ю. Указ. соч. С. 146.

2500 руб; на должностных лиц — от 4000 до 5000 руб; на юридических лиц — от 40 000 до 50 000 руб.¹

За нарушение порядка ценообразования (завышение или занижение регулируемых государством цен (тарифов, расценок, ставок и др.) на продукцию, товары либо услуги, предельных цен (тарифов, расценок, ставок и др.), завышение или занижение установленных надбавок (наценок) к ценам (тарифам, расценкам, ставкам и др.), нарушение установленного порядка регулирования цен (тарифов), иное нарушение установленного порядка ценообразования) предусмотрена административная ответственность в форме административного штрафа по правилам ст. 14.6 КоАП.

За нарушение иных прав потребителей, связанных с получением необходимой и достоверной информации о реализуемом товаре (работе, услуге), об изготовителе, о продавце, об исполнителе и о режиме их работы, виновные должностные лица и юридические лица несут административную ответственность (ст. 14.8 КоАП).

Статьей 14.9 КоАП установлена административная ответственность (штраф) за действия должностных лиц органов исполнительной власти субъектов Федерации или должностных лиц органов местного самоуправления, направленные на *незаконное ограничение свободы торговли*, т. е. за недопущение на местные рынки товаров из других регионов Российской Федерации либо запрещение вывоза местных товаров в другие регионы России в размере от 4000 до 5000 руб.

В соответствии со ст. 14.10 КоАП *незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров* влечет наложение административного штрафа на граждан, должностных лиц и юридических лиц. Кроме административного штрафа к виновным лицам применяются *конфискация предметов*, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара. В данном случае виновное лицо лишается собственного имущества (предметов) без получения каких-либо выгод и компенсаций, а потому *конфискация* есть мера административного наказания, т. е. мера административной ответственности.

В гл. 19 КоАП помещены отдельные составы административных правонарушений против порядка управления, за которые установлена административная ответственность. Так, невыполнение

¹ Федеральным законом от 22 июня 2007 г. № 116-ФЗ внесены изменения в Кодекс об административных правонарушениях в части определения размера административных штрафов. В настоящее время они (штрафы) определяются в твердом размере, а не в МРОТ, исходя из общей ставки — 100 руб. за один МРОТ.

в установленный срок законного предписания (постановления, представления, решения) органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор (контроль), об устранении нарушений законодательства влечет наложение административного штрафа на граждан, должностных лиц, юридических лиц. Пунктом 2 ст. 19.5 КоАП предусмотрен более повышенный размер административного штрафа за невыполнение в установленный срок законного предписания, решения *федерального антимонопольного органа, его территориального органа*. Специальный размер административного штрафа установлен за невыполнение в установленный срок законного предписания, решения органа регулирования естественных монополий, его территориального органа (п. 3 ст. 19.5).

В связи с этим особое внимание заслуживает правило ст. 19.8 КоАП об административной ответственности (наложении штрафа) граждан, должностных лиц, юридических лиц за непредставление ходатайств, уведомлений (заявлений), сведений (информации) в федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы или органы регулирования естественных монополий. Размер административного штрафа дифференцируются с учетом степени общественной опасности совершаемого административного правонарушения (п. 1, 2 ст. 19.8 КоАП).

Гражданско-правовые санкции за нарушение антимонопольного законодательства — следующая (немногочисленная) группа санкций. Прежде всего надо отметить, что указанные санкции можно подразделить на две группы: меры защиты субъективных гражданских прав и меры гражданско-правовой ответственности¹. В числе первой группы следует назвать:

а) признание недействующими либо недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству нормативных правовых актов или ненормативных актов федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Федерации, органов местного самоуправления, иных органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка РФ;

б) признание недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству;

в) признание торгов недействительными.

К второй группе относится такая форма ответственности, как возмещение убытков.

¹ См., например: *Мындра Д. И.* Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2003.

Спорной является природа предписаний антимонопольного органа об обязательном заключении договора, изменении или расторжении договора, о признании торгов недействительными (ст. 23 Закона о защите конкуренции).

Существует две противоположные точки зрения: одни ученые указанные предписания относят к актам административно-правового принуждения; другие — к способам защиты гражданских прав в административном порядке.

В связи с этим отметим ряд принципиальных положений.

1. Предписание антимонопольного органа (несмотря на отсутствие легального определения) можно рассматривать в качестве и документа (наряду с другими аналогичными документами), и индивидуального юрисдикционного акта¹.

2. В силу п. 2 ст. 11 ГК допускается защита гражданских прав в административном порядке в случаях, предусмотренных законом. В рассматриваемом случае гражданские права и частные интересы конкретных хозяйствующих субъектов защищаются именно в административном порядке. При этом используются средства (способы) из арсенала гражданско-правовой защиты (ст. 12 ГК). Даже с позиции формальной логики едва ли можно утверждать, что предписание выходит за рамки способа защиты нарушенных гражданских прав². Предписание и способ защиты гражданских прав — это разнопорядковые понятия. У каждого из названных явлений свой правовой режим. Поэтому указанные понятия — не только не совпадающие по объему, но и не перекрывающиеся.

3. В соответствии с пп. 6 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции предписания о заключении договоров, об изменении или о расторжении договоров применяются в случае, если при рассмотрении антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства лицами, права которых нарушены или могут быть нарушены, было заявлено соответствующее ходатайство, либо в случае осуществления антимонопольным органом государственного контроля за экономической концентрацией.

Следовательно, гражданско-правовые санкции за нарушение антимонопольного законодательства могут применяться как по решению суда, так и на основании предписания антимонопольного органа. В *первом случае* иск (заявление) вправе предъявить и сам антимонопольный орган, и хозяйствующий субъект, права

¹ В связи с этим выглядит несколько странным утверждение, будто основной разновидностью мер ответственности, применяемых исключительно антимонопольными органами, являются предписания (см.: *Баринов Н. А., Козлова М. Ю.* Антимонопольное законодательство Российской Федерации (вопросы теории и практики). Волгоград, 2001. С. 159).

² См.: *Тотьев К. Ю.* Предписание антимонопольного органа // Законность. 2000. № 12. С. 8.

которого нарушены, если иное не предусмотрено законом. В частности, за систематическое осуществление монополистической деятельности, занимающей доминирующее положение, коммерческой организацией, а также некоммерческой организацией, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход, суд по иску антимонопольного органа (в отношении кредитной организации по иску антимонопольного органа по согласованию с Центральным банком РФ) вправе принять решение о принудительном разделении таких организаций либо решение о выделении из их состава одной или нескольких организаций. Созданные в результате принудительного разделения организации не могут входить в одну группу лиц (п. 1 ст. 38 Закона о защите конкуренции). Правило п. 1 ст. 38 соответствует норме п. 2 ст. 57 ГК. Во *втором случае* гражданско-правовые санкции реализуются в административном порядке по решению антимонопольного органа.

Уголовно-правовые санкции за нарушение антимонопольного законодательства представлены в основном в гл. 22 УК. За уголовно-правовые деяния виновные лица наказываются либо штрафом, либо арестом, либо лишением свободы. За отдельные составы преступлений закон устанавливает комбинированное сочетание мер уголовной ответственности.

Так, за недопущение, ограничение или устранение конкуренции путем установления или поддержания монопольно высоких или монопольно низких цен, раздела рынка, ограничения доступа на рынок, устранения с него других субъектов экономической деятельности, установления или поддержания единых цен, если эти деяния повлекли причинение крупного ущерба, виновные лица наказываются штрафом в размере до 200 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет (ч. 1 ст. 178 УК). Те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения либо группой лиц по предварительному сговору, наказываются штрафом в размере от 100 тыс. до 300 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет либо лишением свободы на срок до пяти лет (ч. 2 ст. 178). Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные с применением насилия или с угрозой его применения, а равно с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства, либо организованной группой, наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет со штрафом в размере до 1 млн руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет либо без такового.

При этом крупным ущербом в названной статье Кодекса признается ущерб, сумма которого превышает 1 млн руб.

§ 2. Техническое регулирование

I. Общие положения о техническом регулировании. Термин «техническое регулирование» носит условный характер¹. В действительности под *техническим регулированием* понимается правовое регулирование отношений в области установления, применения и исполнения обязательных требований к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, а также в сфере установления и применения на добровольной основе соответствующих требований и правовое регулирование отношений в области оценки соответствия². Как видно, техническое регулирование охватывает две группы требований: обязательные и на добровольной основе.

Действие Закона о техническом регулировании не распространяется на государственные образовательные стандарты, положения (стандарты) о бухгалтерском учете и правила (стандарты) аудиторской деятельности, стандарты эмиссии ценных бумаг и проспектов эмиссии ценных бумаг.

Закон открывает, по существу, новую эру в техническом регулировании общественных отношений. Речь идет о реформе национальной системы стандартизации и сертификации в Российской Федерации. Закон о техническом регулировании, как отмечают специалисты, во многом отвечает принципам ВТО. В частности, положения Закона соответствуют нормам (правилам) Соглашения по техническим барьерам в торговле — одного из 18 международных соглашений, приложенных к заключительному акту Уругвайского раунда многосторонних переговоров о торговле 1994 г. и составляющих нормативно-договорную основу ВТО³.

¹ Появление в российском законодательстве термина «техническое регулирование» можно объяснить по крайней мере двумя обстоятельствами. Во-первых, данный термин широко используется в международном техническом законодательстве. Во-вторых, название «техническое регулирование» берет свое начало из определения понятия «техничко-юридические нормы» (см.: *Казанцев М. Ф.* Техничко-юридические нормы в механизме договорного регулирования хозяйственных связей по поставкам. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1985).

² См.: ст. 2 Федерального закона от 22 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании» (в ред. от 1 мая 2007 г. № 65-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 52 (часть 1). Ст. 5140. Далее — Закон о техническом регулировании.

³ См.: *Гусева Т. А., Чапкевич Л. Е.* Комментарий к Федеральному закону «О техническом регулировании» (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 8-9.

С введением в действие Закона о техническом регулировании намечается широкая программа модернизации российского законодательства. Новый Закон — рамочный (скелетный) акт. На базе его планируется первоначально принятие шести — восьми общих федеральных законов (общих технических регламентов), устанавливающих применяемые ко всем объектам техниче.ко о регулирования требования в части различных видов безопасности. Намечена также долгосрочная программа (на семь лет) по разработке и принятию значительного числа федеральных законов, закрепляющих специфические особенности отдельных категорий продукции и процессов. По оценкам специалистов, планируется принять от 500 до 1000 таких законов. Отсюда появляется первая проблема: возможно ли реализовать в столь короткий срок эту программу? Едва ли это возможно с учетом реальных возможностей законодателя.

Законодательство о техническом регулировании состоит из настоящего Закона, принимаемых в соответствии с ним федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации (п. 1 ст. 4). Таким образом, названное законодательство является *федеральным*.

Законодатель установил приоритет Закона о техническом регулировании над положениями федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации в отношении сферы применения настоящего Закона (в том числе прямо или косвенно предусматривающими осуществление контроля (надзора) за соблюдением требований технических регламентов). В данном случае указанные положения применяются в части, не противоречащей Закону о техническом регулировании (п. 2 ст. 4).

Федеральные органы исполнительной власти вправе издавать в сфере технического регулирования акты только *рекомендательного характера*, за исключением случаев, установленных ст. 5 Закона о техническом регулировании. В частности, порядок разработки, принятия и применения документов о стандартизации в отношении оборонной продукции (работ, услуг), а также продукции (работ, услуг), сведения о которой составляют государственную тайну, устанавливается Правительством РФ. В таком же порядке должна осуществляться оценка соответствия (в том числе государственный контроль (надзор) за соблюдением обязательных требований к продукции (работам, услугам), указанной в п. 1 ст. 5 Закона о техническом регулировании. Однако обязательные требования не должны противоречить требованиям технических регламентов (п. 4 ст. 5).

В настоящее время наблюдается дальнейшее развитие законодательства о техническом регулировании. Так, Правительством РФ были приняты постановления от 10 апреля 2006 г. № 201 «О порядке ведения единого реестра выданных сертификатов со-

ответствия, предоставления содержащихся в указанном реестре сведений и оплаты за предоставление таких сведений»¹, от 1 марта 2005 г. № 97 «О Правительственной комиссии по техническому регулированию»², от 15 декабря 2004 г. № 791 «Об утверждении Правил финансирования за счет средств федерального бюджета расходов в области технического регулирования»³ и др.

Статья 3 Закона о техническом регулировании содержит принципы технического регулирования. Техническое регулирование осуществляется в соответствии со *следующими принципами*:

применения единых правил установления требований к продукции или к связанным с ними процессам проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки;

соответствия технического регулирования уровню развития национальной экономики, развития материально-технической базы, а также уровню научно-технического развития;

независимости органов по аккредитации, органов по сертификации от изготовителей, продавцов, исполнителей и приобретателей;

единой системы и правил аккредитации;

единства правил и методов исследований (испытаний) и измерений при проведении процедур обязательной оценки соответствия;

единства применения требований технических регламентов независимо от видов или особенностей сделок;

недопустимости ограничения конкуренции при осуществлении аккредитации и сертификации;

недопустимости совмещения полномочий органа государственного контроля (надзора) и органа по сертификации;

недопустимости совмещения одним органом полномочий на аккредитацию и сертификацию;

недопустимости внебюджетного финансирования государственного контроля (надзора) за соблюдением требований технических регламентов. Указанный перечень принципов является закрытым.

Более того, названные принципы вряд ли можно поставить в один ряд с правовыми (отраслевыми) принципами. Сформулированные в ст. 3 Закона о техническом регулировании принципы (требования) носят условный характер и ограничены рамками действия данного Закона.

¹ СЗ. 2006. № 16. Ст. 1740.

² СЗ. 2005. № 10. Ст. 841.

³ СЗ. 2004. № 51. Ст. 5204.

III. Технические регламенты. В соответствии со ст. 2 Закона о техническом регулировании *технический регламент* — документ, который принят международным договором Российской Федерации, ратифицированным в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, или федеральным законом, или указом Президента РФ, или постановлением Правительства РФ, и устанавливает обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования (продукции, в том числе зданиям, строениям и сооружениям, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации). Таким образом, технический регламент — это прежде всего документ. Однако возникает вопрос: какой документ? Ведь с точки зрения Гражданского кодекса (п. 1 ст. 142) ценная бумага есть также документ.

Технический регламент является документом, устанавливающим обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования. Следовательно, можно утверждать, что *технический регламент* представляет собой нормативный правовой акт с техническим (техничко-правовым) содержанием. Причем технические регламенты принимаются в форме не только федерального закона, но и указа Президента РФ, постановления Правительства РФ¹. Одним словом, в целях ускорения принятия многочисленных технических регламентов допускается такая возможность, т. е. принятие технических регламентов на уровне подзаконного нормативного правового акта.

Кроме того, техническим регламентом может быть признан устанавливающий обязательные требования только такой документ, который принят по специальной процедуре и изложен особым образом².

Технические регламенты применяются в строго определенных целях, а именно:

защиты жизни или здоровья граждан, имущества физических или юридических лиц, государственного или муниципального имущества;

охраны окружающей среды, жизни или здоровья животных и растений;

предупреждения действий, вводящих в заблуждение приобретателей.

¹ Представляется, что возведение технических регламентов в ранг федеральных законов необоснованно и нецелесообразно. Такое положение означает, что Государственная Дума РФ отвечает за техническое регулирование в стране.

² См.: Гусева Т. А., Чапкевич Л. Е. Комментарий к Федеральному закону о техническом регулировании (постатейный). С. 16.

Данный перечень является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Принятие технических регламентов в иных целях не допускается.

Основное назначение технических регламентов — *установление минимально необходимых требований*, обеспечивающих различные виды безопасности продукции и процессов. В п. 1 ст. 7 Закона о техническом регулировании содержится перечень видов безопасности (безопасность излучений; биологическая безопасность; взрывобезопасность; механическая безопасность; пожарная безопасность; промышленная безопасность; термическая безопасность и др.). В связи с этим обратит внимание на следующие вопросы.

Во-первых, за пределами п. 1 ст. 7 Закона остались экологическая и информационная безопасность. Означает ли это, что Закон о техническом регулировании не распространяется на эти и другие виды безопасности, отсутствующие в названном перечне? Думается, что данный перечень видов безопасности носит не закрытый характер¹. Так, в п. 4 ст. 8 Закона говорится об экологической безопасности, хотя ее (безопасности) нет в п. 1 ст. 7.

Во-вторых, технические регламенты устанавливают минимально необходимые требования безопасности. Следовательно, в договоре можно предусматривать более повышенные требования безопасности.

В-третьих, технические регламенты должны устанавливать, как правило, эксплуатационные характеристики продукции, и только при необходимости — требования к конструкции и исполнению (если из-за отсутствия требований к конструкции и исполнению с учетом степени риска причинения вреда не обеспечивается достижение указанных в п. 1 ст. 6 Закона целей принятия технического регламента). Это позволит изготовителям самим выбирать конструктивное решение, экономически наиболее для них целесообразное. Однако в любом случае требования технических регламентов не могут служить препятствием к осуществлению предпринимательской деятельности в большей степени, чем это минимально необходимо для выполнения целей принятия технических регламентов. Иначе говоря, принятие технических регламентов может привести к правомерному ограничению свободы предпри-

¹ Безопасность продукции, процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации (далее — безопасность) — состояние, при котором отсутствует недопустимый риск, связанный с причинением вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений (ст. 2 Закона о техническом регулировании). Итак, безопасность — это прежде всего состояние. Возникает вопрос: состояние чего или кого? В новой редакции п. 1 ст. 7 Закона прямо указано на другие виды безопасности.

нимательской деятельности, поскольку они (ограничения) основаны на федеральном законе и в строго определенных целях. При этом такие ограничения должны быть соразмерными и необходимыми для защиты прав и законных интересов других лиц.

В-четвертых, технический регламент должен содержать исчерпывающий перечень продукции, процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, в отношении которых устанавливаются его требования, и правила идентификации объекта технического регулирования для целей применения технического регламента (п. 3 ст. 7 Закона о техническом регулировании). Кроме того, в технических регламентах могут содержаться специальные требования к терминологии, упаковке, маркировке или этикеткам и правилам их нанесения, обеспечивающие защиту отдельных категорий граждан (п. 5 ст. 7 Закона).

Применение технических регламентов. Технические регламенты применяются одинаковым образом и в равной мере независимо от страны и (или) места происхождения продукции, осуществления процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, видов или особенностей сделок и (или) физических и (или) юридических лиц, являющихся изготовителями, исполнителями, продавцами, приобретателями с учетом положений п. 9 ст. 7 Закона о техническом регулировании. Технический регламент, принимаемый федеральным законом или постановлением Правительства РФ, вступает в силу не ранее чем через шесть месяцев со дня его официального опубликования.

III. Стандартизация. В силу ст. 2 Закона о техническом регулировании *стандартизация* — деятельность по установлению правил и характеристик в целях их добровольного многократного использования, направленная на достижение упорядоченности в сферах производства и обращения продукции и повышение конкурентоспособности продукции, работ или услуг. Стандартизацию можно рассматривать в разных аспектах: организационно-техническом, экономическом, юридическом.

В качестве особого вида управленческой деятельности она (стандартизация) представляет собой совокупность взаимосвязанных, целенаправленных действий, операций и поступков. Стандартизация преследует *несколько целей*, в частности:

повышение уровня безопасности жизни или здоровья граждан, имущества физических или юридических лиц, государственного или муниципального имущества, экологической безопасности, безопасности жизни или здоровья животных и растений и содействия соблюдению требований технических регламентов;

повышение уровня безопасности объектов с учетом риска возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера;

обеспечение научно-технического прогресса;
 повышение конкурентоспособности продукции, работ, услуг;
 рациональное использования ресурсов;
 техническую и информационную совместимость; сопоставимость результатов исследований (испытаний) и измерений, технических и экономико-статистических данных; взаимозаменяемость продукции (ст. 11 Закона).

Наряду с основными целями Законом о техническом регулировании (ст. 12) названы принципы стандартизации. К ним относятся:

- добровольное применение стандартов;
- максимальный учет при разработке стандартов законных интересов заинтересованных лиц;
- применение международного стандарта как основы для разработки национального стандарта, за исключением отдельных случаев;
- недопустимость создания препятствий производству и обращению продукции, выполнению работ и оказанию услуг в большей степени, чем это минимально необходимо для выполнения целей, указанных в ст. 11 Закона;
- недопустимость установления таких стандартов, которые противоречат техническим регламентам;
- обеспечение условий для единообразного применения стандартов.

Добровольное применение стандарта — основная новелла Закона о техническом регулировании. В настоящее время все стандарты, в том числе национальные, носят рекомендательный характер. Поэтому *рекомендательный стандарт* по своему названию и юридическому значению — рекомендательный правовой акт. Стороны вправе изменять (отступать от требований) рекомендательные нормы, несмотря на то, что стандарт приобретает обязательную силу, когда он вовлечен в сферу договорного регулирования¹. Обязательное применение рекомендательного стандарта не влияет на его сущность — он является рекомендательным.

Правовой аспект стандартизации заключается в том, что, во-первых, право регулирует организацию и проведение работ по стандартизации и, во-вторых, стандартизация — не только технико-экономическая, но и юридическая деятельность, осуществляемая в соответствующих правовых формах. В настоящее время функционирует специальный правовой механизм, в рамках которого она (деятельность) осуществляется.

¹ См.: Бельх В. С. Гражданско-правовое обеспечение качества продукции, работ и услуг. Сб. науч. тр. // Отв. ред., сост. О. А. Герасимов. Екатеринбург, 2007. С. 84.

Документы в области стандартизации. В соответствии со ст. 13 Закона о техническом регулировании к документам в области стандартизации, используемым на территории Российской Федерации, относятся:

- национальные стандарты;
- правила стандартизации, нормы и рекомендации в области стандартизации;
- применяемые в установленном порядке классификации, общероссийские классификаторы технико-экономической и социальной информации, своды правил;
- стандарты организаций.

Как видно, среди названных документов нет отраслевых стандартов, технических условий, технических описаний, других способов определения качества.

Однако сказанное не означает, что в действительности указанные документы не применяются. Напротив, в переходный период действия Закона о техническом регулировании они действуют до тех пор, пока не будут трансформированы (если в этом будет необходимость) либо в национальные стандарты, либо в стандарты организаций (СТО). Обязательные требования государственных стандартов (ГОСТ) и отраслевых стандартов (ОСТ) перейдут в технические регламенты (ТР).

Общее определение понятия стандарта содержится в ст. 2 Закона о техническом регулировании. *Стандарт* — документ, в котором в целях добровольного многократного использования устанавливаются характеристики продукции, правила осуществления и характеристики процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнения работ или оказания услуг. Кроме того, стандарт также может устанавливать требования к терминологии, символике, упаковке, маркировке или этикеткам и правилам их нанесения.

Стандарты подразделяются на категории и виды. Словом «категория» обозначаются национальные стандарты, государственные стандарты, отраслевые стандарты, стандарты предприятий и организаций. Так, в соответствии со ст. 2 Закона о техническом регулировании *национальный стандарт* есть стандарт, утвержденный национальным органом Российской Федерации по стандартизации. *Государственный стандарт* (ГОСТР) — национальный стандарт, принятый Госстандартом России до введения в действие Закона о техническом регулировании. *Отраслевой стандарт* — стандарт, принятый органом исполнительной власти (например, министерством) и действующий в данной отрасли. *Стандарт организации* представляет собой стандарт, утвержденный организацией. Если национальный стандарт распространяется на всю территорию Российской Федерации, то сфера действия стандарта организации ограничена рамками организации. Однако СТО — это

документ, разрабатываемый также на продукцию, создаваемую и поставляемую на внутренний и внешний рынок, выполненные работы и оказываемые услуги в соответствии с заключенными договорами. Таким образом, в тех случаях, когда СТО действует в пределах организации, стандарт организации есть *локальный правовой акт*. Если СТО разрабатывается на поставляемую продукцию, выполненные работы и оказанные услуги, такой стандарт утрачивает признаки локального правового акта и превращается в документ в области стандартизации, похожий по своему статусу на технические условия.

Виды стандартов зависят от их содержания. С учетом этого критерия различают стандарты:

- технических условий;
- параметров и (или) размеров;
- типов и основных параметров и (или) размеров;
- конструкции и размеров;
- марок;
- сортамента;
- правил приемки;
- методов контроля (испытаний, анализа, измерений);
- правил маркировки, упаковки, транспортирования и хранения;
- правил эксплуатации и ремонта;
- типовых технологических процессов.

В процессе функционирования создается *система стандартизации*. Однако в новом Законе о техническом регулировании (ст. 15) используется термин «национальная система стандартизации». Участники работ по стандартизации, а также национальные стандарты и общероссийские классификаторы технико-экономической и социальной информации, в том числе правила их разработки и применения свода правил, входят в национальную систему стандартизации. Что касается стандарта организации, правил стандартизации, норм и рекомендаций в области стандартизации, то они находятся за пределами национальной системы стандартизации. В то же время СТО, являясь документом в области стандартизации, входят в систему стандартизации.

Система стандартизации структурно состоит из двух элементов: объекта и субъектов. *Объектами стандартизации* являются продукция, процессы, работы и услуги, а также иные объекты, установленные законодательством о стандартизации. Объектами стандартизации не могут быть нормы, правила, требования. Напротив, они (нормы, правила) образуют содержание стандартов и технических условий.

К субъектам стандартизации относятся национальный орган Российской Федерации по стандартизации, технические комитеты по стандартизации, предприятия и организации независимо от

форм собственности. В соответствии с п. 1 ст. 14 Закона о техническом регулировании национальный орган по стандартизации:

- утверждает национальные стандарты;
- принимает программу их разработки;
- организует экспертизу проектов национальных стандартов;
- осуществляет учет национальных стандартов, правил стандартизации, норм и рекомендаций в этой области и обеспечивает их доступность заинтересованным лицам;
- создает технические комитеты по стандартизации и координирует их деятельность;
- организует опубликование национальных стандартов и их распространение и др.

28 февраля 2006 г. Правительством РФ одобрена Концепция развития национальной системы стандартизации (распоряжение № 266-р).

Порядок создания и деятельности технических комитетов по стандартизации утверждается национальным органом по стандартизации. В состав технических комитетов по стандартизации на паритетных началах и добровольной основе могут включаться представители федеральных органов исполнительной власти, научных организаций, саморегулируемых организаций, общественных объединений предпринимателей и потребителей. Заседания технических комитетов являются открытыми.

Правила разработки и утверждения национальных стандартов сформулированы в ст. 16 Закона о техническом регулировании, а стандартов организации — в ст. 17. Порядок разработки, утверждения, учета, изменения и отмены стандартов организаций устанавливается ими самостоятельно с учетом положений ст. 12 настоящего Федерального закона.

IV. Подтверждения соответствия. Закон о техническом регулировании (ст. 2) определяет *подтверждение соответствия* как документальное удостоверение соответствия продукции или иных объектов, процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнения работ или оказания услуг требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров.

Прежде всего надо отметить, что подтверждение соответствия есть форма (способ) оценки соответствия. В свою очередь, *оценка соответствия* — прямое или косвенное определение соблюдения требований, предъявляемых к объекту (ст. 2 Закона о техническом регулировании).

Формами оценки соответствия (наряду с подтверждением соответствия) являются: контроль, аккредитация, испытания, регистрация, приемка¹. К формам подтверждения соответствия отно-

¹ См.: Вилкова С. А. Основы технического регулирования: Учебное пособие. М., 2006. С. 19–20.

сятся: сертификация и декларирование соответствия. Рассмотрим их более подробно.

Сертификация — форма осуществляемого органом по сертификации подтверждения соответствия объектов требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров. Отметим, что указание на форму подтверждения соответствия не позволяет раскрыть сущность сертификации. На наш взгляд, сертификация (равно как стандартизация) представляет собой вид человеческой деятельности. Поэтому сертификацию можно также рассматривать в организационно-техническом, экономическом, юридическом аспектах. Будучи видом управленческой деятельности, сертификация преследует несколько целей.

Основная цель сертификации — удостоверение соответствия объектов требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров. В силу ст. 18 Закона о техническом регулировании целями подтверждения соответствия являются:

а) содействие приобретателям в компетентном выборе продукции, работ, услуг;

б) повышение конкурентоспособности продукции, работ, услуг на российском и международном рынках;

в) создание условий для обеспечения свободного перемещения товаров по территории Российской Федерации, а также для осуществления международного экономического, научно-технического сотрудничества и международной торговли.

Причем указанные цели относятся и к сертификации, и к декларированию соответствия.

Статья 19 Закона о техническом регулировании содержит перечень *принципов подтверждения соответствия*, в том числе стандартизации.

Существует обязательная и добровольная сертификация (ст. 20, 25 Закона о техническом регулировании). Добровольное подтверждение соответствия осуществляется в форме *добровольной сертификации*. Обязательное подтверждение соответствия осуществляется в формах: принятия декларации о соответствии и *обязательной сертификации*.

Объектами сертификации являются продукция, процессы, работы и услуги, а также иные объекты, установленные законодательством о техническом регулировании. Вместе с тем объектом обязательной сертификации (и декларирования соответствия) может быть только *продукция, выпускаемая в обращение на территории Российской Федерации* (п. 1 ст. 23 Закона о техническом регулировании). Понятие «продукция, выпускаемая в обращение» означает, что подтверждение соответствия проводится силами изготовителя на стадии производства, до обращения продукции.

Однако такая продукция должна обязательно предназначаться для дальнейшего обращения на внутреннем рынке¹.

Субъектами сертификации являются органы по сертификации, испытательные лаборатории (центры), юридические и физические лица. В соответствии с п. 1 ст. 26 Закона о техническом регулировании обязательная сертификация осуществляется органом по сертификации, аккредитованным в порядке, установленном Правительством РФ.

Центральное место в организационной структуре системы обязательной и добровольной сертификации принадлежит органу по сертификации. В качестве таких органов могут быть предприятия и организации (в том числе научно-исследовательские учреждения), обладающие необходимой профессиональной компетенцией и отвечающие установленным требованиям. Закон о техническом регулировании допускает участие в проведении работ по сертификации только аккредитованные органы по сертификации. *Аккредитация* — процедура, по результатам которой аккредитующий орган выдает аттестат аккредитации, удостоверяющий, что субъект является компетентным выполнять конкретные работы по оценке соответствия установленным требованиям качества и безопасности продукции, услуг и других объектов².

Законом о техническом регулировании (ст. 2) органом по сертификации признается любое юридическое лицо, в том числе некоммерческие организации. Кроме того, для выполнения работ по сертификации могут быть аккредитованы индивидуальные предприниматели.

Перечень основных полномочий органа по сертификации содержится в п. 2 ст. 26 Закона о техническом регулировании. Орган по сертификации:

привлекает на договорной основе для проведения исследований (испытаний) и измерений испытательные лаборатории (центры), аккредитованные в порядке, установленном Правительством РФ;

осуществляет контроль за объектами сертификации, если такой контроль предусмотрен соответствующей схемой обязательной сертификации и договором;

ведет реестр выданных им сертификатов соответствия;

информирует соответствующие органы государственного контроля (надзора) за соблюдением требований технических регла-

¹ См.: Гусева Т. А., Чапкевич Л. Е. Комментарий к Федеральному закону о техническом регулировании (постатейный). С. 94.

² См.: постановление Госстандарта России от 30 декабря 1999 г. № 72 «Об утверждении общих правил аккредитации в Российской Федерации» // Российская газета. 2000. № 37.

ментов о продукции, поступившей на сертификацию, но не прошедшей ее;

приостанавливает или прекращает действие выданного им сертификата соответствия;

обеспечивает предоставление заявителям информации о порядке проведения обязательной сертификации;

устанавливает стоимость работ по сертификации на основе утвержденной Правительством РФ методики определения стоимости таких работ.

Как видно, в названном Законе сформулированы и права, и обязанности органа по сертификации.

Испытательные лаборатории (центры) — это организации различных форм собственности и их объединений со статусом юридического лица, осуществляющие исследования (испытания) и измерения продукции при осуществлении сертификации. Их деятельность подлежит аккредитации¹. Испытательные лаборатории (центры) проводят исследования (испытания) и измерения продукции в пределах своей области аккредитации на условиях договоров с органами по сертификации. Испытательная лаборатория (центр) оформляет результаты исследований (испытаний) и измерений соответствующими протоколами, на основании которых орган по сертификации принимает решение о выдаче или об отказе в выдаче сертификата соответствия. Лаборатория (центр) обязана обеспечить достоверность результатов исследований (испытаний) и измерений.

Итак, *обязательная сертификация* — форма подтверждения соответствия объекта требованиям технических регламентов, проводимая третьей стороной — органом по сертификации на основании договора с заявителем. Схемы сертификации, применяемые для сертификации определенных видов продукции, устанавливаются соответствующим техническим регламентом (п. 1 ст. 25 Закона о техническом регулировании).

В переходный период обязательная сертификация проводится по тем объектам, которые внесены в Перечень товаров, подлежащих обязательной сертификации². При этом переходный период для конкретного вида продукции заканчивается датой вступления в силу технического регламента (или завершением семилетнего переходного периода).

¹ См., например: постановление Правительства РФ от 29 марта 2005 г. № 165 «Об утверждении Правил аккредитации органов по сертификации, испытательных лабораторий (центров), проводящих сертификационные испытания средств связи» // СЗ РФ. 2005. № 14. Ст. 1246.

² См.: постановление Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1013 «Об утверждении перечня товаров, подлежащих обязательной сертификации, и перечня работ и услуг, подлежащих обязательной сертификации (в ред. от 17 декабря 2005 г. № 775) // СЗ РФ. 1997. № 33. Ст. 3899.

Далее соответствие продукции требованиям технических регламентов подтверждается *сертификатом соответствия*, выдаваемым заявителю органом по сертификации. Закон о техническом регулировании (ст. 25) предусматривает требования к форме и содержанию сертификата. В частности, форма сертификата соответствия утверждается федеральным органом исполнительной власти по техническому регулированию.

Добровольная сертификация осуществляется по инициативе заявителя на условиях договора между заявителем и органом по сертификации. Орган по сертификации (п. 1 ст. 21 Закона о техническом регулировании):

осуществляет подтверждение соответствия объектов добровольной сертификации;

выдает сертификаты соответствия на объекты, прошедшие добровольную сертификацию;

предоставляет заявителям право на применение знака соответствия, если применение знака предусмотрено соответствующей системой добровольной сертификации;

приостанавливает или прекращает действие выданных им сертификатов соответствия.

Как отмечалось выше, *декларирование соответствия* есть форма обязательного подтверждения соответствия. Закон о техническом регулировании (ст. 24) предусматривает принятие декларации о соответствии на основании: а) собственных доказательств; б) собственных доказательств, доказательств, полученных с участием органа по сертификации и (или) аккредитованной испытательной лаборатории (центра).

В Законе не определено, в каких случаях должны применяться обязательная сертификация, а в каких — декларирование.

Схема декларирования, а также круг заявителей устанавливаются соответствующим техническим регламентом (п. 1 ст. 24 Закона). Заявителями могут быть юридические лица и (или) индивидуальные предприниматели, являющиеся изготовителями, продавцами, а также лица, выполняющие функции иностранного изготовителя.

В переходный период Закон о техническом регулировании не применяется до принятия соответствующих технических регламентов. Так, продукцию как объект декларирования в настоящее время определяет постановление Правительства РФ от 7 июля 1997 г. № 766 «Об утверждении перечня продукции, подлежащей декларированию соответствия, принятия декларации о соответствии и ее регистрации» (в ред. от 17 декабря 2005 г. № 775)¹. Кроме того, отнесение к заявителям продавцов противоречит смыслу ст. 23 Закона, согласно которой обязательного подтверждения соответствия требует только *продукция, выпускаемая в обращения на*

¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3746.

территории Российской Федерации¹. Поэтому продавцов из списка заявителей следует исключить.

В результате проведения работ по добровольной и обязательной сертификации орган по сертификации выдает *сертификат соответствия*, который удостоверяет соответствие объекта требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров. По итогам декларирования соответствия выдается *декларация соответствия* — документ, удостоверяющий соответствие выпускаемой в обращение продукции требованиям технических регламентов. Форма декларации о соответствии утверждается федеральным органом исполнительной власти по техническому регулированию. Она (декларация) оформляется на русском языке и должна содержать сведения, предусмотренные п. 5 ст. 24 Закона о техническом регулировании и техническими регламентами. Оформленная заявителем в соответствии с п. 5 ст. 24 Закона декларация о соответствии подлежит регистрации в едином реестре деклараций о соответствии в течение трех дней (п. 6 ст. 24).

Декларация о соответствии и сертификат соответствия имеют равную юридическую силу независимо от схем обязательного подтверждения соответствия и действуют на всей территории Российской Федерации.

V. Государственный контроль (надзор) за соблюдением требований технических регламентов. В соответствии со ст. 2 Закона о техническом регулировании *контроль (надзор) за соблюдением требований технических регламентов* — проверка выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем требований технических регламентов к продукции, процессам и принятие мер по результатам проверки. Указанный контроль (надзор) осуществляется федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Федерации, подведомственными им государственными учреждениями, уполномоченными на проведение государственного контроля (надзора).

Государственный контроль (надзор) за соблюдением требований технических регламентов осуществляется должностными лицами органов государственного контроля (надзора) в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. В настоящее время такой контроль (надзор) проводится работниками Федеральной службы по ветеринарному и фитосанитарному надзору, Федеральной службы по техническому регулированию и метрологии, Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека и др. При этом все перечисленные органы государственного контроля (надзора) осу-

¹ См.: Гусева Т. А., Чапкевич Л. Е. Комментарий к Федеральному закону о техническом регулировании (постатейный). С. 97.

ществляют мероприятия по собственному плану, без согласования проверок между собой.

Объектами государственного контроля (надзора) за соблюдением требований технических регламентов являются продукция и процессы, связанные с ее жизненным циклом. В отношении продукции государственный контроль (надзор) осуществляется исключительно на *стадии обращения продукции* (п. 2 ст. 33 Закона о техническом регулировании). Таким образом, производство как стадия жизненного цикла выведено из сферы государственного контроля (надзора). Кроме того, работы и услуги также исключены из области государственного контроля (надзора).

При осуществлении мероприятий по государственному контролю (надзору) за соблюдением требований технических регламентов используются правила и методы исследований (испытаний) и измерений, установленные для соответствующих технических регламентов в порядке, предусмотренном п. 11 ст. 7 настоящего Закона. Однако до принятия технических регламентов данный пункт Закона не применяется.

Статья 34 Закона содержит *перечень полномочий* органов государственного контроля (надзора). В частности, органы государственного контроля (надзора) вправе:

требовать от изготовителя (продавца, лица, выполняющего функции иностранного изготовителя) предъявления декларации о соответствии или сертификата соответствия, подтверждающих соответствие продукции требованиям технических регламентов, или их копий, если применение таких документов предусмотрено техническим регламентом;

осуществлять мероприятия по государственному контролю (надзору) за соблюдением требований технических регламентов в порядке, установленном действующим законодательством;

выдавать предписания об устранении нарушений требований технических регламентов в установленный срок;

приостановить или прекратить действие декларации о соответствии или сертификата соответствия;

привлекать изготовителя (исполнителя, продавца, лицо, выполняющее функции иностранного изготовителя) к ответственности, предусмотренной законодательством;

принимать иные предусмотренные законодательством меры в целях недопущения причинения вреда.

К числу *основных обязанностей* органов государственного контроля (надзора) относятся:

проводить в ходе мероприятий по государственному контролю (надзору) разъяснительную работу по применению законодательства о техническом регулировании, информировать о существующих технических регламентах;

соблюдать коммерческую тайну и иную охраняемую законом тайну;

соблюдать порядок осуществления мероприятий по государственному контролю (надзору) и оформления результатов таких мероприятий;

принимать на основании результатов мероприятий по государственному контролю (надзору) меры по устранению последствий нарушений требований технических регламентов;

направлять информацию о несоответствии продукции требованиям технических регламентов в соответствии с положениями главы 7 Закона;

осуществлять другие предусмотренные законодательством полномочия.

§ 3. Государственное регулирование ценообразования

1. Понятие, структура и виды цен. Являясь принципиально значимой категорией товарно-денежных отношений, цена представлена в качестве объекта исследований в социально-политических, экономических и маркетинговых теориях. Действительно, важность цены как элемента жизнедеятельности человека в частности и общества в целом трудно переоценить. Участвуя в товарно-денежных отношениях, цена позволяет определить значимость тех или иных благ. С ее помощью подвергаются оценке качественные и количественные характеристики овеществленного труда. Однако до сих пор цена не нашла однообразного понимания среди экономистов и является предметом оживленной дискуссии¹.

Наличие различных подходов в экономической науке в целом, а в понимании сущности цены в частности объясняется многими причинами. Здесь имеют значение такие факторы, как глубина исследований экономических явлений, различия в методологии, оценке и другие субъективные обстоятельства. Кроме этого нельзя забывать и об объективных условиях. По мере развития экономических отношений вскрываются новые противоречивые составляющие, требующие дополнительного научного анализа. Например, сильные инфляционные процессы XX в., имевшие место в западных странах, послужили толчком к появлению монетаристской школы, представители которой утверждают, что уровень цен определяется количеством денег, находящихся в обращении, а покупательная способность денег обуславливается уровнем цен².

¹ Обзор литературы по этому вопросу см.: Белых В. С., Виниченко С. И. Правовое регулирование цен и ценообразование в Российской Федерации: Учебно-практическое пособие. С. 5–9 и яр.

² См.: Бартинев С. А. Экономические теории и школы (история и современность): Курс лекций. М., 1996. С. 193.

Цена — действительно *сложная категория*. Она присутствует практически во всех сферах жизнедеятельности человека. Рассуждая подобным образом, было бы неверно, на наш взгляд, сводить сущность цены к какому-либо одному знаменателю, игнорируя другие аспекты, оказывающие непосредственное влияние на формирование и динамику цен. Многообразие формулировок определения этой категории предопределено множеством школ и научных теорий¹. Однако неоднозначность экономического понимания феномена цены не способствует формированию концепции ценовой политики государства, субъектов Федерации и муниципальных образований, а также коммерческих организаций. В конечном итоге это отрицательно сказывается на разработке единого подхода в правовом регулировании цен и ценообразовании.

Как всякий элемент социальных отношений, цены выполняют определенные функции. В экономической литературе выделяют следующие *основные функции* цен: учетная или измерительная, распределительная (перераспределительная), стимулирующая, балансирующая спрос и предложение, размещения производства². Не раскрывая содержания названных функций, отметим, что за некоторыми экономическими «обязанностями» цены можно обнаружить и юридические вопросы. Так, учетная функция цены в своем проявлении на уровне отдельно взятых субъектов хозяйствования приобретает принципиальное значение в правовом регулировании бухгалтерского учета и взимания налогов.

Вместе с тем федеральное законодательство не содержит единого (универсального) понятия цены. На наш взгляд, такое положение должно восприниматься в качестве серьезного недостатка отечественного нормотворчества. Цена, являясь важным экономическим средством, широко используется в различных сферах правового регулирования.

Большинство ученых-юристов по-разному трактуют цену, не прибегая при этом к какому-либо комментарию. Например, В. А. Мусин определяет цену товара как количество денежных единиц определенной валютной системы, которое покупатель должен заплатить продавцу за весь товар (или его единицу), доставленный продавцом на базисных условиях в указанный контракт географический пункт³. Названный автор отождествляет цену с деньгами, подчеркивая необходимость платежа при пере-

¹ См.: Слепов В. А., Николаева Т. Е. Ценообразование: Учебное пособие/Под ред. В. А. Слепова. М., 2000. С. 8.

² См.: Слепов В. А., Николаева Т. Е. Указ. соч. С. 10–11; Яковлев Н. Я. Цены и ценообразование: Учебное пособие. М., 2001. С. 9–11. Ряд ученых-экономистов называет и такие функции цен, как обменную, потребления, накопления, критерия рационального размещения производства и др.

³ См.: Мусин В. А. Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 21.

даче товара на определенных условиях. Возможно, такой взгляд корреспондируется с мнением о том, что без денег нет цены, а без цены деньги не имеют экономического смысла¹.

Данный подход к определению цены не совсем верней. Непонятно, например, как оценивать договоры, в рамках которых денежные платежи отсутствуют (договор мены).

В. С. Мартемьянов, напротив, жестко не привязывает цену к категории денег. Он полагает, что цена выражает согласованный покупателем и продавцом денежный или иной имущественный эквивалент, который покупатель согласен уплатить за переданный ему товар (работу, услугу)². Таким образом, цена конкретизирует (уточняет) встречное предоставление, действующее в области возмездных договоров. Правда, цена может иногда присутствовать и в безвозмездных договорах.

При определенных обстоятельствах цену можно отождествлять с эквивалентностью. Однако *эквивалентность* — это характеристика некоторого соотношения обмениваемых благ (эквивалентность следует относить к показателям состояния экономических отношений — эквивалентны или нет). Цена — *средство установления данного соотношения* (обмениваемых благ) в рамках конкретных актов обмена, происходящих между участниками гражданского оборота. Механизм действия цены заключается в указании на признаки, идентифицирующие предмет и его количество. Например, цена одной книги равна 10 руб. Цена, с одной стороны, называет предметы обмена (книга и рубль), с другой — определяет количество каждого из них: книга — одна, рублей — десять.

Необходимо отметить, что цена формирует эквивалентное соотношение обмениваемых благ при прочих равных условиях только в сбалансированных экономических связях. Данное правило не срабатывает в присутствии субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном рынке. Здесь свободная цена однозначно «стремится» установить соответствующие пропорции в интересах экономически более сильной стороны. Во избежание социального кризиса государство должно установить баланс интересов потребителей и монополизированных производителей. Одним из способов уравнивания этих взаимонаправленных интересов (установление эквивалентного обмена) является государственное регулирование цен. Следовательно, цена и эквивалентность — не совпадающие полностью, а пересекающиеся понятия.

¹ См.: Уткин Э. А. Цены. Ценообразование. Ценовая политика. М., 1997. С. 149.

² См.: Мартемьянов В. С. Хозяйственное право: В 2 т. Т. 2. М.: Бек, 1994. С. 246.

На наш взгляд, цена — *средство определения объема встречного предоставления*. Такая интерпретация цены в сжатом виде, безусловно, нуждается в пояснении. «Предоставление» присутствует в любом гражданско-правовом договоре, тогда как «встречное предоставление» — только в возмездных. Прилагательное «встречный» трактуется как, во-первых, направляющийся или направляемый навстречу кому-чему-нибудь, во-вторых, представляющий собой ответное действие на что-либо¹. Как видно, категория «встречное предоставление» является более сложной (чем «предоставление») и указывает на наличие не менее двух взаимосвязанных предоставлений. Другими словами, *встречное предоставление* — это взаимное правомерное действие лица, обусловленное предшествующим или будущим соответствующим действием контрагента в конкретных обязательственных отношениях, выражающееся в передаче товаров, уплате денег, выполнении работ и т. п.

С учетом сказанного сформулируем развернутое (доктринальное) определение цены. *Цена* — это объективное экономическое явление, определяющее соотношение обмениваемых благ (объем встречного предоставления) и их (блага) характеризующее. Цена выражается в уплате контрагенту известного количества валюты либо в ином встречном предоставлении за переданный товар (выполненную работу, оказанную услугу) посредством согласования сторонами ее (цены) в договоре, исходя из нормативных требований действующего законодательства.

Структура цены — это совокупность ее элементов. В экономической литературе разные авторы неоднозначно определяют элементы цены. Распространена точка зрения, согласно которой элементами цены являются базисная (исходная) цена, наценки (надбавки) и скидки.

Базисная составляющая (или базисная, исходная цена) представляет собой цену товара стандартного (среднего) качества, на основе которой определяется цена товара более высокого или более низкого качества².

Наценка (надбавка) — это цена, добавленная к цене предшествующего производителя, в которой учитывается прибыль, а также сумма, возмещающая расходы, связанные с производством, реализацией и обслуживанием продукции (товаров). Наценки (надбавки) используются, например, при формировании цен лицами, осуществляющими посредническую деятельность, и организациями розничной торговли. В некоторых случаях первоначальный производитель (при формировании свободных цен) использует

¹ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. 2-е изд. М., 1994. С. 102.

² См.: Уткин Э. А. Цены. Ценообразование. Ценовая политика. С. 210.

систему наценок (надбавок) в виде дополнительной платы за изготовление товаров с особыми свойствами посредством сложения суммы надбавки (наценки) и базовой составляющей цены.

Скидка — сумма, на которую уменьшен размер (уровень) базисной цены. При свободном ценообразовании широко используют скидки за платеж наличными, за количество закупаемого товара, функциональные скидки, сезонные скидки, скидки-зачеты и др.¹ Нормативное же закрепление скидок обычно связано со льготами для отдельных потребителей.

На наш взгляд, все элементы цены нужно подразделять на две большие группы: затратную и прибыльную. Вот что по этому поводу пишет А. В. Бусыгин: «Предприниматель сам формирует цену товара путем сложения издержек производства, фактически понесенных им, и минимально допустимой (с его точки зрения) прибыли...»² Однако в данном случае можно говорить лишь о минимально допустимой цене.

Первая (затратная) включает в себя все издержки продавца, которые он понес в результате производства (приобретения) продукции. Сюда относятся, например, и стоимость материалов, и амортизация оборудования, и налоги, сборы, платежи, другие обязательные отчисления, производимые в соответствии с установленным законодательством порядком. Затратная часть цены регулируется гл. 25 НК. Расходами признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты (а в случаях, предусмотренных ст. 265 настоящего Кодекса, убытки), осуществленные (понесенные) налогоплательщиком.

Как правило, цена содержит в своем составе и *прибыль от реализации товара (оказания услуги)*. Но возможны ситуации, когда из-за резкого падения спроса размер свободной цены будет равен себестоимости либо и того ниже, что исключает присутствие в ней (цене) прибыли как таковой, а в последнем случае вообще свидетельствует о наличии убытков.

Виды цен. Цены могут быть классифицированы по разным критериям. Рассмотрим те виды цен, которые заметно влияют на характер общественных отношений и режим правового регулирования. Прежде всего отметим, что в зависимости от государственного воздействия цены подразделяются на три вида: свободные (рыночные), регулируемые и устанавливаемые (фиксированные) государством (ст. 424 ГК).

Свободные цены складываются посредством соглашения лиц, вступающих в договорные отношения. Эти цены определяются исключительно волей контрагентов, основанной на конъюнктуре

рынка (и не только). Например, в соответствии с Законом РФ от 20 февраля 1992 г. № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» биржевая торговля производится в порядке гласных публичных торгов при гарантированном свободном ценообразовании¹. Отсюда следует, что иной порядок ценообразования при заключении сделок на товарной бирже не используется.

Другой пример: в соответствии с п. 4 ст. 40 НК *рыночной ценой* товара (работы, услуги) признается цена, сложившаяся при взаимодействии спроса и предложения на рынке идентичных (а при их отсутствии — однородных) товаров (работ, услуг) в сопоставимых экономических (коммерческих) условиях. Рыночная цена определяется с учетом положений, предусмотренных п. 4—11 настоящей статьи. При этом учитываются обычные при заключении сделок между независимыми лицами надбавки к цене или скидки. В рассматриваемом случае речь идет о так называемом трансфертном ценообразовании и ценах.

Начнем с того, что в действующем законодательстве понятия «трансфертное ценообразование», «трансфертные цены» не употребляются. Однако в литературе существует целая палитра взглядов на то, что есть трансфертное ценообразование в контексте положений ст. 20 и 40 НК (хотя Кодекс не использует термин «трансфертное ценообразование»).

В первом (широком) значении под трансфертным ценообразованием понимается деятельность по установлению и применению любых «необычайных», «подозрительных» цен, подлежащих налоговому контролю, в отношении которых есть основания полагать, что их величина определена сторонами сделки не рыночным путем, *не для достижения коммерческой цели*, а исключительно *для снижения налоговой нагрузки*. Данный подход реализован законодателем в ст. 40 НК. Трансфертные цены в узком (специальном) значении — это цены, используемые внутри групп компаний, между взаимозависимыми лицами. Здесь трансфертные цены являются объективным результатом усложнения системы хозяйственных связей, а не продуктом налогового планирования. С учетом того, что группы компаний могут использовать такие цены в целях налоговой экономии, для целей налогообложения контролируется соответствие применяемых цен рыночному уровню. Такой подход лежит в основе руководства Организации экономического сотрудничества и развития по трансфертному ценообразованию 1995 г.

Налоговые органы при осуществлении контроля за полнотой исчисления налогов вправе проверять правильность применения

¹ См.: Котлер Ф. Основы маркетинга. СПб., 1994. С. 346—347.

² Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник для вузов. С. 226.

¹ Первоначально текст документа опубликован: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1992. № 18. Ст. 961. Далее — Закон о товарных биржах.

цен по сделкам лишь в следующих случаях: между взаимозависимыми лицами; по товарообменным (бартерным) операциям; при совершении внешнеторговых сделок; при отклонении более чем на 20% в сторону повышения или в сторону понижения от уровня цен, применяемых налогоплательщиком по идентичным (однородным) товарам (работам, услугам) в пределах непродолжительного периода времени (п. 2 ст. 40 НК). Иначе говоря, российское законодательство рассматривает трансфертное ценообразование в качестве одного из средств уклонения от налогообложения, т. е. трансфертное ценообразование есть налоговое правонарушение. На наш взгляд, такой подход является односторонним и не учитывает случаи, когда трансфертное ценообразование законно.

Поэтому в случае обнаружения факта отклонения такой цены от рыночной более чем на 20% для хозяйствующего субъекта наступают правовые последствия: налоговые органы могут доначислить налоги исходя из рыночной цены товара (работы, услуги). Корректировка трансфертной (читай: свободной) цены в целях налогообложения производится по правилам п. 3 ст. 40 НК. Это классический пример соотношения частных интересов индивидуальных лиц (юридических и физических) и публичных интересов государства. В данном случае законодатель предпочел публичный интерес, с тем чтобы в конечном итоге (через налоги) защитить частные интересы гражданина и общества в целом.

Регулируемые цены формируются также в результате согласия, достигнутого между сторонами договора. Однако последние не могут установить цену выше или ниже границы, обозначенной соответствующим компетентным государственным органом¹. Указанный вид цен широко применяется в таких сферах экономики, как топливно-энергетический комплекс, магистральный транспорт, связь, производство продукции и оказание услуг повышенного социального значения и др.

Думается, что под категорию регулируемых попадают и такие цены, размер которых (в целом) хотя и не несет бремя государственного регулирования, но отдельные элементы их (цен) структуры (например, набадки) должны вписываться в конкретные правовые рамки.

Устанавливаемые (фиксированные) государством цены — крайний вариант прямого ценового регулирования, когда продавец (исполнитель) не имеет права отклониться от них в какую-либо

¹ См.: приказ ФСТ от 6 августа 2004 г. № 20-э/2 «Об утверждении методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую (тепловую) энергию на розничном (потребительском) рынке» // Российская газета. 2004. № 242, 265.

сторону¹. Они (цены) устанавливаются государством в твердой сумме.

В зависимости, главным образом, от сферы обслуживания национальной экономики все цены (свободные, регулируемые, устанавливаемые) делятся: на оптовые, розничные, цены на продукцию строительства, тарифы, цены внешнеторговые.

Оптовые (отпускные) цены применяются во взаимоотношениях между предприятиями-изготовителями, другими поставщиками или исполнителями, с одной стороны, и покупателями, заказчиками — с другой. Оптовые (отпускные) цены обычно используются в договорах, сторонами которых являются лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. Однако сегодня на этот счет нет четких правовых предписаний, в ряде методических рекомендаций (указаний) можно обнаружить положения о субъектах-потребителях.

Различают *оптовые цены промышленности* и *оптовые цены предприятия*. Первые состоят из себестоимости и прибыли, вторые включают оптовую цену предприятия и снабженческо-сбытовую наценку.

Разновидностью оптовых цен являются цены *закупочные*. Они устанавливаются на сельскохозяйственную продукцию, приобретаемую у сельских производителей. Закупочные цены, равно как и оптовые, состоят из себестоимости и прибыли.

Розничные цены на товары формируются исходя из оптовой (отпускной) цены и торговой надбавки (наценки). Они применяются розничными торговыми или другими организациями, осуществляющими продажу товаров населению. Под категорию «другие организации» подпадают и газосбытовые организации, которые являются перепродавцами, реализующими газ населению, жилищно-строительным кооперативам и другим потребителям. Розничные цены обеспечивают необходимые условия для прибыльной деятельности субъектов розничной торговли.

Классификация цен на оптовые и розничные имеет правовое значение. Во второй части Гражданского кодекса выделяется в качестве самостоятельного вида договор розничной купли-продажи. В силу ст. 492 ГК РФ по договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательством. Договор розничной купли-продажи является публичным договором. В пределах действия договора применяется розничная цена.

В сфере поставочных отношений используется оптовая цена. В соответствии со ст. 506 ГК поставщик (продавец), осуществ-

¹ См.: Слепов В. А., Николаева Т. Е. Ценообразование: Учебное пособие / Под ред. В. А. Слепова. С. 18.

ляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования, как правило, в предпринимательской деятельности.

Применительно к строительной продукции говорят о сметных ценах. В силу ст. 709 ГК в договоре подряда указываются цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения. Она (цена) включает компенсацию издержек подрядчика и причитающееся ему вознаграждение. Цена работы может быть определена путем составления сметы.

Когда работа выполняется в соответствии со сметой, составленной подрядчиком, смета приобретает силу и становится частью договора подряда с момента подтверждения ее заказчиком. Гражданский кодекс (п. 4 ст. 709) различает приблизительную и твердую цену работы (смету). При отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой. В частности, подрядчик не вправе требовать увеличения твердой цены, а заказчик ее уменьшения, даже если в момент заключения договора подряда исключалась возможность предусмотреть полный объем подлежащих выполнению работ или необходимых для этого расходов.

Тарифы — цены на товары особого свойства, именуемые «услуги». Сфера услуг есть отношения, в рамках которых предприятию или гражданину оказывается услуга; причем услуга как экономическая категория¹. В этом качестве услуга не является вещью, равно как купля-продажа остается продажей товара независимо от наличия в товарном процессе (товарообороте) «элементов» обслуживания покупателя.

С учетом сферы обслуживания различают тарифы оптовые (тарифы грузового транспорта, связи, энергии и др.) и розничные (тарифы на услуги населения). Так, государственное регулирование тарифов на электрическую и тепловую энергию осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 14 апреля 1995 г. № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» (в ред. от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ)². Причем тарифы на электрическую и тепловую энергию (мощность) устанавливаются как на оптовом, так и на розничном (потребительском) рынке.

И, наконец, *цены внешнеэкономических* применяются при осуществлении экспортно-импортных операций. В силу п. 10 Указа Президента РФ от 17 сентября 1992 г. № 1089 «О государственном регулировании цен на отдельные виды энергоресурсов» (в ред. от

23 июля 2001 г. № 902)³ поставка в страны СНГ угля, нефти, природного газа и продуктов нефтепереработки осуществляется по внешнеторговым ценам на условиях, предусмотренных двусторонними (многосторонними) межправительственными соглашениями, но не ниже цен промышленности, действующих на территории Российской Федерации.

Используя такой критерий, как территориальная принадлежность рынка товаров (услуг), цены можно подразделить на местные, региональные, внутригосударственные (национальные) и мировые. Формирование и установление свободных местных, региональных, внутригосударственных и мировых цен подчинено соответственно локальному, региональному, общегосударственному и мировому спросу и предложению.

Размер (уровень) регулируемых (устанавливаемых) местных цен определяется органами местного самоуправления. Так, в силу ст. 31 Федерального закона от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (в ред. от 21 июля 2005 г. № 97-ФЗ)⁴ органы местного самоуправления осуществляют регулирование цен и тарифов на продукцию предприятий, учреждений и организаций, находящихся в их собственности. В свою очередь, региональные цены подвержены воздействию со стороны компетентных органов власти конкретных субъектов Федерации и включают регулируемые цены местных (региональных) рынков. Это достаточно сложный вопрос; он касается проблемы разграничения нормотворческой компетенции Российской Федерации и ее субъектов.

Внутригосударственным регулируемым (устанавливаемым) ценам свойственна «пестрая палитра»; они состоят из цен, регулируемых (устанавливаемых) на местных и региональных рынках, с одной стороны, и цен, подчиненных исключительно федеральному законодательству, — с другой. Постановление Правительства РФ от 7 марта 1995 г. № 239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» (в ред. от 12 июля 2005 г. № 424) содержит перечень продукции производственно-технического назначения, товаров народного потребления и услуг, на которые государственное регулирование цен (тарифов) на внутреннем рынке осуществляют Правительство РФ и федеральные органы исполнительной власти⁵. Правда, в последнем перечне названы услуги транспортных, снабженческо-сбытовых и торговых организаций, по которым органам исполнительной

¹ См.: Шешенин Е. Д. Классификация гражданско-правовых обязательств по оказанию услуг // Гражданское право и сфера обслуживания. Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1984. С. 42.

² СЗ РФ. 1995. № 16. Ст. 1316. Далее — Закон о тарифах.

³ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 12. № 929.

⁴ СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506. Далее — Закон о местном самоуправлении.

⁵ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 11. Ст. 997.

власти субъектов Федерации предоставлено право вводить государственное регулирование цен и надбавок.

Что касается мировых регулируемых (устанавливаемых) цен, то пока нет объективных предпосылок говорить о сложившейся интеграции в рассматриваемой сфере. Законодательство мирового сообщества еще не достигло уровня императивного регулирования частных экономических отношений. Однако сейчас можно наблюдать примеры межгосударственного регулирования цен. Например, в силу п. 2 ст. 1 Соглашения от 6 января 1995 г. «О таможенном союзе», заключенного между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь, договаривающиеся Стороны планируют отменить в торговле друг с другом товарами, происходящими с их территории, таможенные пошлины, налоги и сборы, имеющие эквивалентное действие, а также количественные ограничения. Кроме этого, Стороны будут устанавливать и применять в отношениях с третьими странами одинаковый торговый режим, общие таможенные тарифы и меры нетарифного регулирования внешней торговли¹.

Размер (уровень) большинства оптовых цен (и на внутригосударственном, и на мировом рынках) зависит от базисных условий поставки. Суть этих условий заключается в распределении между поставщиком и покупателем расходов по транспортировке, страхованию товара и определению момента перехода рисков и пр. с учетом места (географического пункта), названного в договоре. Так, если иное не предусмотрено соглашением между его участниками, свободные оптовые цены российского рынка определяются на условиях франко — вагон (судно), станция (порт, пристань) отправления или франко — транспортные средства на складе предприятия-поставщика. Использование метода франко (от итал. *franco* — свободный) позволяет точно определить расходы (издержки) каждого контрагента по соответствующему договору.

Участники внешнеторговых сделок чаще всего используют условия поставки, содержащиеся в Инкотермс, — «международные правила толкования внешнеторговых терминов и определений»². Диспозитивность Правил позволяет сторонам внешнеэкономического контракта самостоятельно определять объем обязательств по оплате товаров (продукции) и других сопутствующих расходов, связанных с транспортировкой, страхованием, уплатой таможенных платежей и т. п. Однако во избежание ошибок в толковании положений договора и соответственно различного рода недоразумений рекомендуется применять именно Инкотермс. Например, цена на условиях СИФ (стоимость, страхование и фрахт) четко

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 1995. № 10.

² Инкотермс 2000. Международные правила толкования внешнеторговых терминов и определений / Пер. с англ. Международная торговая палата // ИПС «КонсультантПлюс».

обозначает, что все расходы по перевозке грузов, оплате таможенных сборов, страхованию принимает на себя продавец до момента пересечения борта корабля в порту покупателя. Цена FOB (франко на борту) передвигает границу таких расходов до момента доставки товаров на борт корабля. Условие FAS (франко у борта судна) освобождает продавца от дополнительных расходов, необходимых после того, как груз доставлен до причала, указанного порта отгрузки.

С учетом сказанного необходимо проводить различие между ценой товара и ценой договора. *Цена товара (продукции, услуги)* — сумма возмещения, уплачиваемая продавцу (исполнителю) и компенсирующая издержки производства последнего. Тогда как цена договора включает и цену товара (услуги), и затраты, связанные с передачей (оборотом, обращением) товара, — транспортные, страховые, налоговые и другие необходимые суммы. Указанное различие не получило четкого закрепления в Гражданском кодексе. В ст. 485 ГК, озаглавленной «Цена товара», по существу, идет речь о цене договора. В силу названной статьи покупатель обязан оплатить товар по цене, предусмотренной договором купли-продажи. Если она (цена) договором не предусмотрена и не может быть определена исходя из его условий, оплата осуществляется по цене, определяемой в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК.

В современной мировой практике часто используется такая оценочная категория, как «разумная цена». Несмотря на то что Гражданский кодекс прямо не формулирует названное понятие, из смысла п. 3 ст. 424 можно сделать вывод о его подразумеваемом присутствии. Разумная цена — неодиночное явление. Отечественному гражданскому праву известны «разумные сроки», «обычное качество» и другие аналогичные категории.

На наш взгляд, появление разумных цен вызвано следующим обстоятельством. Кодекс допускает возможность заключения ряда договоров без согласования сторонами условий о цене, которая при этом является свободной. Во время исполнения такого обязательства обоснованно возникает вопрос об объеме встречного предоставления. Очень часто обнаруживается, что контрагенты имеют разные точки зрения по поводу цены договора и им не удается самостоятельно устранить возникшие разногласия. В итоге, известный спор передается на рассмотрение в суд. Использование последним категории разумной цены позволяет найти выход из сложившейся ситуации. Таким образом, разумная цена преследует цель оптимально соотносить, с одной стороны, желание продавца компенсировать свои издержки и получить максимальную прибыль, с другой — стремление покупателя заплатить наименьшую сумму.

В экономической литературе выделяют и прочие виды цен. Так, в зависимости от места нахождения рынка сбыта цены назы-

ваются биржевыми, аукционными, комиссионными, ценами рынка. По способу установления различают твердые, текущие и подвижные цены. Перечень видов цен по разным критериям можно продолжить. Однако в заключение отметим, что вопрос о классификации (равно о критериях) цен является спорным и требует особого внимания исследователей этой проблемы.

И. Ценообразование как вид экономико-правовой деятельности.

Ценообразование — это, в сжатом виде, процесс формирования цены на товары и услуги¹. Причем указанный процесс исследуется в основном с точки зрения методологии, методики и модели ценообразования.

Процесс (от лат. *processus* — продвижение) — совокупность последовательных действий для достижения какого-либо результата². В зависимости от форм движения материи различают процессы физические, химические, биологические, социальные. Будучи экономической категорией, ценообразование есть объективное экономическое явление, иначе говоря, совокупность общественных отношений, связанных с установлением и применением цен (тарифов) на товары или услуги.

Правовой аспект ценообразования проявляется в следующем. Право регулирует систему отношений, складывающихся в процессе формирования цен. Причем правовое регулирование ценообразования имеет место в отношении и свободных, и установленных (регулируемых) государством цен. В данной области применяется совокупность правовых актов, именуемых «законодательство о ценах и ценообразовании».

Второе направление заключается в непосредственном, обычно императивном, установлении размеров (уровней) цен в виде правовых предписаний³. Так, п. 1 ст. 424 ГК гласит: исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон, а в предусмотренных законом случаях применяются цены, устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами.

С этой точки зрения ценообразование есть юридический процесс, в рамках которого можно условно выделить *две стадии*: правотворческую и правоприменительную. На первой стадии про-

¹ В экономической литературе большинство исследователей определяют ценообразование как процесс формирования цены (см.: Цены и ценообразование: Учебник для вузов/Под ред. И. К. Салимжанова. М., 2001. С. 6; *Маренков Н. Л.* Цены и ценообразование в рыночной экономике России: Курс лекций. М., 2000. С. 4; *Уткин Э. А.* Указ. соч. С. 3).

² См.: Большой энциклопедический словарь: В 2 т. / Под ред. А. М. Прохорова. М., 1991. С. 1076.

³ См.: *Запольский С. В.* Государственная дисциплина цен в промышленности (административно-правовые вопросы). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 7.

исходят разработка и принятие правовых актов о ценах и ценообразовании, на второй — их применение (реализация). В условиях рыночной экономики договорная форма ценообразования наиболее адекватно отвечает современным экономическим условиям развития общества и государства.

Структурно система ценообразования состоит из *двух элементов*: объекта и субъектов ценообразования. *Объектами ценообразования* являются продукция производственно-технического назначения, товары народного потребления, результаты выполненных работ, услуги. К субъектам ценообразования относятся органы государственной власти и управления, предприятия и организации независимо от форм собственности, а также граждане (физические лица). В процессе ее (системы) функционирования происходит взаимодействие между указанными элементами.

В юридической литературе справедливо обращалось внимание на необходимость разграничения ценообразования как обусловленного товарной формой производства экономического института и управления ценообразованием. В последнем случае оно (управление) заключается во властном воздействии государства в лице его компетентных органов на волеизъявление участников экономического процесса по поводу определения им цен на реализуемую продукцию и оказываемые услуги¹. Однако вряд ли можно сводить управление ценообразованием лишь к государственному управлению. Существуют различные виды управления: муниципальное, общественное, частное и др. Например, на уровне коммерческой организации также осуществляется управление процессом ценообразования — органическая составная часть системы управления организации (предприятия) в целом. Оно (управление ценообразованием) обеспечивается всей системой управления предприятием.

С позиции теории управления ценообразование можно рассматривать в качестве системы управления, состоящей из двух элементов: управляющей и управляемой подсистем. Под *управляющей подсистемой (объектом управления)* понимается уровень цен и цена на продукцию и услуги. Субъектами управления являются органы государственной власти и местного самоуправления, а также предприятия (организации), обеспечивающие разработку и реализацию управленческих решений и воздействия на объект управления на основе информации о его состоянии. Отсюда в определении понятия ценообразования должны быть отражены обе названные стороны системы управления в сочетании.

Ценообразование представляет собой регламентированную правовыми актами деятельность, в рамках которой осуществляется целенаправленное воздействие управляющих органов на общест-

¹ См.: *Запольский С. В.* Указ. соч. С. 5.

венные отношения между людьми при формировании и применении цены.

Как вид упорядочивающей деятельности ценообразование проявляется через функции. Главная функция любого управления — выработка и принятие решений. Важнейшими функциями управления являются также контроль, учет и анализ, которые предшествуют функции принятия решения. Что касается специальных функций ценообразования, то они, как уже отмечалось, проявляются через категорию цены. К функциям ценообразования относятся: учетная или измерительная, распределительная (перераспределительная), стимулирующая, балансирующая спрос и предложение, размещения производства и др.

Сущность всякого управления заключается в выработке и осуществлении управляющих воздействий для достижения цели управления. Ученые по-разному классифицируют цели ценообразования. И. П. Денисова попыталась выявить наиболее общие позиции и выделила *три основные группы целей*: 1) цели, основанные на прибыли (максимизация прибыли, быстрое получение наличных денег, получение просто удовлетворительной прибыли, извлечение дохода от инвестиций); 2) цели, основанные на сбыте (завоевание доли рынка, увеличение объемов продаж); 3) цели, основанные на существующем положении (создание более благоприятного экономического климата)¹.

Наряду с целями ценообразования в теории цен и на практике называют *принципы и методы ценообразования*. Важнейшими принципами ценообразования являются: научность обоснования цен; целевая направленность цен; непрерывность процесса ценообразования; единство процесса ценообразования и контроля за соблюдением цен². Принципы (равно и методы) ценообразования нас интересуют в той мере, в какой они влияют на специфику правового регулирования экономических отношений. Например, в рамках реализации принципа единства процесса ценообразования и контроля за соблюдением цен осуществляется государственный контроль в сфере ценовой политики.

Такие правовые принципы предпринимательского права, как свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности, получение прибыли как цели предпринимательства, законность в предпринимательской деятельности, сочетание частных и публичных интересов в предпринимательском праве, государственное регулирование предпринимательской деятельности, могут быть использованы и в области правового регулирования ценооб-

¹ См.: Денисова И. П. Цены и ценообразование: Учебное пособие. М, 1997. С. 38.

² См.: Цены и ценообразование: Учебник для вузов / Под ред. И. К. Салимжанова. С. 27—28.

разования. Например, процесс формирования цен тесно связан с принципом сочетания частных и публичных интересов, особенно это касается регулируемых и устанавливаемых цен. Принцип свободы конкуренции и ограничения монополистической деятельности проявляется в установлении монопольно низкой и монопольно высокой цены. Правда, законодательство недостаточно четко регулирует рассматриваемые вопросы. Отсутствует методика определения монопольных цен, а также информация о ценообразовании. Кроме того, в настоящее время на естественные монополии есть рычаги воздействия, однако на хозяйствующие субъекты в других сферах, которые систематически завышают цены независимо от экономической ситуации, таких рычагов практически нет.

В специальном законе о ценах и ценообразовании следует закрепить основные начала (нормы-принципы) законодательства о ценах и ценообразовании. В качестве примера можно привести положения ст. 1 ГК и ст. 3 НК.

IV. Законодательство о ценах и ценообразовании и основные направления его совершенствования. В условиях развития рыночной экономики в России наблюдается процесс формирования предпринимательского законодательства, в том числе в области цен и ценообразования. Пока в этом направлении сделаны лишь первые шаги и обозначены примерные контуры будущего развития нормотворческого процесса.

Полагаем, что формирование законодательства о ценах и ценообразовании будет происходить прежде всего на федеральном уровне посредством принятия специальных законов в зависимости от специфики применения цен в различных отраслях хозяйствования. В рамках этих актов субъектам Федерации, возможно, будут предоставлены некоторые конкретные полномочия в отношении регулирования и контроля цен.

Как показывает анализ отечественного законодательства, процесс нормотворчества в области регулирования цен и ценообразования придерживается именно второго варианта своего развития.

Ранее отмечалось, что в области цен и ценообразования отсутствует общий (универсальный) закон. Вместе с тем по некоторым вопросам были приняты специальные законы, например Закон о тарифах, определяющий экономические, организационные и правовые основы государственного регулирования тарифов на электрическую и тепловую энергию в России. Он установил органы, осуществляющие государственное регулирование тарифов, их компетенцию, основные принципы государственного регулирования тарифов в данной сфере экономики.

В большинстве случаев применение государством регулируемых или установленных цен определяется законами, регулирующими отношения в определенной сфере народного хозяйства.

К числу таких нормативных актов можно отнести Федеральный закон о монополиях, Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» (в ред. от 4 декабря 2006 г. № 201-ФЗ)¹, Федеральный закон о местном самоуправлении и др.

Общие положения государственного регулирования деятельности субъектов естественных монополий в сферах: 1) транспортировки нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; 2) транспортировки газа; 3) оказания услуг по передаче электрической и тепловой энергии; 4) железнодорожной перевозки; 5) оказания услуг транспортными терминалами, портами, аэропортами, общедоступной электрической и почтовой связи закреплены Федеральным законом о монополиях.

Кроме материальных норм Закон о монополиях содержит и процессуальные, где оговаривается административный порядок принятия, исполнения и обжалования решений об осуществлении мер государственного регулирования. Руководители субъектов естественных монополий, органы исполнительной власти и местного самоуправления, потребители, общественные организации потребителей, их ассоциации и союзы, прокурор вправе обратиться в суд с заявлением о признании недействительным полностью или частично решений органов регулирования естественных монополий. Причем подача заявления в суд приостанавливает исполнение соответствующего решения (ст. 25 Закона).

Деятельность других организаций, занимающих доминирующее положение на рынке, подлежит регулированию посредством механизмов, предусмотренных Законом о защите конкуренции. Закон (ст. 1) определяет организационные и правовые основы:

защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности;

недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Федерации, местного самоуправления, иными органами, осуществляющими данные функции, органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Банком России.

Закон не предусматривает непосредственное государственное регулирование цен.

Соответствующий механизм опосредуется через нормы, направленные на пресечение актов злоупотребления доминирующим положением и выраженные в недобросовестной конкуренции. Регулирование производится по факту выявления монопольно высоких (низких) цен.

¹ СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170. Далее - УЖТ.

Законодательство о ценах представлено не только законами. До сих пор существует целый блок цен, регулируемых подзаконными нормативными правовыми актами (в том числе ведомственными). В их числе можно назвать Указ Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 221 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» (в ред. от 8 апреля 2005 г. № 410)², постановление Правительства РФ от 7 марта 1995 г. № 239 (в ред. от 12 июля 2005 г. № 424) и др.

По мере развития рыночных отношений в России будет постепенно формироваться и *антидемпинговое законодательство*. Сейчас оно представлено в виде консолидированного Федерального закона о защите конкуренции.

Рассмотренная схема развития законодательства о ценах препятствием принятию *общего систематизирующего закона*, закрепляющего пределы государственного вмешательства в процессы ценообразования. Такой закон позволил бы ликвидировать многие противоречия, а также придать логичность и некую завершенность всей системе государственного регулирования цен.

IV. Публично-правовой режим осуществления ценообразования. В рамках настоящего параграфа рассмотрим: понятие, основания и пределы государственного регулирования цен; органы ценообразования: понятие, виды и компетенция; административные санкции за нарушения государственной дисциплины цен.

Понятие, основания и пределы государственного регулирования цен. Государственное регулирование цен — одна из форм узаконенного вмешательства государства в свободные рыночные отношения. Государственно-правовое регулирование цен проводится посредством установления: фиксированных цен и тарифов; предельных цен и тарифов; предельных коэффициентов изменения цен; предельного уровня рентабельности. Надо особо указать на *административно-правовую природу* государственного регулирования цен и ценообразования в России.

В соответствии со ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся основы ценовой политики². Однако в силу ст. 72 Основного закона административное и административно-процессуальное законодательство — совместное ведение Российской Федерации и ее субъектов. На основании этих положений Конституции РФ органы государственной власти и местного

² СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 859. Далее - Указ № 221.

² Политика цен — это действия органов государственной власти, местного самоуправления и субъектов ценообразования, направленные на осуществление регулирования цен в народном хозяйстве, сфере услуг и контроля за их соблюдением (см.: Цены и ценообразование: Учебник для вузов / Под ред. И. К. Салимжанова. С. 238).

самоуправления обеспечивают реализацию ценовой политики и законодательства о ценах и ценообразовании.

Согласно ст. 424 ГК (п. 1.) применение цен (тарифов, расценок, ставок и т. п.), устанавливаемых или регулируемых уполномоченными на то государственными органами, возможно в случаях, предусмотренных законом. Формулировка ст. 424 указывает на особое значение федеральных законов, которые призваны играть роль ограничения публичного вмешательства в частноправовые отношения в сфере ценообразования. При этом на законодателя возлагается огромная ответственность по определению степени глубины (границы) такого вмешательства.

Итак, *государственное регулирование цен* — одна из форм государственного вмешательства в сферу ценообразования в виде правовых запретов и ограничений. Такое регулирование (установление) цен нельзя рассматривать в качестве одного из примеров произвольного вмешательства государства в частные дела. Согласно ст. 424 ГК применение цен (тарифов, расценок, ставок и т. п.), устанавливаемых или регулируемых уполномоченными на то государственными органами, возможно в случаях, предусмотренных законом. Формулировка ст. 424 указывает на особое значение федеральных законов, которые призваны играть роль ограничения публичного вмешательства в частноправовые отношения. На законодателя возлагается огромная ответственность по определению степени глубины (границы) такого вмешательства.

С этих позиций Указ № 221 не умаляет прав и законных интересов участников гражданского оборота. Он лишь систематизирует весь нормативно-правовой блок, посвященный регулированию цен, и определяет стратегию дальнейшей политики в этой области. Согласно п. 1 Указа № 221 последующее государственное регулирование цен будет производиться в основном только на продукцию естественных монополий. Перечень подобных организаций определяется Правительством РФ. Регулируемые цены применяются на внутреннем рынке России всеми организациями независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, если иное не установлено законодательством. Указ № 221 предусматривает также дотирование хозяйствующих субъектов, цены (тарифы) на продукцию, товары и услуги которых подвергнутся регулированию федеральными органами исполнительной власти.

В перечень продукции (товаров) и услуг, государственное регулирование цен (тарифов) на которые осуществляется Правительством РФ и федеральными органами исполнительной власти, входят, в частности: продукция ядерно-топливного цикла; электроэнергия и теплоэнергия, тарифы на которые регулируются Федеральной энергетической комиссией; транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; продукция

оборонного назначения; алмазное сырье, драгоценные камни; протезно-ортопедические изделия; перевозки грузов, погрузочно-разгрузочные работы на железнодорожном транспорте и др.

Постановлением Правительства РФ № 239 определен перечень продукции, товаров и услуг, государственное регулирование цен (тарифов) на которые на внутреннем рынке Российской Федерации осуществляется органами исполнительной власти субъектов Федерации. Данный перечень включает: газ природный, реализуемый населению и жилищно-строительным кооперативам; газ сжиженный, реализуемый населению для бытовых нужд (кроме газа для заправки автотранспортных средств); электроэнергия и теплоэнергия, тарифы на которые регулируются региональными энергетическими комиссиями; топливо твердое, топливо печное бытовое и керосин, реализуемые населению; перевозки пассажиров и багажа всеми видами общественного транспорта в городском, включая метрополитен, и пригородном сообщении (кроме железнодорожного транспорта) и др.

Заметно повышается необходимость государственного регулирования цен монополий. Монополия заменяет собой конкуренцию, продавцы могут воздействовать на рынок или манипулировать на нем ценами к собственной выгоде и в ущерб обществу в целом. Своей способностью регулировать общий объем предложения монополисты могут искусственно ограничивать объем продукции и тем самым получать за нее более высокие цены, а очень часто и устойчивую экономическую прибыль. Эти цены и прибыли, превышающие конкурентные, прямо противоречат интересам потребителей. Поэтому в данной сфере государственного регулирования цен (тарифов) применяются следующие методы: установление фиксированных цен (тарифов) на продукцию (услуги); установление предельного уровня цен и предельных надбавок (коэффициентов цен); установление предельного уровня рентабельности и размеров торговых надбавок; декларирование (согласование) цен и тарифов в органах ценообразования при формировании свободных цен и тарифов предприятиями-монополистами¹. Причем в ряде регионов (субъектов Федерации) страны были приняты специальные правовые акты, направленные на недопущение необоснованного повышения цен на продукцию (услуги) предприятий, занимающих доминирующее положение на местном рынке.

Государственное регулирование цен (тарифов) осуществляется и в промышленно развитых странах. Так, Франция является одной из немногих стран, где долгое время существовал жесткий режим государственного регулирования цен. На протяжении со- рокалетнего периода (1947—1986 гг.) государственное регулирова-

¹ См.: Яковлев Н. Я. Цены и ценообразование: Учебное пособие. С. 82.

ние представляло собой составную часть политики «дирижизма» (государственное регулирование экономики), который сохранился до настоящего времени. Соотношение между регулируемыми и свободными ценами на товары (услуги) таково: 20% пен регулируется государством, а остальные 80% находятся в режиме свободного ценообразования. Государственное регулирование цен действует в основном на продукцию предприятий-монополистов¹.

Система государственных органов регулирования цен. В современной России политика цен на федеральном уровне осуществляется прежде всего Правительством РФ и федеральными органами исполнительной власти.

Правительство РФ (орган общей компетенции) в соответствии с Федеральным конституционным законом от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»² разрабатывает и осуществляет меры по проведению единой политики цен. Полномочия Правительства РФ в области государственного регулирования цен (тарифов) нашли отражение в других федеральных законах. Так, в силу ст. 5 Закона о тарифах Правительство РФ:

устанавливает основы ценообразования на электрическую и тепловую энергию на территории Российской Федерации;

формирует сводный баланс производства и поставок электрической энергии (мощности) в рамках Единой энергетической системы России по субъектам Федерации;

определяет вопросы государственного регулирования тарифов на электрическую и тепловую энергию, поставляемую коммерческими организациями за пределы территорий субъектов Федерации, электрическую энергию (мощность), поставляемую коммерческими организациями на федеральный (общероссийский) оптовый рынок электрической энергии (мощности), электрическую энергию (мощность), поставляемую с федерального (общероссийского) оптового рынка электрической энергии (мощности) его субъектам, в том числе поставляемую на экспорт;

утверждает нормативно-методическую основу деятельности органов государственного регулирования тарифов;

обеспечивает организацию финансирования деятельности и развития Единой энергетической системы России.

Указанными полномочиями может обладать федеральный орган исполнительной власти в области регулирования тарифов.

Федеральная служба по тарифам является федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным осуществлять правовое регулирование в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги) в соответствии с законодательством

¹ См.: Цены и ценообразование: Учебник / Пол ред. В. Е. Есипова. С. 257-258.

² СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712.

и контроль за их применением, за исключением регулирования цен и тарифов, относящегося к полномочиям других федеральных органов исполнительной власти, а также федеральным органом исполнительной власти по регулированию естественных монополий, осуществляющим функции по определению (установлению) цен (тарифов) и осуществлению контроля по вопросам, связанным с определением (установлением) и применением цен (тарифов) в сферах деятельности субъектов естественных монополий. Руководство деятельностью Федеральной службы по тарифам осуществляет Правительство РФ. Положение о Федеральной службе по тарифам утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 332'.

Отдельные полномочия в области государственного регулирования цен (тарифов) закреплены за отраслевыми федеральными органами исполнительной власти.

Например, Министерство транспорта РФ утверждает правила формирования, применения тарифов, взимания сборов в области гражданской авиации, за исключением сборов за аэронавигационное обслуживание пользователей воздушного пространства Российской Федерации, тарифы на международные транзитные железнодорожные перевозки и др.

Министерство здравоохранения и социального развития РФ обладает соответствующими полномочиями в отношении цен на лекарственные средства и изделия медицинского назначения.

В силу ст. 6 Закона о монополиях органы регулирования естественных монополий могут применять *ценовое регулирование* как метод регулирования деятельности субъектов естественных монополий. Диспозитивность данной нормы позволяет сделать вывод, что организация (субъект естественной монополии) вправе самостоятельно определять тарифы на свои услуги. И только в случае нарушения баланса интересов потребителей и непосредственно монополиста возможно вмешательство государства в процесс ценообразования.

В ст. 12 Закона о тарифах определены основания для принятия органами регулирования естественных монополий решений о применении методов регулирования. При этом оценивается обоснованность затрат и принимаются во внимание:

издержки производства (реализации) товаров, в том числе заработная плата, стоимость сырья и материалов, накладные расходы;

налоги и другие платежи;

стоимость основных производственных средств, потребности в инвестициях, необходимых для их воспроизводства, и амортизационные отчисления;

¹ СЗ РФ. 2004. № 29. Ст. 3049.

прогнозируемая прибыль от возможной реализации товаров по различным ценам (тарифам);

удаленность различных групп потребителей от места производства товаров;

соответствие качества производимых (реализуемых) товаров спросу потребителей;

государственные дотации и другие меры государственной поддержки.

На уровне субъектов Федерации вопросами ценообразования занимаются законодательные и исполнительные органы, а на уровне муниципальных образований — органы местного самоуправления. В исполнительных органах субъектов Федерации создаются специализированные подразделения по проведению ценовой политики.

После распада единой системы органов ценообразования и контроля цен соответствующие органы ценообразования автономных республик, краев, областей и городов республиканского подчинения были переименованы и, фигурируя под разными названиями в структуре органов исполнительной власти субъектов Федерации, стали выполнять функции государственного контроля за соблюдением порядка применения регулируемых цен и тарифов.

Административные санкции в сфере ценообразования. Данные санкции применяются в случаях, когда речь идет об установленных и регулируемых государством ценах. Напротив, санкции не применяются в отношении свободных (рыночных) цен, согласованных с покупателями (потребителями). И это понятно, поскольку здесь — сфера частноправового регулирования и применения гражданско-правовых санкций.

О возможности применения административно-правовых (восстановительных по своей направленности) санкций прямо говорится в Указе Президента РФ № 221. Установлено (п. 4), что к предприятиям и организациям, нарушившим нормы (правила) законодательства о государственном регулировании цен (тарифов), должны применяться санкции в виде взыскания всей суммы излишне полученной выручки и штрафа в таком же размере, а при повторном нарушении — штрафа в двойном размере. Указанные санкции не применяются в случае, если хозяйствующий субъект, выявив нарушение, самостоятельно перечислит все излишне полученные суммы в бюджет и одновременно понизит цены.

Излишне полученные суммы определяются как разница между фактической выручкой от реализации продукции (оказания услуг) по завышенным ценам и стоимостью этой же продукции по ценам, сформированным в соответствии с действующим законодательством о ценах.

Основания для применения экономических санкций:

завышение государственных регулируемых цен (тарифов) на продукцию, товары, услуги;

завышение оптовых (отпускных) цен, зарегистрированных при декларировании в органах ценообразования;

завышение или занижение цен на продукцию, поставляемую предприятиями по межправительственным соглашениям со странами СНГ и другими государствами;

завышение установленных надбавок (наценок) к ценам и др.

Полученные в результате ценового правонарушения излишние суммы, а также суммы штрафа взыскиваются в судебном порядке. Сравнительно недавно применялся бесспорный порядок взыскания денежных средств. Органы ценообразования на основании проведенных ими проверок принимали соответствующее решение о применении санкций. В случае неисполнения указанного решения в добровольном порядке оно (решение) исполнялось принудительно путем передачи необходимых документов в органы налоговой инспекции, зарегистрировавшей организацию в качестве налогоплательщика. Такой (бесспорный) порядок был предусмотрен п. 11 постановления Правительства РФ от 19 декабря 1991 г. № 55 «О либерализации цен»¹. Огромные суммы взыскивались без суда.

Административные санкции (больше известные в законодательстве и на практике под названием «экономические санкции») имеют давнюю историю. Например, с 1971 г. органам Госстандарта, вневедомственного и ведомственного контроля было предоставлено право взыскивать так называемые экономические санкции, применяемые за нарушение стандартов и технических условий. В дальнейшем наметилась тенденция к расширению сферы применения экономических санкций; была образована система правовых (восстановительных) санкций. Такие санкции применяются в области строительства, охраны окружающей среды и др.

Следует согласиться с мнением о том, что применение экономических санкций носит в принципе фискальный характер. У государства появляется вторичный имущественный интерес (помимо уплаты предприятиями налогов и неналоговых платежей) по изъятию части прибыли предприятия в виде экономических санкций². Такое изъятие производится без учета вины предприятия. Для их применения достаточно, например, установить сам факт нарушения государственной хозяйственной дисциплины (в нашем случае — дисциплины цен).

¹ СП РФ. 1992. № 1—2. Ст. 8. Утратило силу (кроме п. 11) в связи с принятием постановления Правительства РФ от 26 июня 1995 г. № 600 (СЗ РФ. 1995. № 27. Ст. 2574).

² См.: Запольский С. В. Самофинансирование предприятий (правовые вопросы). М., 1983. С. 120—121.

Действительно, экономические санкции в форме изъятия прибыли (выручки) — продукт административно-командной системы управления экономикой. Им нет места в развитой рыночной экономике.

Отметим, что многие принципиальные положения, связанные с процедурой применения экономических санкций, до сих пор не урегулированы законодательством. Так, не определен период, в течение которого возможно применение этих санкций. Полностью отсутствуют нормы процессуального характера, регулирующие порядок проведения проверок органами ценообразования. Нигде не предусмотрена обязанность предприятий представлять соответствующие документы для проверки.

Ряд затронутых вопросов решается в рамках законов о защите конкуренции и монополиях. Но действие этих законов распространяется только на ограниченный круг субъектов.

Особый механизм применения санкций предусматривается для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном рынке. Согласно п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции установление монопольной цены является формой злоупотребления доминирующим положением. Руководствуясь ст. 23 названного Закона, антимонопольный орган вправе дать соответствующему хозяйствующему субъекту *предписание о прекращении злоупотребления* своим доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции. Такое предписание может служить основанием для обращения покупателя или самого антимонопольного органа в арбитражный суд с иском об изменении или о расторжении договора. В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа (п. 3 ст. 51).

Аналогичная процедура применения санкций предусмотрена Законом о монополиях. Нарушитель установленной цены перечисляет всю прибыль, полученную в результате правонарушения, в федеральный бюджет в срок, определенный решением органа регулирования естественной монополии. В случае если эти суммы не будут перечислены, названный орган вправе обратиться в суд с иском о взыскании необоснованно полученной прибыли (п. 4 ст. 24 Закона о монополиях).

Действующее законодательство устанавливает *административную ответственность* граждан (в том числе индивидуальных предпринимателей), должностных лиц и юридических лиц за нарушение государственной дисциплины цен (ст. 14.6 КоАП). Завышение или занижение регулируемых государством цен (тарифов, расценок, ставок и тому подобного) на продукцию, товары либо услуги, предельных цен (тарифов, расценок, ставок и тому подоб-

ного), завышение или занижение установленных надбавок (наценок) к ценам (тарифам, расценкам, ставкам и тому подобному), по табачным изделиям завышение максимальной розничной цены, указанной производителем на каждой потребительской упаковке (пачке), нарушение установленного порядка регулирования цен (тарифов), а равно иное нарушение установленного порядка ценообразования влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 20 до 25 МРОТ; на должностных лиц — от 40 до 50 МРОТ; на юридических лиц — от 400 до 500 МРОТ. Ответственность за нарушение настоящей статьи предприятиями розничной торговли или индивидуальными предпринимателями не может быть возложена на производителя или поставщика табачных изделий (п. 2 ст. 14.6 КоАП).

§ 4. Государственное регулирование инновационной деятельности

1. Понятие инновации и инновационной деятельности. В литературе не существует единого, общепринятого определения понятия инновационной деятельности. Так, в *правовых исследованиях под инновационной деятельностью* понимается «деятельность, представляющая процесс создания и использования результатов интеллектуального труда, направленный на получение нового или улучшение производимого продукта либо способа его производства в целях их практической реализации и (или) получения прибыли в результате их продвижения на рынок в форме товаров, работ или услуг»¹. В *экономической литературе* инновационная деятельность рассматривается как «процесс создания нового товара от формирования его идеи до освоения производством, выпуска, реализации и получения коммерческого эффекта»².

Из приведенных определений следует, что инновационная деятельность осуществляется именно в промышленной (производственной) сферах. Вместе с тем в Основных направлениях политики Российской Федерации в области развития инновационной системы на период до 2010 г., утвержденных постановлением Правительства РФ от 5 августа 2005 г. № 2473п-П7, отражен более широкий подход к инновационной деятельности, состоящий в ее направленности не только на разработку товара с новыми потребительскими свойствами или технологии его производства, но и на «применение структурных, финансово-экономических, кадровых, информационных и иных инноваций (нововведений)

¹ Городов О. А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб. 1999. С. 28.

² Курнышева И., Сулейменов Д. Инвестирование инновационного развития // Экономист. 1994. № 10. С. 187.

при выпуске и сбыте продукции (товаров, работ, услуг), обеспечивающих экономию затрат или создающих условия для такой экономии». При этом сама *инновационная деятельность* в данном нормативном акте рассматривается не в виде процесса, а как выполнение работ или оказание услуг.

Сторонники широкого подхода рассматривают инновационную деятельность в качестве разновидности творческой деятельности, связанной с выработкой новых целей и соответствующих им средств или с достижением известных целей с помощью новых средств. Однако такой подход для юридической науки не характерен, так как не позволяет четко определить предмет, содержание соответствующей деятельности в целях ее правового регулирования.

Понятие «инновация» также имеет узкий и широкий смыслы. В узком смысле инновация — «конечный результат инновационной деятельности, получивший реализацию в виде нового или усовершенствованного продукта, реализуемого на рынке, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности»¹. Согласно широкому подходу в качестве инновации рассматриваются товар, работа, услуга, если в них воплощены любые научно-технические, производственные, управленческие, коммерческие знания и опыт².

Последнее из приведенных определений позволяет выделить три вида инноваций, отличающихся характером полученного результата:

товарные инновации — появление нового или усовершенствованного товара;

технологические инновации — появление новых или модернизация (улучшение) существующих способов производства товара;

организационные инновации — применение иных, не являющихся техническими нововведений (управленческих, финансовых, информационных, кадровых и т. д.) при выпуске и последующем сбыте продукции.

Первые две разновидности инновации являются техническими, в то время как к третьему виду относятся нетехнические новшества.

Инновационная деятельность характеризуется рядом стадий.

Первая стадия — формирование интеллектуального результата. На этой стадии проводятся фундаментальные или прикладные ис-

¹ Постановление Правительства РФ от 24 июля 1998 г. № 832 «О концепции инновационной политики Российской Федерации на 1998—2000 годы».

² См.: Рассудовский В. А. Правовое регулирование инновационной деятельности // Правовое регулирование предпринимательской деятельности: Сб. статей/Под ред. В. В. Лаптева. М., 1995. С. 41.

следования,¹ положительные результаты которых будут впоследствии воплощены в новом (усовершенствованном) товаре, способе его производства. Данной стадии предшествует изучение рынка, потребностей потребителей, прогнозируются направления научно-технологического развития экономики в соответствующем секторе. В принципе изучение рынка является процессом постоянным, но именно результаты его изучения и определяют характер, направления научной исследовательской программы, формируемой субъектом предпринимательства.

Вторая стадия — воплощение интеллектуального результата в товаре и подготовка производства (изменений в производстве). На этом этапе инновационного цикла проводятся опытно-конструкторские работы, в результате которых достигнутый на первом этапе интеллектуальный результат реализуется в товаре путем изготовления опытного образца, конструкторской документации на него, технологической документации на способ производства. Предпринимаются и иные меры организационного, производственно-технологического характера, необходимые для серийного производства разработанного товара или его технологии.

Третья стадия — вывод продукции на рынок — носит в основном коммерческий (нетехнический) характер, но ее значение не менее важно, чем роль предыдущих этапов. Качество проработки всех нюансов «захвата» рынка определяет успешность всей инновационной деятельности в целом. Отметим, что на инновационный характер данной деятельности указывают и Основные направления политики Российской Федерации в области развития инновационной системы на период до 2010 года, которые относят к содержанию инновационной деятельности «оказание консультационных, информационных, юридических или иных услуг по выводу инновационной продукции на рынок» (п. 7).

В литературе по-разному освещается вопрос о том, является ли инновационная деятельность предпринимательской. В одних случаях инновационная деятельность, безусловно, отнесена к предпринимательской,² а в других — квалифицирована как деятель-

¹ Фундаментальными научными исследованиями в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (в ред. от 4 декабря 2006 г. № 202-ФЗ) является «экспериментальная или теоретическая деятельность, направленная на получение новых знаний об основных закономерностях строения, функционирования и развития человека, общества, окружающей природной среды». Прикладными научными исследованиями, согласно той же статье указанного Закона, являются «исследования, направленные преимущественно на применение новых знаний для достижения практических целей и решения конкретных задач». Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137. Далее — Закон о науке.

² Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. С. 772—773.

ность, включающая в себя лишь отдельные элементы предпринимательства¹. Сторонники последней позиции решающим критерием, определяющим коммерческий успех, считают качество новой конечной продукции, технологии, которые есть средства по извлечению прибыли. При этом подчеркивается бесприбыльность инновационной деятельности в начальных ее стадиях.

Представляется, что данный вопрос нельзя рассматривать в отрыве от конкретного субъекта, для которого осуществляемая в рамках инновационного цикла деятельность может являться как предпринимательской, так и не быть таковой. Например, данная деятельность явно не является предпринимательской для физических лиц, работающих по трудовому договору и занятых научно-техническими разработками в рамках какой-либо организации.

Что касается иных субъектов, то при наличии *общей направленности* на извлечение прибыли, с учетом других признаков предпринимательской деятельности, определенных в ст. 2, осуществляемая деятельность должна быть признана предпринимательской. При этом не имеет значения, получает организация прибыль сразу после создания новшества (характерно для случаев, когда участие организации, физического лица в инновационном проекте ограничено созданием инновационного результата и его передачей заказчику) либо этот результат будет достигнут только после реализации произведенной продукции (касается организаций, для которых инновационная деятельность органично встроена в производственный процесс в целом, является его неотъемлемой частью). По справедливому указанию В. С. Белых, «предпринимательская деятельность не сводится к простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных мероприятий (действий), направленных к единой цели»².

Исходя из этого, отсутствие прибыли на отдельных этапах инновационной деятельности не имеет значения, поскольку это не умаляет общей направленности всей деятельности организации на получение итогового финансового результата — прибыли. Иначе пришлось бы любую деятельность субъекта предпринимательства делить на стадии и рассматривать в качестве предпринимательского лишь завершающий акт этой деятельности — реализацию произведенной продукции потребителю, а все предыдущие стадии (закупка сырья, кредитование, производство и т. д.) рассматривать как некоммерческие, что неверно.

II. Источники правового регулирования инновационной деятельности. В настоящее время не существует какого-либо единого

¹ См.: Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право России: Учебник. С. 561.

² Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. С. 33.

нормативного акта, регулирующего отношения, возникающие при осуществлении инновационной деятельности¹. Действующие нормативные акты определяют отдельные правовые аспекты этого процесса. Совокупность правовых источников, затрагивающих данную сферу предпринимательства, может быть представлена в виде следующей системы.

Законодательство об интеллектуальной собственности. В его состав входят законы, регламентирующие порядок оформления прав и правовой режим отдельных объектов интеллектуальной собственности — изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, нетрадиционных объектов, средств индивидуализации, объектов авторского права. Также здесь следует назвать нормативные акты патентного ведомства, регламентирующие порядок регистрации отдельных объектов и некоторые другие вопросы. Более подробно данный материал освещен в разделе настоящего учебника об интеллектуальной собственности субъектов предпринимательства. Нормы законодательства об интеллектуальной собственности регламентируют не только собственно правовой режим объектов и порядок оформления прав на них, но и затрагивают отдельные договорные формы взаимоотношений между субъектами инновационной деятельности, которые не предусмотрены Гражданским кодексом, например лицензионные договоры, договоры о вознаграждении автору изобретения, договоры об уступке промышленных прав.

Гражданский кодекс РФ. Особое значение в рассматриваемой сфере имеют нормы Кодекса, касающиеся отдельных видов договоров — главным образом, договоров на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, договоров о возмездном оказании услуг, о совместной деятельности.

Нормативные акты, направленные на оказание государственной поддержки и стимулирование инновационной деятельности. Прежде всего к ним относятся документы программного, декларативного характера. Так, 5 августа 2005 г. Правительством РФ утверждены уже упоминавшиеся Основные направления политики Российской Федерации в области развития инновационной системы на период до 2010 года, определившие цели, задачи государственной инновационной политики, ее основные направления, механизмы, меры реализации. Также здесь можно назвать Указ Президента РФ от 22 июля 1998 г. № 863 «О государственной политике по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-техниче-

¹ В 1999 г. Государственной Думой РФ рассматривался законопроект «Об инновационной деятельности и о государственной инновационной политике», который был принят в окончательном чтении 1 декабря 1999 г., одобрен Советом Федерации, однако отклонен Президентом России.

ской деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий»¹. В Указе было заявлено о приоритетности государственного стимулирования процессов создания, правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности как основного направления государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности.

Существует ряд постановлений Правительства РФ об утверждении федеральных программ, касающихся отдельных сфер инновационной деятельности. К ним относятся: постановления Правительства РФ: от 21 января 2002 г. № 65 «О федеральной целевой программе «Электронная Россия» (2002—2010 годы)»; от 8 ноября 2001 г. № 779 «Об утверждении федеральной целевой программы «Национальная технологическая база» на 2002—2006 годы»; от 25 ноября 1998 г. № 1391 «О федеральной целевой программе «Медицина высоких технологий» и др.

К источникам данной группы относятся принятые Правительством РФ акты индивидуального регулирования, направленные на формирование специальных фондов поддержки инновационной деятельности. Это постановления Правительства РФ от 3 февраля 1994 г. № 65 «О Фонде содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере»²; от 26 августа 1995 г. № 827 «О Федеральном фонде производственных инноваций»³. Схожие по направлению деятельности некоммерческие организации могут создаваться и субъектами Федерации, муниципальными образованиями, ненормативные акты об учреждении которых также входят в рассматриваемую группу источников.

Нормативные акты, направленные на защиту государственных интересов. Они касаются тех случаев, когда деятельность по созданию инновации финансируется за счет средств государственного бюджета, в связи с чем возникает необходимость в принятии различных организационных решений, упорядочивающих участие государственных органов в этом процессе и обеспечивающих реализацию интересов Российской Федерации. Здесь могут быть названы, например, следующие источники: Указ Президента РФ от 14 мая 1998 г. № 556 «О правовой защите результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения»⁴; постановление Правительства РФ

от 29 сентября 1998 г. № 1132 «О первоочередных мерах по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения»¹; постановление Правительства РФ от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности» (в ред. от 17 ноября 2005 г. № 685)².

Законодательство о науке и научно-технической деятельности. В первую очередь это Федеральный закон «О науке и государственной научно-технической политике», а также образовательное законодательство, представленное Федеральными законами «Об образовании» и «О высшем послевузовском профессиональном образовании».

Нормативные акты по бухгалтерскому учету, отражающие специфику бухгалтерского учета нематериальных активов. К ним относятся: Положение по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов» ПБУ 14/2000, утвержденное приказом Минфина России от 16 октября 2000 г. № 914, и Положение по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденное приказом Минфина России от 29 июля 1998 г. № 34н (п. 55–57).

Подводя итог обзору правовых источников регулирования инновационной деятельности, отметим, что *инновационное законодательство следует определить как комплексную отрасль законодательства*, поскольку оно представляет собой совокупность разноотраслевых элементов, причем «большинство правовых норм об инновациях напрямую воплощают те принципы регулирования, которые характерны для базовых, фундаментальных отраслей — главным образом права гражданского»³. Вместе с тем в России уже давно назрела необходимость в принятии комплексного законодательного акта об инновационной деятельности и инновациях, который содержал бы не набор положений декларативного характера, а воплощал в себе целостную систему норм права, органично встраивающих инновационные отношения в правовое поле современного предпринимательского законодательства.

4.3. Субъекты и объекты инновационной деятельности. Под *субъектом инновационной деятельности* следует понимать физическое или юридическое лицо, принимающее участие в создании инновации на всех или отдельных этапах данного процесса. Прежде всего

¹ СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3756.

² Первоначально текст документа опубликован: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 6. Ст. 447.

³ ИПС «КонсультантПлюс».

⁴ СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2146.

¹ ИПС «КонсультантПлюс».

² СЗ РФ. 1999. № 36. Ст. 4412.

³ См.: *Волынкина М. В.* Инновационное законодательство и гражданское право: проблемы соотношения. Режим доступа: <http://www.innovatika.ru/bibl/stl.html>

к таким субъектам относятся сами субъекты предпринимательства, деятельность которых сопровождается научно-техническими и организационными изысканиями с целью совершенствования производимого ими продукта, оказываемых услуг и выполняемых работ, методов продвижения товара на рынке и т. д.

В числе субъектов инновационной деятельности необходимо назвать организации и физических лиц, *относящихся к субъектам научной и (или) научно-технической деятельности* в соответствии с Законом о науке: научные работники (исследователи), специалисты научной организации (инженерно-технические работники), научные организации, академии наук.

Согласно ст. 4 данного Закона *научным работником (исследователем)* является гражданин, обладающий необходимой квалификацией и профессионально занимающийся научной и (или) научно-технической деятельностью.

Специалистом научной организации (инженерно-техническим работником) является гражданин, имеющий среднее профессиональное или высшее профессиональное образование и способствующий получению научного и (или) научно-технического результата или его реализации (ст. 4).

Научной организацией признается юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы и формы собственности, а также общественное объединение научных работников, осуществляющее в качестве основной научную и (или) научно-техническую деятельность, подготовку научных работников (ст. 5).

Научные организации подразделяются на научно-исследовательские, научные организации вузов, опытно-конструкторские, проектно-конструкторские, проектно-технологические организации, государственные научные центры и иные организации, осуществляющие научную и (или) научно-техническую деятельность.

Академии наук в Российской Федерации делятся на имеющие государственный статус и не имеющие такового. К числу первых относятся Российская академия наук, отраслевые академии наук, перечень которых исчерпывающе определен в Законе о науке (Российская академия сельскохозяйственных наук, Российская академия медицинских наук, Российская академия образования, Российская академия архитектуры и строительных наук, Российская академия художеств).

Российская академия наук проводит фундаментальные и прикладные научные исследования по важнейшим проблемам естественных, технических и гуманитарных наук и принимает участие в координации фундаментальных научных исследований, выполняемых научными организациями и образовательными учреждениями вузов и финансируемых за счет средств федерального бюджета.

Отраслевые академии наук проводят фундаментальные и прикладные научные исследования в соответствующих областях науки и техники.

Академии наук, имеющие государственный статус, создаются, реорганизуются и ликвидируются федеральным законом по представлению Президента РФ или Правительства РФ.

К числу академий наук, не имеющих государственного статуса, относятся, например, Российская академия правосудия, Российская академия проблем безопасности, обороны и правопорядка.

В системе субъектов инновационной деятельности самостоятельную группу образуют *организации, оказывающие разнообразные консультационные услуги* (по патентованию, разработке маркетинговой стратегии, оптимизации управления, юридические и т. д.).

Особую роль в инновационной деятельности выполняют *технопарки*. Их место среди субъектов инновационной деятельности в известной мере условно, поскольку с позиции теории права данные образования не являются субъектами правовых отношений, что, однако, не умаляет их значение в этой сфере как целостных, системно организованных структур. Технопарки создаются, как правило, на базе научной организации или вуза с привлечением субъектов предпринимательства, с целью создания инновационной инфраструктуры, способствующей осуществлению инновационной деятельности на всех ее этапах. Например, Нижегородским государственным техническим университетом создан технопарк НГТУ; на базе Российского государственного научного центра «Курчатовский институт» образован технопарк «Курчатовский». Участники технопарка осуществляют свою деятельность на основе заключенных гражданско-правовых договоров подрядного типа или о совместной деятельности. При этом обычно определяется некая управляющая компания (ею может выступить организация, на базе которой образован технопарк), которая привлекает субъектов инновационной деятельности к сотрудничеству, оказывает им услуги и управляет технопарком. Такой способ организации деятельности технопарка предусмотрен, в частности, в Положении о технопарках, создаваемых на земельных участках, находящихся в государственной собственности, расположенных на территории Свердловской области, утвержденном постановлением Правительства Свердловской области от 8 июля 2003 г. № 410-пп.

Субъекты инновационной деятельности — созданные Правительством РФ некоммерческие организации — *Фонд содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере* и *Федеральный фонд производственных инноваций*, финансируемые из федерального бюджета и осуществляющие поддержку инновационных проектов.

Объектом инновационной деятельности является то новшество, на создание которого направлены действия субъектов инноваци-

онной деятельности на том или ином ее этапе. В этом смысле понятие «объект инновационной деятельности» не тождественно инновации, поскольку к последней относится именно конечный результат данной деятельности, в то время как объекты создаются и на промежуточных ее этапах. Учítывая, что каждая стадия инновационного процесса характеризуется определенными целями, на достижение которых направлена активность участников, и специфическими для них результатами, объекты инновационной деятельности можно подразделить на *интеллектуальный продукт* и (или) *готовый товар* (новое или усовершенствованное изделие, материал, технология)¹.

Правовая охрана интеллектуального результата возникает в силу различных оснований, в связи с чем данные объекты могут быть сгруппированы следующим образом.

Объекты, охраняемые в силу регистрации и выдачи охранного документа (патента, свидетельства). К ним относятся патентные объекты (изобретения, полезные модели, промышленные образцы), средства индивидуализации (товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования²), из числа нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности — селекционные достижения.

Следует отметить, что появление данных объектов происходит в основном на первом этапе инновационной деятельности, после чего этот процесс переходит в другую фазу, когда интеллектуальный результат воплощается в товаре. Однако это не означает невозможности появления охраноспособного результата на последующих этапах, например при проведении опытно-конструкторских работ, когда в процессе их выполнения возникает патентоспособное решение.

Объекты, охраняемые в силу факта создания. В их числе следует называть объекты авторского права, а также топологии интегральных микросхем, которые по желанию их правообладателя могут быть зарегистрированы в патентном ведомстве.

Объекты, охраняемые в силу неизвестности третьим лицам и принятия специальных защитных мер по сохранению такой неизвестности. К объектам данной группы относится информация,

¹ См.: Городов О. А. Указ. соч. С. 29. Стоит заметить, что технология относится скорее к интеллектуальному продукту, нежели к готовому товару.

² В этой классификационном ряду у фирменных наименований положение несколько специфическое, поскольку какой-либо специальной регистрации в отношении них нет; соответственно не выдается и охранный документ. Однако появление фирменного наименования как гражданско-правового объекта происходит одновременно с государственной регистрацией юридического лица; при этом фирменное наименование указывается в учредительных документах, что позволяет отнести данный объект к интеллектуальным продуктам первой группы.

составляющая служебную и коммерческую тайну. Объектами этой группы могут быть практически любые инновационные решения. Так, для участников инновационной деятельности крайне важно засекречивание технического решения (равно как и процесса его выработки), способного к патентованию, с целью недопущения преждевременного раскрытия информации о сущности достигнутого интеллектуального результата. Объекты, которые не являются патентоспособными в силу прямого указания патентного законодательства, также могут быть в отдельных случаях охраняемыми в режиме коммерческой тайны. Речь идет о названных в Патентном законе РФ решениях, не подлежащих по тем или иным причинам патентованию в качестве изобретений, полезных моделей, промышленных образцов. Так, в соответствии с п. 2 ст. 4 Патентного закона непатентоспособны в том числе открытия, научные теории, математические методы, правила и методы игр, интеллектуальной и хозяйственной деятельности, что не исключает возможность их засекречивания. К таким объектам относится и разработанная в процессе осуществления опытно-конструкторских работ техническая документация и опытный образец, доступ к которым третьих лиц должен быть невозможен.

Существуют объекты, не входящие ни в одну из вышеназванных групп. Например, некая коммерческая идея, являющаяся в определенных профессиональных кругах известной, может в конкретной ситуации выступить в качестве объекта, представляющего действительную коммерческую ценность для предпринимателя, когда практическая реализация этой идеи способна порой «вдохнуть новую жизнь» в производственный процесс, раскрыть его новые возможности и привести к дополнительным финансовым результатам.

IV. Публично-правовой режим осуществления инновационной деятельности. Как отмечалось выше, основное содержание инновационной деятельности подчинено действию норм гражданского права, из чего следует, что горизонтальные связи между участниками инновационной деятельности, обязательно-правовое наполнение которых определяется ими самостоятельно, являются доминирующими. В ряде случаев с целью охраны государственных, общественных интересов, стимулирования инновационной активности, а также исходя из особенностей самих отношений и объектов, по поводу которых они складываются, государство внедряет в данную сферу публично-правовые элементы. В имеющихся публикациях правовая среда инновационного предпринимательства характеризуется наличием норм (помимо гражданско-правовых), определяющих правовой статус субъектов, опосредующих деятельность в сфере управления, институтов финансового и бюджетного права, а также норм, предусматривающих мероприятия по государственной поддержке и развитию ин-

новаций. Посмотрим, в каких случаях проявляются публично-правовые начала в правовых отношениях, возникающих в процессе осуществления инновационной деятельности.

Определение правового статуса, организация деятельности специализированного государственного органа, осуществляющего функции по контролю и надзору в сфере правовой охраны и использования объектов интеллектуальной собственности. В настоящее время им является Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, находящаяся в ведении Министерства образования и науки РФ. На данный орган возложены следующие полномочия:

организация приема заявок на объекты интеллектуальной собственности, их регистрация и экспертиза; выдача патентов на изобретение, полезную модель, промышленный образец, свидетельства на товарный знак, знак обслуживания, на право пользования наименованием места происхождения товара, на общеизвестный товарный знак, свидетельства об официальной регистрации программ для ЭВМ, баз данных, топологий интегральных микросхем;

регистрация договоров о предоставлении права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, охраняемые программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем, а также договоров коммерческой концессии на использование объектов интеллектуальной собственности, охраняемых в соответствии с патентным законодательством;

признание недействительным предоставления или досрочное прекращение действия правовой охраны товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара, признание недействительными патентов на изобретение, полезную модель, промышленный образец, свидетельств на право пользования наименованием места происхождения товара;

осуществление проверки деятельности организаций, распоряжающихся правами Российской Федерации на объекты интеллектуальной собственности и результаты интеллектуальной деятельности¹.

Установление специального правового режима объектов интеллектуальной собственности. Законодательством об интеллектуальной собственности установлены условия охраноспособности объектов интеллектуальной собственности, особая процедура оформления прав на некоторые из них, дана характеристика правам на

¹ См.: Положение о Федеральной службе по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, утвержденное постановлением Правительства РФ от 16 июня 2004 г. № 299. Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 26. Ст. 2668.

объекты, определены требования к передаче исключительных прав, особенности их защиты. Данные положения имеют для инновационного процесса архиважное значение, поскольку самым непосредственным образом влияют на содержание отношений между субъектами инновационной деятельности, стремящимися к созданию и внедрению новшеств, являющихся охраноспособным интеллектуальным результатом.

Установление особенностей инновационной деятельности, финансируемой из государственного бюджета. Выражаются эти особенности в следующем. Законодательство устанавливает:

1) особенности порядка заключения, содержания договоров на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для государственных нужд. Так, в соответствии со ст. 766 ГК государственный контракт должен содержать условия об объеме и стоимости подлежащей выполнению работы, сроках ее начала и окончания, размере и порядке финансирования и оплаты работ, способах обеспечения исполнения обязательств сторон. Пункт 4 постановления Правительства РФ от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности» (в ред. от 17 ноября 2005 г. № 685)¹ предписывает государственным заказчикам при заключении государственных контрактов на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для федеральных государственных нужд обеспечивать включение в них ряда положений, например, о том, что Российской Федерации принадлежит право на подачу заявки и получение патента на создаваемые при реализации государственного контракта изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, исключительное право на использование создаваемых при реализации государственного контракта программ для электронных вычислительных машин, баз данных, топологий интегральных микросхем, а также право на конфиденциальную информацию о результатах научно-технической деятельности, полученных при реализации государственного контракта.

Наряду с этим некоторые особенности предусмотрены законодательством для государственных контрактов на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения. Такие контракты должны предусматривать обязанность исполнителя заключать со своими работниками гражданско-правовые договоры о сохранении конфиденциальности сведений, относящихся к результатам инновационной деятельности (п. 4 постановления Правительства РФ от 29 сентября 1998г. № 1132 «О первоочередных

¹ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1999. № 36. Ст. 4412.

мерах по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения»).

Другой пример: Правительство РФ вправе устанавливать для федеральных государственных научных организаций обязательный государственный заказ на выполнение научных исследований и экспериментальных разработок (ст. 8 Закона о науке);

2) режим секретных изобретений для патентоспособных результатов инновационной деятельности, которые относятся к средствам вооружения и военной техники, методам и средствам в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности (разд. VI-1 Патентного закона РФ). По таким изобретениям не публикуются сведения о заявке на выдачу патента и сведения о выданном патенте, невозможны заявления об открытой лицензии и уступке патента, не предоставляется принудительная лицензия; использование запатентованного секретного изобретения лицом, которое не знало и не могло на законных основаниях знать о наличии патента на данное изобретение, не признается нарушением исключительного права патентообладателя;

3) включение в инновационный процесс различных федеральных органов исполнительной власти, выступающих в качестве заказчиков по государственным контрактам и имеющих право распоряжения результатами интеллектуальной деятельности от имени Российской Федерации (п. 14 постановления Правительства РФ от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности», п. 2 постановления Правительства РФ от 29 сентября 1998 г. № 1132 «О первоочередных мерах по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения»);

4) создание федеральных фондов, осуществляющих экспертизу и финансирование за счет средств федерального бюджета инновационных проектов (см. разд. «О субъектах инновационной деятельности»).

Определение особенностей порядка исчисления налогов, ведения бухгалтерского учета нематериальных активов. Так, в соответствии с подп. 14 п. 1 ст. 251 НК при определении налоговой базы по налогу на доходы организаций не учитываются доходы в виде средств, полученных из Российского фонда фундаментальных исследований, Российского фонда технологического развития, Российского гуманитарного научного фонда, Фонда содействия развитию малых форм предприятий

в научно-технической сфере, Федерального фонда производственных инноваций. В расходы, связанные с производством и реализацией и соответственно уменьшающие налогооблагаемую базу по указанному налогу, включаются также расходы на научные исследования и (или) опытно-конструкторские разработки (ст. 262 НК); расходы на подготовку и освоение новых производств (подп. 34 п. 1 ст. 264 НК); расходы некапитального характера, связанные с совершенствованием технологии, организации производства и управления (подп. 35 п. 1 ст. 264 НК). Кроме того, Налоговым кодексом освобождены от налогообложения налогом на добавленную стоимость операции по выполнению научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ за счет средств бюджетов, а также Российского фонда фундаментальных исследований, Российского фонда технологического развития и образуемых для этих целей в соответствии с законодательством внебюджетных фондов министерств, ведомств, ассоциаций; выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ учреждениями образования и науки на основе хозяйственных договоров.

Введение сертификационных и метрологических требований в отношении продукции, технологического процесса, подлежащих обязательному учету при создании новшества и последующем его внедрении.

§ 5. Государственное регулирование инвестиционной деятельности

1. Понятие инвестиции и инвестиционной деятельности. Действующее законодательство содержит легальное определение понятий «инвестиции» и «инвестиционная деятельность». Так, в соответствии со ст. 1 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (в ред. от 10 января 2003 г. № 15-ФЗ) *инвестициями* являются денежные средства, целевые банковские вклады, паи, акции и другие ценные бумаги, технологии, машины, оборудование, кредиты, любое другое имущество или имущественные права, интеллектуальные ценности, вкладываемые в объекты предпринимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода) и достижения положительного социального эффекта¹.

Аналогичное определение понятия «инвестиции» закреплено в ст. 1 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осу-

¹ Первоначально текст документа опубликован: Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005. Далее — Закон об инвестиционной деятельности.

ществляемой в форме капитальных вложений» (в ред. 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ)¹.

Иной аспект сделан в определении понятия «иностранная инвестиция». В силу ст. 2 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (в ред. от 3 июля 2006 г. № 75-ФЗ) *иностранная инвестиция* — вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде *объектов гражданских прав*, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте Российской Федерации), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации².

Как видно, в перечисленных законах понятие «инвестиции» определяется по-разному. В Законе об инвестиционной деятельности и Законе № 39-ФЗ данное понятие рассматривается посредством перечисления материальных и нематериальных объектов и предметов. Здесь остается открытым вопрос о перечне таких объектов. Напротив, Закон об иностранных инвестициях содержит прямое указание на то, что инвестиции представляют собой вложения в виде объектов гражданских прав, перечень которых сформулирован в ст. 128 ГК. В последнем случае иностранные инвестиции есть не только вещи, но и результаты интеллектуальной деятельности, работы и услуги, информация и нематериальные блага. Иначе говоря, инвестициями в контексте Закона № 160-ФЗ являются вложения в виде объектов гражданских прав.

Далее, сравнивая названные законы, можно обнаружить еще одно существенное различие в определении понятия «инвестиции». Если Закон об инвестиционной деятельности и Закон № 39-ФЗ определяют инвестиции как материальные и нематериальные блага, то Закон об иностранных инвестициях основной акцент делает на слове «вложения».

В экономической и юридической литературе также нет единства мнений относительно определения понятия «инвестиции». Во-первых, экономисты под инвестициями понимают текущий

¹ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096. Далее — Закон об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, или Закон № 39-ФЗ.

² Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493. Далее — Закон об иностранных инвестициях или Закон № 160-ФЗ.

прирост ценности капитального имущества в результате производственной деятельности либо способ помещения капитала, который должен обеспечить сохранение или возрастание стоимости капитала и (или) привести положительную величину дохода. При этом понятия «капиталовложения» и «инвестиции», как правило, рассматриваются в качестве синонимов¹. Отсюда инвестиции — это долгосрочные вложения капитала².

Отличительный признак инвестиций — *цель*. В Законе об инвестиционной деятельности названы две цели: получение прибыли (дохода) и достижение положительного социального эффекта. В Законе № 39-ФЗ вложение инвестиций преследует также две цели: получение прибыли и (или) достижение иного полезного эффекта. И хотя в Законе об иностранных инвестициях (ст. 2) цель инвестиций прямо не определена, однако она опосредованно выводится из содержания дефиниции «иностранная инвестиция». Поскольку иностранные инвестиции направляются в объект предпринимательской деятельности, постольку основная (читай: единственная) цель инвестиций: получение прибыли (дохода).

Следовательно, в основополагающих законах об инвестициях отсутствует терминологическое единство в определении, что есть инвестиции.

В юридической литературе также высказана целая палитра взглядов по поводу определения инвестиций. Так, А. Г. Богатырев считает, что иностранные инвестиции — это собственность во всех ее проявлениях³. По мнению М. И. Кулагина, инвестиции есть процесс затрат живого и осуществленного труда для создания производственных мощностей, с помощью которых в процессе производства живой труд создает большую стоимость, чем потребляет⁴. Высказана точка зрения, согласно которой инвестиции — это инвестиционный процесс, который комплексно объединяет все факторы производства и воспроизводства.

На наш взгляд, для уяснения содержания понятия «инвестиции» необходимо сопоставить данное понятие с такими смежными категориями, как «инвестирование» и «инвестиционная деятельность». Но прежде всего надо отметить, что понятие «инвестиции», обладая экономической природой, носит и юридический

¹ Обзор высказанных точек зрения см.: Ведерников А. В. Иностранные инвестиции в Российской Федерации. Правовые аспекты. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 14—16; Мороз С. П. Теоретические проблемы инвестиционного права: гражданско-правовой аспект. Алматы, 2003. С. 47—48.

² См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. С. 123.

³ См.: Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 10.

⁴ См.: Кулагин М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. М., 1987. С. 17.

оттенков. Нельзя игнорировать (тем более на законодательном уровне) правовой аспект инвестиций.

С юридической точки зрения *инвестиции* представляют собой объекты гражданских прав (ст. 128 ГК). В то же время не все объекты гражданских прав могут быть однозначно отнесены к инвестициям. Не вызывает каких-либо сомнений принадлежность вещей, в том числе денег, ценных бумаг, результатов интеллектуальной деятельности. Сомнения возникают в отношении нематериальных благ. Кроме того, сами по себе работы и услуги не могут выступать в качестве инвестиций. Таковыми являются вещественные результаты прошлого труда¹.

С учетом сказанного можно предложить следующее определение инвестиций.

Инвестиции — это принадлежащие инвестору объекты гражданских прав, включая деньги, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, а также результаты интеллектуальной деятельности, работы и услуги, информацию, имеющих денежную оценку и вещественные результаты, и вкладываемые в объекты предпринимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода) и достижения положительного социального эффекта.

В свою очередь, *инвестирование* представляет собой вложение (осуществление) инвестиций. Соответственно *инвестиционная деятельность* — это предпринимательская и иная экономическая деятельность, связанная с осуществлением инвестиций (т. е. с инвестированием)².

В федеральных законах об инвестициях инвестиционная деятельность определяется как вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта (ст. 1 Закона об инвестиционной деятельности, ст. 1 Закона № 39-ФЗ). Иначе говоря, в названных законах понятия «инвестиционная деятельность» и «инвестирование» отождествляются.

Будучи видом экономической деятельности, инвестиционная деятельность обладает всеми признаками первой. Во-первых, инвестиционная деятельность есть совокупность действий, операций и поступков, направленных на достижение определенного результата. Во-вторых, вряд ли следует сводить инвестиционную деятельность к предпринимательской деятельности, хотя последняя занимает значительное место.

¹ См.: Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования. М., 2006. С. 76

² См.: Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан. М., 2001. С. 67.

Виды инвестиций. В литературе предлагаются различные основания деления инвестиций¹. Рассмотрим основные классификации инвестиций по объекту, субъекту, форме собственности, сфере применения и др.

С точки зрения *объекта инвестирования* инвестиции подразделяются на материальные (вещественные) и нематериальные. *Большинство инвестиций являются материальными* (машины и оборудование, деньги и ценные бумаги, вещественные результаты работ и т. д.). *К нематериальным инвестициям* можно отнести имущественные права, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, информацию.

На наш взгляд, для классификации инвестиций более правильно использовать такой критерий, как инвестор (а не субъекты инвестиций). Используя *данный критерий*, инвестиции можно подразделить на *инвестиции публичных образований* и их органов (государство, субъекты Федерации, муниципальные образования), *инвестиции коллективных образований* (юридические лица, предпринимательские объединения), *инвестиции физических лиц*, в том числе индивидуальных предпринимателей.

Принимая во внимание *форму собственности*, выделим публичные и частные инвестиции. *Публичные инвестиции* — это государственные и муниципальные. *Все остальные инвестиции являются частными*. Что касается смешанных инвестиций, то в реальной действительности их нет.

В литературе (особенно в экономической) называются также дополнительные виды инвестиций. В их числе следует указать на деление инвестиций на прямые и портфельные, реальные и финансовые.

Прямые инвестиции представляют собой активное участие инвестора в деятельности инвестируемого объекта посредством приобретения пакета ценных бумаг. Так, прямые иностранные инвестиции в экономику России выросли в 2 раза. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), в 2005 г. объем прямых иностранных инвестиций в национальную экономику России составил 26 млрд долл. США².

В соответствии со ст. 2 Закона об иностранных инвестициях *инвестиции являются прямыми*: при приобретении иностранным инвестором не менее 10% долей (вклада) в уставном (складочном) капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории Российской Федерации в форме хозяйст-

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 809. Обоснованная критика классификации инвестиций, предложенная И. С. Шиткиной, содержится в работах С. П. Мороз (см.: Мороз С. П. Инвестиционное право: Учебник. Алматы, 2006. С. 93—94).

² [www.regnum.ru / news/ 648216.html](http://www.regnum.ru/news/648216.html)

венного товарищества или общества в соответствии с гражданским законодательством; вложении капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории Российской Федерации; осуществлении на территории Российской Федерации иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования, указанного в разд. XVI и XVII Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Содружества Независимых Государств (ТН ВЭД СНГ), таможенной стоимостью не менее 1 млн руб.

Таким образом, *прямые инвестиции* есть правовое понятие экономического явления, именуемого капиталовложениями. При этом происходит активное участие инвестора в деятельности инвестируемого объекта. Любое государство заинтересовано в прямых инвестициях.

Портфельные инвестиции можно определить как капиталовложения инвесторов, доля участия которых в капитале юридического лица ниже предела, обозначенного для прямых инвестиций. Применительно к иностранным инвестициям эта доля составляет менее 10%.

Поэтому наблюдается тесная связь и взаимозависимость между прямыми и портфельными инвестициями. Например, когда участие инвестора в капитале компании достигает пороговых 10%, его вложения переходят из портфельных инвестиций в прямые, и наоборот.

Деление инвестиций на реальные и финансовые связано со сферой инвестирования. *Реальные инвестиции* представляют собой вложение капитала в производство или, как сейчас модно говорить, в реальный сектор экономики. В свою очередь, *финансовые инвестиции* направлены преимущественно в финансовую сферу экономики.

Существуют и другие виды инвестиций. Так, различают долгосрочные и краткосрочные инвестиции. В зависимости от степени риска инвестиции могут быть высокорискованными и малорискованными.

Отдельные виды инвестиций также неоднородны и могут быть подразделены на подвиды. Например, *иностраннне инвестиции предложено классифицировать*:

на долевое участие в совместном предприятии (СП) путем создания новых СП, а также приобретение доли участия (паев, акций) в существующих предприятиях;

участие в приватизации;

создание предприятий, полностью принадлежащих иностранному инвестору;

создание банков с иностранным инвестором;

приобретение предприятий;

создание дочерних предприятий, филиалов, представительств; приобретение прав пользования землей и иными природными ресурсами;

приобретение государственных ценных бумаг;

приобретение ценных бумаг юридических лиц;

приобретение иных имущественных прав;

заключение концессионных договоров;

заключение договоров с юридическими лицами и гражданами принимающей страны;

осуществление хозяйственной деятельности в свободных экономических зонах¹.

Представляется, что такая классификация иностранных инвестиций допускает смешение видов инвестиций и форм (видов) инвестиционной деятельности. Например, осуществление хозяйственной деятельности в свободных экономических зонах едва ли можно отнести к инвестициям.

Виды инвестиционной деятельности. В первую очередь инвестиционную деятельность можно подразделить на предпринимательскую и непредпринимательскую. Далее, необходимо различать непосредственную (осуществляемую самим инвестором) и опосредованную инвестиционную деятельность. В первом случае инвестор от своего имени выступает в качестве участника инвестиционного процесса, во втором — передает средства (инвестиции) другому лицу (например, юридическому лицу), которое и занимается производством и продажей товара².

Практическое значение имеет классификация инвестиционной деятельности на деятельность, связанную с вложением: а) иностранных инвестиций и б) национальных инвестиций. Оба вида обладают собственными правовыми режимами, но в рамках единого режима инвестиций и инвестиционной деятельности.

Особую группу образуют инвестиционная деятельность: а) осуществляемая в форме капитальных вложений; б) по приобретению имущества и передаче его в лизинг (лизинговая деятельность); в) возникающая в процессе заключения, исполнения и прекращения соглашений о разделе продукции; г) возникающая в связи с подготовкой, заключением, исполнением и прекращением концессионных соглашений. Каждый из названных видов инвестиционной деятельности — предмет специального рассмотрения, а потому мы ограничимся лишь общими положениями.

П. Источники правового регулирования инвестиционной деятельности. Как любые источники правового регулирования, рассматри-

¹ См.: Богуславский М. М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М., 1996. С. 56.

² См.: Российское предпринимательское право: Учебник/Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнжкова. С. 634.

ваемые источники традиционно подразделяются на нормативные правовые акты и правовые обычаи, хотя и не сводятся к ним.

Представляется, что объективно существует несколько источников правового регулирования инвестиций (включая иностранные): Конституция РФ; международные нормы, принципы, договоры и конвенции; федеральные законы и иные подзаконные правовые акты; региональные инвестиционные законы и иные правовые акты; обычаи делового оборота. В литературе отдельно выделяют инвестиционные договоры. Однако мы не разделяем это мнение и не рассматриваем инвестиционные договоры в качестве источника правового регулирования инвестиций.

Основополагающими актами в сфере правового регулирования инвестиций являются Закон об инвестиционной деятельности, Закон об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, Закон об иностранных инвестициях. Указанные отношения регулируются также Законом о банках и банковской деятельности, федеральными законами от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (в ред. от 26 июля 2006 г. № 130-ФЗ)¹, от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» (в ред. от 29 декабря 2004 г. № 199-ФЗ)², от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (в ред. от 15 апреля 2006 г. № 51-ФЗ)³. Отдельные вопросы, связанные с инвестированием, регулируются Законом о рынке ценных бумаг, Законом о АО и др.

Наряду с федеральными законами рассматриваемые отношения регулируются подзаконными правовыми актами (указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, ведомственными актами).

Субъекты Федерации вправе принимать законы и иные нормативные правовые акты, регулирующие инвестиции, по вопросам, относящимся к их ведению, а также к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов, в соответствии с Конституцией РФ, федеральными законами.

Особое место в системе источников правового регулирования инвестиций (прежде всего иностранных) занимают международные нормы, принципы, договоры и конвенции. Среди них — Конвенция об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (Сеул, 11 октября 1985 г.), Соглашение по связанным с торговлей инвестиционным мерам (Марракеш, 15 апреля

¹ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394. Далее — Закон о лизинге.

² Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18. Далее — Закон о СРП.

³ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562. Далее — Закон об инвестиционных фондах.

1994 г.)¹, Соглашение о сотрудничестве государств — членов Евразийского экономического сообщества на рынке ценных бумаг (Астана, 18 июня 2004 г.)², Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Вашингтон, 17 июня 1992 г.).

III. Субъекты инвестиционной деятельности. Начнем с того, что следует обратить внимание на соотношение понятий «субъект инвестиционной деятельности», «субъект предпринимательской деятельности», «субъект хозяйственной деятельности». Данные понятия пересекаются, но их нельзя рассматривать как род и вид.

В любом случае не каждый субъект инвестиционной деятельности является субъектом предпринимательства. Равным образом едва ли можно считать физическое лицо, участвующее в инвестиционном процессе, хозяйствующим субъектом (разве что в самом широком смысле).

Термин «субъекты инвестиционной деятельности» используется в двух федеральных законах: Законе об инвестиционной деятельности и Законе об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений. В Законе об иностранных инвестициях это понятие не употребляется, однако сказанное не означает, что ему нет места в законодательстве об иностранных инвестициях. Ведь понятно, что наряду с иностранными инвесторами существуют заказчики, исполнители работ, пользователи объектов инвестиционной деятельности и т. д.

В соответствии со ст. 4 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, *субъектами инвестиционной деятельности* являются инвесторы, заказчики, подрядчики, пользователи объектов капитальных вложений и другие лица. Как видим, перечень субъектов инвестиционной деятельности является открытым.

Закон об инвестиционной деятельности (п. 1 ст. 2) относит к числу субъектов инвестиционной деятельности поставщиков, юридические лица (банковские, страховые и посреднические организации, инвестиционные биржи) и других участников инвестиционного процесса.

Теперь более подробно остановимся на характеристике отдельных субъектов инвестиционной деятельности. В этом ряду инвестор — наиболее яркая и колоритная фигура, определяющая, по сути, содержание инвестиционного процесса и инвестиционных правоотношений в целом.

Инвесторы — субъекты инвестиционной деятельности, осуществляющие вложение собственных, заемных или привлеченных

¹ Соглашение на русском языке опубликовано не было (см. ИПС «КонсультантПлюс»).

² Бюллетень международных договоров. 2005. № 9. С. 3—6.

средств в форме инвестиций и обеспечивающие их целевое использование (п. 3 ст. 2 Закона об инвестиционной деятельности). Далее отмечается, что в качестве инвесторов могут выступать: органы, уполномоченные управлять государственным и муниципальным имуществом или имущественными правами; граждане, предприятия, предпринимательские объединения и другие юридические лица; иностранные физические и юридические лица, государства и международные организации. Нельзя не заметить, что Закон называет в качестве инвесторов органы государственной власти и местного самоуправления, которые по российскому законодательству не обладают правоспособностью, необходимой для участия в инвестиционных правоотношениях. Более правильно рассматривать в качестве таковых не соответствующие органы, а публичные образования. Кроме того, предпринимательские объединения (ФПГ, холдинги) также не наделены статусом юридического лица, а потому с точки зрения Гражданского кодекса они не могут быть самостоятельными участниками оборота.

Другой вопрос — правовой статус иностранного инвестора. В силу ст. 2 Закона об иностранных инвестициях иностранными инвесторами являются:

1) *иностранное юридическое лицо*, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;

2) *иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом*, гражданская правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена, и которая вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;

3) *иностранный гражданин*, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его гражданства и который вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;

4) *лицо без гражданства*, которое постоянно проживает за пределами Российской Федерации, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его постоянного места жительства и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;

5) *международная организация*, которая вправе в соответствии с международным договором Российской Федерации осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;

б) *иностранные государства* в соответствии с порядком, определяемым федеральными законами.

Таким образом, в отношении иностранных инвестиций российский закон допускает возможность участия в инвестиционной деятельности как инвестора организации без статуса юридического лица. Главное требование при этом заключается в том, что в соответствии с законодательством иностранного государства эта организация вправе осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации.

В литературе спорным является вопрос о правовом режиме деятельности иностранных инвесторов на территории Российской Федерации. По мнению одних ученых, иностранные инвесторы должны обладать равным режимом с деятельностью национальных инвесторов. Как считает другая группа ученых, для иностранных инвесторов должен быть определен режим наибольшего благоприятствования¹. Анализ международных договоров с участием Российской Федерации о поощрении и взаимной защите инвестиций показывает, что в таких договорах, как правило, закреплён режим наибольшего благоприятствования для иностранных инвесторов. В связи с этим выскажем свое мнение по данному вопросу.

Необходимо сблизить режимы правового регулирования иностранных и национальных инвестиций, в том числе в отношении льгот. Мы согласны с мнением о том, что льготы следует устанавливать с целью различия правового положения иностранных инвесторов и прочих иностранных юридических и физических лиц². Если иностранное лицо вкладывает средства в российскую экономику, то российский закон должен быть к нему более благосклонен, нежели к остальным иностранцам.

Инвесторы могут выступать в роли вкладчиков, заказчиков, кредиторов, покупателей, а также выполнять функции любого другого участника инвестиционной деятельности (п. 3 ст. 2 Закона об инвестиционной деятельности, п. 6 ст. 4 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений). При этом данное правило применяется не только в отношении инвесторов, но и других субъектов инвестиционной деятельности (заказчиков, исполнителей и др.).

Заказчики — уполномоченные на то инвесторами физические и юридические лица, которые осуществляют реализацию инвестиционных проектов. При этом они не вмешиваются в предпринимательскую и (или) иную хозяйственную деятельность других субъектов инвестиционной деятельности, если иное не предусмотрено договором между ними. Заказчиками могут быть инвесторы

¹См.: Российское предпринимательское право: Учебник/Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. С. 674—675.

²См.: Ведерников А. В. Указ. соч. С. 10 и др.

(п. 3 ст. 4 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений).

Заказчик, не являющийся инвестором, наделяется правами владения, пользования и распоряжения капитальными вложениями на период и в пределах полномочий, которые установлены договором и (или) государственным контрактом в соответствии с законодательством. Однако указанные средства не переходят в собственность заказчика.

Подрядчики — физические и юридические лица, которые выполняют работы по договору подряда и (или) государственному или муниципальному контракту, заключаемым с заказчиками. Подрядчики обязаны иметь лицензию на осуществление ими тех видов деятельности, которые подлежат лицензированию в соответствии с федеральным законом. В договорах строительного подряда (ст. 740 ГК) функции генерального подрядчика выполняет коммерческая организация, отвечающая перед заказчиком за строительство объекта в целом. В свою очередь, генеральный подрядчик вправе привлечь для выполнения отдельных видов работ или строительства отдельных строительных объектов субподрядные строительные, монтажные и специализированные организации.

Пользователи — физические и юридические лица, в том числе иностранные, а также государственные органы, органы местного самоуправления, иностранные государства, международные объединения и организации, для которых создаются указанные объекты. В инвестиционном процессе обособленная фигура пользователя появляется лишь тогда, когда инвестор предоставляет определенному лицу права по использованию объекта. Возможно совмещение инвестора и пользователя в одном лице (п. 5 ст. 2 Закона об инвестиционной деятельности; ст. 4 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений). Если пользователь объекта инвестиционной деятельности не является инвестором, отношения между ним и инвестором определяются договором (решением) об инвестировании.

IV. Объекты инвестиционной деятельности. Надо проводить различие между объектами инвестиционной деятельности и инвестициями. С точки зрения их взаимосвязи и взаимоотношений инвестиции есть то, что инвесторы вкладывают в объекты инвестиционной деятельности.

В российском законодательстве отсутствует общее определение понятия «объекты инвестиционной деятельности». Закон об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений (п. 1 ст. 3), под *объектами капитальных вложений* признает находящиеся в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности различные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами. Таким образом, в состав

объектов капитальных вложений входят создаваемые и модернизируемые основные фонды и оборотные средства. Правда, непонятно, почему закон ограничился двумя формами капитального строительства: создание и модернизация имущества. Вместе с тем известно, что капитальное строительство протекает в иных формах. «Капитальное строительство, — писал С. А. Хохлов, — это возведение, расширение, реконструкция, техническое перевооружение предприятий, зданий, сооружений и других объектов, относящихся к основным фондам народного хозяйства». Далее он отмечал, что *новое строительство, расширение, реконструкция и техническое перевооружение* представляют собой отдельные виды строительства, каждый из которых «в зависимости от характера и технических условий обновления производственных фондов» обладает своим особым правовым режимом¹.

Итак, объектами капитальных вложений в контексте Закона № 39-ФЗ не могут быть ценные бумаги, имущественные права и права на интеллектуальную собственность, а также другие объекты собственности.

Более развернутое определение понятия «объекты инвестиционной деятельности» сформулировано в Законе об инвестиционной деятельности (ст. 3). *Объектами инвестиционной деятельности* являются вновь создаваемые и модернизируемые основные фонды и оборотные средства во всех отраслях и сферах народного хозяйства, ценные бумаги, целевые денежные вклады, научно-техническая продукция, другие объекты собственности, а также имущественные права и права на интеллектуальную собственность. При этом названный Закон запрещает инвестирование в объекты, создание и использование которых не отвечает требованиям экологических, санитарно-гигиенических и других норм, установленных российским законодательством, или наносит ущерб охраняемым законом правам и интересам граждан, юридических лиц и государства.

Объекты инвестирования и объекты предпринимательской деятельности — это пересекающиеся понятия. Как уже отмечалось, не все виды инвестиционной деятельности относятся к предпринимательству, и наоборот. Например, при строительстве жилого объекта с использованием конструкции договора долевого участия в строительстве застройщик привлекает средства граждан, которые в результате получают квартиры в новом доме. Дома в подобных случаях возводятся застройщиками в процессе осуществления своей *обычной предпринимательской, а не инвестиционной деятельности*, а квартиры в них либо продаются на рынке жилья,

¹ См.: Хохлов С. А., Казаков А. В., Пиликин Г. Г. Правовое регулирование хозяйственных связей по выполнению работ: Учебное пособие. Свердловск, 1983. С. 6, 8-9.

либо передаются гражданам в соответствии с договором о долевом строительстве¹. Здесь нет инвестиций и инвестирования.

Итак, *объекты инвестиционной деятельности* представляют собой любое имущество, включая имущественные права и иные права, имеющие денежную оценку, которые создаются, приобретаются в результате инвестирования, способные приносить доход (прибыль) в процессе их использования в предпринимательской и иной экономической деятельности, отвечающие требованиям экологических, санитарно-гигиенических и других норм, установленных законодательством².

V. Публично-правовой режим осуществления инвестиционной деятельности. В Законе об инвестиционной деятельности (гл. III), Законе об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений (гл. III), специально содержатся нормы, посвященные государственному регулированию инвестиционной деятельности.

Прежде всего надо отметить, что государственное регулирование инвестиционной деятельности обеспечивается органами государственной власти Российской Федерации в пределах их компетенции. К ним относятся федеральные органы государственной власти и органы субъектов Федерации. Преимущественно государственное регулирование осуществляется органами исполнительной власти общей и специальной компетенции.

Органы общей компетенции: президентура, правительства, администрации несут ответственность за положение дел (в том числе в сфере инвестиционной деятельности) в соответствующем государстве, области, крае, городе федерального значения, округе. Так, Правительство РФ вырабатывает государственную структурную и инвестиционную политику и принимает меры по ее реализации (ст. 14 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» (в ред. от 1 июля 2005 г. № 4-ФКЗ)). Что касается органов специальной компетенции, то они осуществляют отраслевое, либо межотраслевое, либо смешанное управление³. Например, в рамках Министерства обороны РФ действуют Федеральная служба по техническому и экспортному контролю, Федеральное агентство специального строительства. В составе Минэкономразвития России создано Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами.

¹ См.: Российское предпринимательское право: Учебник/Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. С. 645—646.

² См. там же. С. 647.

³ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 179.

Закон об инвестиционной деятельности (ст. 10) называет основные направления государственного регулирования инвестиционной деятельности:

- а) принятие государственных инвестиционных программ;
- б) прямое управление государственными инвестициями;
- в) введение системы налогов с дифференцированием налоговых ставок и льгот;
- г) предоставление финансовой помощи в виде дотаций, субсидий, субвенций, бюджетных ссуд на развитие отдельных территорий, отраслей, производств;
- д) проведение финансовой и кредитной политики, политики ценообразования (в том числе выпуском в обращение ценных бумаг), амортизационной политики;
- е) применение антимонопольных мер, приватизация объектов государственной собственности;
- з) контроль за соблюдением государственных норм и стандартов, а также за соблюдением правил обязательной сертификации;
- ж) экспертиза инвестиционных проектов и др.

Коротко рассмотрим некоторые из названных направлений.

Принятие государственных инвестиционных программ. Разработка, рассмотрение и утверждение инвестиционных проектов, финансируемых за счет средств федерального бюджета, производятся в порядке, предусмотренном для федеральных целевых программ. Перечни инвестиционных проектов образуют федеральные инвестиционные программы (ст. 13 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений). Таким образом, на первой (организационной) стадии инвестиционного процесса принимается решение об инвестициях в форме бизнес-плана, затем разрабатывается инвестиционный проект и завершает эту стадию инвестиционная программа.

Инвестиционный проект — это пакет документов, включая обоснование экономической целесообразности, объема и сроков осуществления инвестиций, проектно-сметную документацию и бизнес-план¹. В связи с этим можно высказать несколько положений.

Во-первых, инвестиционный проект является относительно самостоятельным документом. Его относительная самостоятельность проявляется в том, что он (проект) входит в качестве составной части либо в организационный проект при создании финансово-промышленных групп, либо в соответствующие инвестиционные программы.

Во-вторых, состав документов инвестиционного проекта во многом зависит от вида инвестиционной деятельности. Например, при осуществлении инвестиционной деятельности в форме

¹ См.: Российское предпринимательское право: Учебник/Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. С. 635.

капитальных вложений необходима проектно-сметная документация, которая не требуется при проведении портфельных инвестиций.

В-третьих, с учетом уровня инвестирования (федеральный, региональный, местный) также неоднородны и отличаются своеобразием инвестиционные проекты, включая процедуру разработки, согласования и принятия.

Инвестиционные проекты включаются соответственно в федеральные и региональные целевые комплексные программы. Бюджетный кодекс (ст. 206) предусматривает возможность использования *Федеральной адресной инвестиционной программы* на очередной финансовый год.

Источниками финансирования инвестиционных проектов и программ являются *средства федерального и региональных бюджетов*. В частности, расходы на финансирование государственных капитальных вложений предусматриваются в федеральном бюджете при условии, что эти расходы являются частью расходов на реализацию соответствующих федеральных целевых программ, а также на основании предложений Президента РФ либо Правительства РФ. Указанные расходы предусматриваются в бюджетах субъектов Федерации, если данные расходы являются частью расходов на реализацию соответствующих региональных целевых программ, а также на основании предложений органов исполнительной власти субъектов Федерации (п. 2 ст. 13 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений).

Другая особенность: решения об использовании средств федерального бюджета для финансирования инвестиционных проектов и (или) инвестиционных программ, осуществляемых Российской Федерацией *совместно с иностранными государствами*, принимаются после заключения Российской Федерацией соответствующих межгосударственных соглашений.

Порядок государственной экспертизы и утверждения инвестиционных проектов устанавливается Правительством РФ (ст. 13 Закона об инвестиционной деятельности). Независимые экспертные комиссии создаются по решению Правительства РФ, в их состав включаются представители соответствующих регионов, научных, общественных и других организаций, а также могут привлекаться иностранные специалисты¹.

¹ В качестве эксперта инвестиционных проектов могут привлекаться *инвестиционные консультанты*, т. е. организации любой организационно-правовой формы, привлекаемые к проведению экспертизы и соответствующие установленным законодательством критериям (см.: постановление Правительства РФ от 23 ноября 2005 г. № 694 «Об Инвестиционном фонде Российской Федерации»//СЗ РФ. 2005. № 48. Ст. 5043).

Прямое управление государственными инвестициями. Действующее инвестиционное законодательство не расшифровывает это понятие. В Основах об инвестиционной деятельности в СССР 1990 г. (ст. 11, 12)¹ проводилось различие между государственным регулированием условий инвестиционной деятельности и прямым управлением государственными инвестициями. Под *прямым управлением государственными инвестициями* понималось непосредственное осуществление государственными органами воздействия на инвестиционный процесс, включая планирование, определение условий и осуществление конкретных действий по инвестированию средств бюджета и внебюджетных фондов, иных средств, привлеченных на добровольной основе (ст. 12).

Государственный контроль за инвестиционной деятельностью осуществляется в первую очередь федеральными органами исполнительной власти специальной компетенции. Так, государственный контроль за деятельностью акционерных инвестиционных фондов, управляющих компаний акционерных инвестиционных фондов и управляющих компаний паевых инвестиционных фондов, специализированных депозитариев осуществляется федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг (в настоящее время — Федеральная служба по финансовым рынкам)². В соответствии с Положением о Федеральной службе по финансовым рынкам, утвержденным постановлением Правительства РФ 30 июня 2004 г. № 317, Служба наделена широкими полномочиями по контролю и надзору в установленной сфере деятельности³.

Контрольными функциями обладает Минэкономразвития России, осуществляя в установленном порядке контроль и мониторинг хода реализации *инвестиционных проектов*, для реализации которых предоставляется государственная поддержка за счет средств Инвестиционного фонда РФ (п. 3, 4, 5 Положения о Министерстве экономического развития и торговли РФ, утвержденного постановлением Правительства РФ от 27 августа 2004 г. № 443)⁴. Аналогичными функциями наделены и федеральные агентства, находящиеся в ведении Минэкономразвития (напри-

¹ Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 51. Ст. 1109. Фактически утратили силу в связи с принятием Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений.

² См.: ст. 55 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (в ред. от 15 апреля 2006 г. № 51-ФЗ). Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

³ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2780

⁴ Первоначально текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 36. Ст. 3670.

мер, Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами).

Финансовый контроль (надзор) за использованием средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей, находящихся в федеральной собственности, осуществляет Федеральная служба финансово-бюджетного надзора¹. Такие же функции выполняют контрольные и финансовые органы субъектов Федерации, осуществляя финансовый контроль за операциями с бюджетными средствами главных распорядителей, распорядителей и получателей бюджетных средств соответствующих бюджетов, а также за соблюдением получателями бюджетных кредитов, бюджетных инвестиций и государственных гарантий условий выделения, получения, целевого использования и возврата бюджетных средств (ст. 270 БК).

В процессе капитального строительства осуществляется государственный строительный надзор за соответствием выполненных работ требованиям технических регламентов и проектной документации. Уполномоченный орган в этом секторе экономики — Федеральная служба по экологическому, технологическому и атомному надзору — проверяет особо опасные, технически сложные, уникальные объекты, а также объекты, сведения о которых составляют государственную тайну². В частности, Положение об этой Службе возложило на нее контроль и надзор за соблюдением собственниками гидротехнических сооружений и эксплуатирующими организациями норм и правил безопасности гидротехнических сооружений на объектах промышленности и энергетики, за исключением гидротехнических сооружений, полномочия по осуществлению надзора за которыми переданы органам местного самоуправления³.

Государственная поддержка инвестиционной деятельности представляет собой совокупность (систему) мер организационного, финансового, налогового характера. Особое место в этой системе занимают государственные гарантии прав субъектов инвестиционной деятельности.

¹См.: подп. 5.1.1 Положения о Федеральной службе финансово-бюджетного надзора, утвержденного постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2004 г. № 691 // СЗ РФ. 2004. № 49. Ст. 4897.

²См.: Положение о Федеральной службе по экологическому, технологическому и атомному надзору, утвержденное постановлением Правительства РФ от 30 июля 2004 г. № 401 // СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3348.

³Подробнее о правовом режиме гидротехнических сооружений см.: Абрамов В. В. Правовой режим гидротехнических сооружений (частноправовой и публично-правовой аспекты). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2005.

Бюджетный кодекс (ст. 132) предусматривает в целях предоставления бюджетам субъектов Федерации субсидий для долевого финансирования *инвестиционных программ (проектов)* развития общественной инфраструктуры регионального значения, а также для поддержки созданных субъектами Федерации фондов муниципального развития в составе федерального бюджета может быть образован Федеральный фонд регионального развития. Иначе говоря, бюджетное законодательство предоставляет субъектам инвестиционной деятельности финансовую помощь в виде дотаций, субсидий, субвенций, бюджетных ссуд на развитие отдельных территорий, отраслей, производств, но пока что явно недостаточно.

В сфере налогового регулирования новеллой являются нормы об инвестиционном налоговом кредите. Так, в силу п. 1 ст. 66 НК *инвестиционный налоговый кредит* представляет собой такое изменение срока уплаты налога, при котором организации при наличии оснований, указанных в ст. 67 настоящего Кодекса, предоставляется возможность в течение определенного срока и в определенных пределах уменьшать свои платежи по налогу с последующей поэтапной уплатой суммы кредита и начисленных процентов. Инвестиционный налоговый кредит может быть предоставлен по налогу на прибыль организации, а также по региональным и местным налогам на срок от одного года до пяти лет.

Организация, получившая инвестиционный налоговый кредит, вправе уменьшать свои платежи по соответствующему налогу в течение срока действия *договора об инвестиционном налоговом кредите*. В каждом отчетном периоде (независимо от числа договоров об инвестиционном налоговом кредите) суммы, на которые уменьшаются платежи по налогу, не могут превышать 50% размеров соответствующих платежей по налогу, определенных по общим правилам без учета наличия договоров об инвестиционном налоговом кредите. При этом накопленная в течение налогового периода сумма кредита не может превышать 50% размеров суммы налога, подлежащего уплате организацией за этот налоговый период. Если накопленная сумма кредита превышает предельные размеры, на которые допускается уменьшение налога для такого отчетного периода, то разница между этой суммой и предельно допустимой суммой переносится на следующий отчетный период.

Порядок и условия предоставления инвестиционного налогового кредита сформулированы в ст. 67 НК. Инвестиционный налоговый кредит может быть предоставлен организации, являющейся налогоплательщиком соответствующего налога, при наличии хотя бы одного из *следующих оснований*:

1) проведение этой организацией научно-исследовательских или опытно-конструкторских работ либо технического перевооружения собственного производства, в том числе направленного на

создание рабочих мест для инвалидов или защиту окружающей среды от загрязнения промышленными отходами;

2) осуществление этой организацией внедренческой или инновационной деятельности, в том числе создание новых или совершенствование применяемых технологий, создание новых видов сырья или материалов;

3) выполнение этой организацией особо важного заказа по социально-экономическому развитию региона или предоставление ею особо важных услуг населению.

Государственные гарантии прав субъектов инвестиционной деятельности выражаются в том, что государство в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами, законами и подзаконными актами субъектов Федерации *гарантирует всем субъектам инвестиционной деятельности независимо от форм собственности:*

обеспечение равных прав при осуществлении инвестиционной деятельности;

гласность в обсуждении инвестиционных проектов;

право обжаловать в суд решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления и их должностных лиц;

защиту капитальных вложений (п. 1 ст. 15 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений).

Глава IV Закона об инвестиционной деятельности также посвящена государственным гарантиям прав субъектов инвестиционной деятельности. Однако все рекорды побиты Законом об иностранных инвестициях, половина статей которого (ст. 5—17) связаны с гарантиями иностранному инвестору.

В связи с этим интерес вызывают положения инвестиционных законов о защите инвестиций, в том числе капитальных вложений. Статья 16 Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, предусматривает *следующие защитные гарантии*. Капитальные вложения могут быть:

а) национализированы только при условии предварительного и равноценного возмещения государством убытков, причиненных субъектам инвестиционной деятельности, в соответствии с Конституцией РФ, Гражданским кодексом;

б) реквизированы по решению государственных органов в случаях, порядке и на условиях, которые определены Гражданским кодексом. Страхование капитальных вложений осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации.

VI. Особенности отдельных форм осуществления иностранными инвесторами деятельности на территории Российской Федерации. Исходя из тезиса о том, что инвестиции (равно и инвестиционная деятельность) независимо от своего происхождения (отечест-

венные или иностранные) обладают одинаковым правовым режимом, тем не менее рассмотрим некоторые особенности правового режима иностранных инвестиций по законодательству Российской Федерации, а также отдельные формы осуществления инвесторами деятельности в России.

Начнем с того, что Закон об иностранных инвестициях (ст. 2) вводит в оборот понятие «приоритетный инвестиционный проект». Кроме того, в названном Законе дано определение понятия «инвестиционный проект», которое можно использовать в иных случаях.

Приоритетный инвестиционный проект — инвестиционный проект, суммарный объем иностранных инвестиций в который составляет не менее 1 млрд руб. (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Центрального банка РФ на день вступления в силу Закона об иностранных инвестициях), или инвестиционный проект, в котором минимальная доля (вклад) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале коммерческой организации с иностранными инвестициями составляет не менее 100 млн руб., но не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Банка России, включенные в перечень, утверждаемый Правительством РФ. На наш взгляд, понятие «приоритетный инвестиционный проект» должно получить широкое применение и не ограничиваться только сферой Закона об иностранных инвестициях.

На территории Российской Федерации иностранные инвесторы могут использовать *следующие правовые формы*: а) создание коммерческих организаций с иностранными инвестициями; б) деятельность через созданные филиалы и представительства; в) договорные формы осуществления деятельности. Рассмотрим их (правовые формы) более подробно.

Организации с иностранными инвестициями. Закон об иностранных инвестициях (ст. 20) предусматривает возможность создания коммерческих организаций с иностранными инвестициями на условиях и в порядке, которые предусмотрены Гражданским кодексом и другими федеральными законами, за изъятиями, которые могут быть установлены федеральными законами в соответствии с п. 2 ст. 4 настоящего Закона.

Как следует из содержания приведенного правила, организации с иностранными инвестициями создаются в качестве юридических лиц, являющихся коммерческими организациями (п. 2 ст. 50 ГК). Однако данный Закон предоставляет иностранному инвестору право осуществлять инвестиции в *любых не запрещенных законом организационно-правовых формах*. Следовательно, в силу ст. 50 ГК коммерческие организации с иностранными инвестициями могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, за исключением го-

сударственных и муниципальных унитарных предприятий. Далее, при создании таких организаций применяются общие положения федеральных законов о субъектах предпринимательской деятельности, а также Закон о регистрации юридических лиц.

Организации с иностранными инвестициями создаются и регистрируются в *общем порядке* — налоговым органом. В качестве особенности Закон об иностранных инвестициях (ст. 12) называет выписку из реестра иностранных юридических лиц соответствующей страны происхождения или иное равное по юридической силе доказательство юридического статуса иностранного юридического лица — учредителя. Эти и другие документы представляются при государственной регистрации создаваемого юридического лица — организации с иностранными инвестициями. При этом регистрирующий орган не вправе требовать представление других документов кроме документов, установленных данным Законом.

В отличие от прежнего инвестиционного законодательства Закон об иностранных инвестициях в новой редакции не регламентирует вопрос о доли участия иностранного инвестора в уставном (складочном) капитале хозяйственных товариществ или обществ. Поэтому можно утверждать, что любое участие иностранного инвестора в формировании уставного (складочного) капитала хозяйственного товарищества или общества свидетельствует о наличии «иностранного элемента» в имуществе созданной организации. В тех случаях, когда иностранному инвестору (инвесторам) принадлежит 100% в уставном (складочном) капитале, речь идет о создании иностранной организации без «российского элемента». И, напротив, объединение иностранного и отечественного капиталов приводит к появлению совместной организации (по старой терминологии — «совместное предприятие»). У таких организаций возникает право частной собственности на имущество без какой-либо дифференциации.

Вместе с тем российское инвестиционное законодательство стимулирует иностранного инвестора к увеличению доли своего участия в уставном (складочном) капитале хозяйственных товариществ и обществ. В соответствии с п. 5 ст. 4 Закона об иностранных инвестициях, если иностранный инвестор, коммерческая организация с иностранными инвестициями, созданная на территории Российской Федерации, в которой иностранный инвестор владеет не менее чем 10% доли в уставном (складочном) капитале указанной организации, то при осуществлении ими реинвестирования они пользуются в полном объеме правовой защитой, гарантиями и льготами. *Реинвестирование* — это осуществление капитальных вложений в объекты предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации за счет доходов или прибыли иностранного инвестора или коммерческой организации

с иностранными инвестициями, которые получены ими от иностранных инвестиций.

Существуют и другие варианты участия иностранных инвесторов в предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации. Один из них — когда иностранный инвестор приобретает долю участия в уставном капитале уже *действующего хозяйственного общества*. Хозяйственное общество получает статус организации с иностранными инвестициями с момента вхождения в состав его участников и пользуется правовой защитой, гарантиями и льготами, установленными настоящим Законом (п. 6 ст. 4). И, наоборот, юридическое лицо утрачивает статус коммерческой организации с иностранными инвестициями со дня выхода иностранного инвестора из состава ее участников (при наличии нескольких иностранных инвесторов в составе ее участников — в случае выхода всех иностранных инвесторов) со всеми последствиями.

Что понимается под словосочетанием «с момента вхождения в состав ее участников иностранного инвестора»? Речь идет о фактическом или юридическом вхождении? Представляется, что в данном случае имеет место фактическое вхождение иностранного инвестора в состав участников хозяйственного общества (товарищества) путем приобретения доли (вклада) в уставном (складочном) капитале общества (товарищества). Что касается изменений учредительных документов хозяйственного товарищества (общества) с участием «иностранного элемента», то такие изменения приобретают силу для третьих лиц с даты их государственной регистрации, а в случаях, установленных законом, — с момента уведомления регистрирующего органа о таких изменениях (п. 3 ст. 52 ГК).

Коммерческие организации с иностранными инвестициями вправе создавать *дочерние и зависимые общества* (ст. 105, 106 ГК). Однако Закон об иностранных инвестициях (п. 4 ст. 4) не распространяет на них режим правовой защиты, гарантий и льгот при осуществлении ими предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации.

Филиалы и представительства организаций с участием иностранного капитала. Закон об иностранных инвестициях (п. 3 ст. 4, 21, 22) называет только филиал в качестве обособленного подразделения иностранного юридического лица. И хотя Закон не упоминает о представительствах, тем не менее их создание не запрещено и в реальной действительности они учреждаются по правилам ст. 55 ГК. Кроме того, отдельные нормы об аккредитации представительств можно найти в некоторых федеральных законах, а также в постановлениях Правительства РФ.

Создается мнение о том, что филиалы и представительства могут открываться только в отношении иностранных юридических лиц, осуществляющих свою экономическую деятельность за

пределами Российской Федерации (ст. 21 Закона об иностранных инвестициях). В действительности же филиалы и представительства открываются как иностранными организациями, расположенными на территории другого государства, так и коммерческими организациями с иностранным капиталом (инвестициями), созданными на территории Российской Федерации.

Итак, *филиал организации с иностранным капиталом* — это обособленное подразделение иностранного юридического лица, коммерческой организации с иностранным капиталом (инвестициями), открытое на территории Российской Федерации, расположенное вне места нахождения юридического лица (коммерческой организации) и осуществляющее все функции или их часть, включая *функции представительства*.

В отличие от филиала *основная функция представительства* — представлять интересы юридического лица (в нашем случае — иностранной компании или коммерческой организации с иностранными инвестициями), осуществлять их защиту (п. 1 ст. 55 ГК).

Филиалы и представительства не являются юридическими лицами (п. 3 ст. 55 ГК), а потому они действуют от имени иностранного юридического лица или коммерческой организации с участием иностранных инвестиций. Руководители филиалов и представительств назначаются юридическим лицом и действуют на основании доверенности.

Представительства и филиалы наделяются имуществом создавшим их юридическим лицом и осуществляют свою деятельность в соответствии с утвержденными им положениями (п. 3 ст. 55 ГК). Указанные положения — это акты локального действия. Согласно п. 2 ст. 22 Закона об иностранных инвестициях в положении о филиале иностранного юридического лица (равным образом коммерческой организации с иностранными инвестициями) должны быть указаны наименования филиала и его учредившей организации, ее организационно-правовая форма, местонахождение филиала на территории Российской Федерации и юридический адрес иностранного юридического лица (коммерческой организации), цели создания и виды деятельности филиала, состав, объем и сроки вложения капитала в основные фонды филиала, порядок управления филиалом. В положение о филиале иностранного юридического лица могут быть включены другие сведения, отражающие особенности деятельности филиала иностранного юридического лица на территории Российской Федерации и не противоречащие ее законодательству.

На наш взгляд, аналогичные требования должны предъявляться к положению о представительстве иностранного юридического лица или коммерческой организации с участием иностранных инвестиций.

Филиалы и представительства должны быть указаны в учредительных документах создавшего их юридического лица (п. 3 ст. 55 ГК).

Филиалы и представительства иностранного юридического лица или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежат государственной регистрации, они аккредитуются. *Аккредитация* — это оформление официального присутствия филиала (представительства) в Российской Федерации в целях выполнения возложенных на них функций. Она имеет юридическое значение. В соответствии с п. 4 ст. 22 Закона об иностранных инвестициях филиал иностранного юридического лица имеет право осуществлять предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации со дня его *аккредитации*. То же самое можно сказать и в отношении аккредитации представительства.

Аккредитацию и ведение государственного реестра филиалов иностранных организаций осуществляет Государственная регистрационная палата при Минюсте России¹. Функции аккредитации представительств иностранных компаний и фирм также возложены на Государственную регистрационную палату². При этом надо отметить, что полномочия Государственной регистрационной палаты не распространяются на банки с участием иностранного капитала, филиалы иностранных банков и представительства кредитных организаций иностранных государств на территории Российской Федерации (ст. 17, 18 Закона о банках).

В соответствии с Налоговым кодексом РФ филиалы и представительства иностранных организаций обладают некоторыми особенностями. Так, для целей настоящего Кодекса под термином «организация» понимаются филиалы и представительства иностранных юридических лиц, компаний и других корпоративных образований (п. 2 ст. 11). Поэтому в силу ст. 19 НК налогоплательщиками и плательщиками сборов признаются организации, на которых в соответствии с Кодексом возложена обязанность уплачивать соответственно налоги и (или) сборы. В отличие от них филиалы и иные обособленные подразделения российских организаций только исполняют обязанности этих организаций по уплате налогов и сборов по месту нахождения обособленных подразделений.

¹ См.: постановление Правительства РФ от 21 декабря 1999 г. № 1419 «О федеральном органе исполнительной власти, ответственном за координацию деятельности федеральных органов исполнительной власти по привлечению в экономику Российской Федерации прямых иностранных инвестиций и аккредитацию филиалов иностранных юридических лиц // СЗ РФ. 1999. № 52. Ст. 6412.

² См.: приказ Минюста России от 25 ноября 1999 г. № 341 «О передаче функций отдела по работе с представительствами иностранных юридических фирм», а также письмо Государственной регистрационной палаты от 9 декабря 1999 г. № ВС-2259//ИПС «КонсультантПлюс».

Налоговый кодекс вводит в оборот понятие «постоянное представительство». Согласно п. 2 ст. 306 НК под *постоянным представительством иностранной организации* в Российской Федерации понимается филиал, представительство, отделение, бюро, контора, агентство, любое другое обособленное подразделение или иное место деятельности этой организации, через которое организация регулярно осуществляет предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации. Такое представительство считается образованным с начала регулярного осуществления предпринимательской деятельности через ее отделение. При этом деятельность по созданию отделения сама по себе не создает постоянного представительства.

Итак, с точки зрения Налогового кодекса постоянное представительство может действовать и без аккредитации. Главное заключается в том, чтобы иностранное юридическое лицо, имеющее постоянное представительство, своевременно встало на налоговый учет и платило налоги с учетом международных соглашений об избежании двойного налогообложения. Здесь, правда, возникает определенное противоречие между Налоговым кодексом и Законом об иностранных инвестициях (п. 4 ст. 22).

В соответствии с п. 9 ст. 85 НК органы и организации, осуществляющие аккредитацию филиалов и представительств иностранных юридических лиц, обязаны сообщать в налоговые органы по месту своего нахождения сведения об аккредитации (о лишении аккредитации) филиалов и представительств иностранных юридических лиц в течение 10 дней со дня аккредитации (лишения аккредитации).

Договорные формы осуществления инвестиционной деятельности.

На территории Российской Федерации заключаются различного рода гражданско-правовые договоры с участием иностранных юридических лиц, компаний, а также их филиалов и представительств. Указанные договоры можно подразделить на две группы: инвестиционные договоры и иные договоры. К *инвестиционным* относятся прежде всего договоры финансовой аренды (лизинга), коммерческой концессии, соглашение о разделе продукции. И не только. Сюда можно включить договоры о совместной деятельности, займа, купли-продажи ценных бумаг и др.¹

Большинство заключаемых соглашений с участием иностранных компаний (фирм) не являются по своей природе инвестиционными. К ним относятся: договоры купли-продажи, подряда, страхования, аренды и др.

Существуют *посреднические договоры* (комиссии, поручения, агентирования), используя которые иностранные юридические лица действуют на территории Российской Федерации через брокеров, комиссионеров, доверителей, агентов, профессиональных

участников рынка ценных бумаг. Эти договоры обслуживают основную деятельность инвестора.

Таким образом, некоторые договоры в зависимости от характера предмета и их цели могут обладать двойной сферой применения. Например, по общему правилу договор купли-продажи нельзя считать инвестиционным соглашением. Однако в тех случаях, когда он (договор) заключается иностранным инвестором на приобретение ценных бумаг (акций) российского акционерного общества, такой договор приобретает признаки инвестиционного соглашения. То же самое можно сказать в отношении договора займа (включая государственный и банковский).

И последнее замечание. Закон об иностранных инвестициях (ст. 2) называет только одну договорную форму инвестиционного сотрудничества — финансовую аренду (лизинг). Вместе с тем это не означает, что при осуществлении иностранной деятельности на территории Российской Федерации не могут использоваться иные договорные формы инвестирования. В соответствии со ст. 6 настоящего Закона иностранный инвестор имеет право осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации в любых формах, не запрещенных законодательством РФ.

§ 6. Государственное регулирование внешнеэкономической деятельности

1. Понятие внешнеэкономической деятельности. Впервые определение понятия «внешнеэкономическая деятельность» сформулировано в Федеральном законе от 18 июня 1999 г. № 183-ФЗ «Об экспортном контроле» (в ред. от 18 июля 2005 г. № 90-ФЗ). В соответствии со ст. 1 Закона *внешнеэкономическая деятельность* — внешнеторговая, инвестиционная и иная деятельность, включая производственную кооперацию, в области международного обмена товарами, информацией, работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них (интеллектуальная собственность). Из легального определения внешнеэкономической деятельности вытекает ряд признаков.

Во-первых, внешнеэкономическая деятельность является родовым понятием по отношению к внешнеторговой и инвестиционной деятельности. Кроме того, Закон называет иные виды деятельности, в том числе производственную кооперацию.

Во-вторых, внешнеэкономическая деятельность опосредует сферу международного обмена.

¹ См.: Мороз С. П. Инвестиционное право: Учебник. С. 319—369.

¹ См.: Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3774. Далее — Закон об экспортном контроле.

В-третьих, объектами внешнеэкономической деятельности являются товары, информация, работы, услуги, результаты интеллектуальной собственности, включая исключительные права на них. Иначе говоря, объекты внешнеэкономической деятельности во многом совпадают с объектами гражданских прав (ст. 128 ГК в старой редакции).

Вместе с тем нормативное определение внешнеэкономической деятельности содержит серьезные недостатки, на которые обращалось внимание в литературе. Прежде всего непонятно, как соотносятся между собой такие понятия, как «внешнеэкономическая деятельность», «предпринимательская деятельность» и «экономическая деятельность». В связи с этим мы придерживаемся точки зрения, согласно которой «внешнеэкономическая деятельность» и «предпринимательская деятельность» — это перекрещивающиеся понятия¹. В действительности субъекты внешнеэкономической деятельности осуществляют, как правило, предпринимательскую деятельность. Однако некоммерческие организации и граждане, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, а также публичные образования и международные организации могут выступать в качестве субъектов внешнеэкономической деятельности. Следовательно, внешнеэкономическая деятельность представляет собой *разновидность деятельности экономической*.

Определение внешнеторговой деятельности содержится в Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (в ред. от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ). *Внешнеторговая деятельность* — деятельность по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью (ст. 2 Закона). Таким образом, внешнеторговая деятельность тесно связана с понятием «внешняя торговля», т. е. это та стадия производственного процесса, где происходит обмен производимой продукцией, информацией, интеллектуальной собственностью, выполненными работами и оказанными услугами.

Главная отличительная особенность внешнеэкономической деятельности (равно и внешнеторговой деятельности) — *наличие иностранного элемента*. При этом юридическое значение в законодательстве и международной практике придается различным «иностранным элементам» внешнеэкономических отношений: участие иностранного лица (субъекта); нахождение коммерческого предприятия — одного из субъектов за границей; деятельность за рубежом; нахождение объекта деятельности за границей или пере-

мещение его через границу¹. Следует согласиться с мнением о том, что различные оценки иностранного элемента во внешнеэкономических отношениях зависят от предмета и целей правового регулирования соответствующих отношений. Так, местонахождение коммерческих предприятий сторон в разных государствах возникает в случае необходимости коллизионного регулирования при квалификации контракта в качестве внешнеэкономического. Внешним признаком внешнеторговой деятельности является участие в ней лиц, принадлежащих к различным государствам. Для целей таможенного регулирования и экспортного контроля юридически значимыми служат перемещение товаров, капитала, услуг через таможенную границу Российской Федерации и выполнение работ на территории иностранного государства.

Итак, *внешнеэкономическая деятельность* — это внешнеторговая, инвестиционная и иная экономическая деятельность, включая производственную кооперацию, в области международного обмена товарами, информацией, работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них (интеллектуальная собственность) с наличием в ней «иностранного элемента».

Будучи видом экономической деятельности, внешнеэкономическая деятельность состоит из совокупности действий, операций и внешнеэкономических сделок. Например, в составе внешнеэкономической деятельности можно выделить импортные, экспортные, реэкспортные, товарообменные и иные коммерческие операции с товарами.

Особое место в системе внешнеэкономических отношений занимают *внешнеэкономические сделки* — это правовая форма опосредования отношений в сфере внешнеэкономической деятельности. По своей юридической природе они (сделки) являются гражданско-правовыми. Равно как банковские, биржевые сделки, рассматриваемые сделки не вписываются в традиционную классификацию гражданско-правовых сделок. Считаем, что применительно к теме исследования более корректно говорить о внешнеэкономических соглашениях (договорах), нежели о конструкции сделки, поскольку последние могут быть не только двусторонними, но и односторонними.

Их *специфика* заключается в том, что внешнеэкономические сделки, *во-первых*, ограничены сферой внешнеэкономической деятельности, *во-вторых*, в них присутствует иностранный элемент. С учетом сказанного можно сформулировать определение внешнеэкономического договора.

¹ Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 853.

¹ См.: Вершинин А. П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001. С. 42—43.

Итак, *внешнеэкономический договор* — это разновидность гражданско-правового договора, заключенного между сторонами, одна из которых приобрела правовой статус по законодательству иностранного государства или согласно международному договору либо имеет за рубежом коммерческую организацию, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей при осуществлении внешнеэкономической деятельности¹. Далее отметим, что внешнеэкономический договор является своеобразным видом хозяйственного (экономического) договора, а в тех случаях, когда он отвечает признакам предпринимательского договора, его можно квалифицировать в качестве последнего. Что касается вопроса о принадлежности внешнеэкономического договора к договорному типу хозяйственного договора или предпринимательского договора, то такая постановка интересна и заслуживает внимания, однако только в теоретическом плане, поскольку конструкция хозяйственного (равно и предпринимательского) договора не получила легальной прописки². Поэтому в этой ситуации сложно моделировать связи между смежными понятиями по схеме: «тип — вид — подвид».

Структурно внешнеэкономическая деятельность состоит из следующих элементов: субъектов, объектов и формы действия субъектов.

II. Источники правового регулирования внешнеэкономической деятельности. Термин «источник правового регулирования» применительно к теме данного исследования в общем плане не отличается какой-либо спецификой. В литературе традиционно рассматриваются известные виды источников: нормативный правовой акт, обычай, судебный прецедент. Специфика источников правового регулирования внешнеэкономической деятельности проявляется в следующих моментах.

Соотношение гражданско-правовых и публично-правовых начал, действующих в сфере внешнеэкономической деятельности, испытывает значительное влияние со стороны единой политики государства³. Не случайно в ст. 4 Закона о внешнеэкономической деятельности сформулированы *основные принципы государственного регулирования* внешнеэкономической деятельности:

единство таможенной территории Российской Федерации;

¹ Схожую позицию занимает В. А. Бублик (см.: Бублик В. А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения. Екатеринбург, 1999. С. 45).

² См.: Бублик В. А. Указ. соч. С. 45—46.

³ См.: Вершинин А. П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. С. 2—3.

единство системы государственного регулирования внешнеторговой деятельности;

единство применения методов государственного регулирования внешнеторговой деятельности на всей территории Российской Федерации;

обоснованность и объективность применения мер государственного регулирования внешнеторговой деятельности и др.

Соотношение внутригосударственного, иностранного и международного права в области внешнеэкономической деятельности обусловлено вовлечением государства в процесс унификации права, развитием коллизионных средств правового регулирования и либерализацией данной области¹. Эти и другие вопросы указанного соотношения рассматривались на страницах данного учебника в контексте применения норм международного права как источника предпринимательского права.

Внутреннее законодательство, посвященное регулированию внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации, является обширным и состоит из нормативных правовых актов общего и специального действия. К общим актам относятся, например: Конституция РФ, Бюджетный, Гражданский и Налоговый кодексы, к специальным — Кодекс торгового мореплавания, Таможенный кодекс, а также специальные федеральные законы: о валютном контроле, об иностранных инвестициях, о внешнеэкономической деятельности, о валютном регулировании и др.

Перечень общих актов законодательства о внешнеэкономической деятельности включает различные блоки: о субъектах хозяйственной (предпринимательской) деятельности, о государственном регулировании хозяйственной деятельности, о предпринимательских договорах и т. д. Некоторые законы с трудом можно отнести к таким актам, но это только на первый взгляд. Например, Федеральный закон от 3 августа 1995 г. № 123-ФЗ «О племенном животноводстве»² устанавливает правовую основу деятельности по разведению племенных животных, производству и использованию племенной продукции (материала), определяет полномочия государственной племенной службы по регулированию указанной деятельности. Однако ст. 11 Закона содержит правила об экспорте и импорте племенной продукции (материала), в том числе о разрешениях.

Как в любой сфере правового регулирования, в области внешнеэкономической деятельности действует множество подзаконных актов.

¹ См.: Вершинин А. П. Указ. соч. С. 5.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3199.

Важное значение имеет вопрос о соотношении полномочий Российской Федерации и ее субъектов в области внешнеэкономической деятельности. В силу ст. 71 Конституции РФ внешнеэкономические отношения Российской Федерации, установление правовых основ единого рынка; финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование — предмет исключительного ведения Российской Федерации. К совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов относится *координация международных и внешнеэкономических связей субъектов Федерации, выполнение международных договоров Российской Федерации* (п. «о» ст. 72 Конституции РФ). В развитие положения ст. 72 Конституции РФ был принят Федеральный закон от 4 января 1999 г. № 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации»¹. В соответствии со ст. 1 Закона субъекты в пределах полномочий, предоставленных им Конституцией РФ, федеральным законодательством и договорами между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ о разграничении предметов ведения и полномочий, обладают правом на осуществление международных и внешнеэкономических связей с субъектами иностранных федеративных государств, административно-территориальными образованиями иностранных государств, а также на участие в деятельности международных организаций в рамках органов, созданных специально для этой цели. Субъекты Федерации с согласия Правительства РФ могут осуществлять такие связи и с органами государственной власти иностранных государств. Под *международными и внешнеэкономическими связями* субъектов Федерации понимаются осуществляемые в торгово-экономической, научно-технической, экологической, гуманитарной, культурной и в иных областях связи с иностранными партнерами, указанными в п. 1 ст. 1 Закона.

Среди источников правового регулирования внешнеэкономической деятельности следует назвать обычаи, включая международные обычаи².

III. Субъекты и объекты внешнеэкономической деятельности. *Субъекты (участники) внешнеэкономической деятельности* — это любые российские лица и иностранные лица, а также публичные образования (Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования), осуществляющие в установленном законом порядке внешнеэкономическую деятельность. Глава 3 Закона о внешнетор-

говой деятельности также называет среди участников внешнеторговой деятельности указанных лиц и публичные образования (ст. 10, 11). Таким образом, в числе субъектов внешнеэкономической деятельности следует выделить две *группы субъектов*: 1) физические и юридические лица; 2) публичные образования. Причем публичные образования осуществляют внешнеэкономическую (равно и внешнеторговую) деятельность только в случаях, установленных федеральными законами. В этом качестве они (образования) действуют как субъекты гражданского права (гл. 5 ГК).

Вместе с тем публичные образования могут быть участниками внешнеэкономических отношений в ином качестве, когда они имеют не частный, а *публичный интерес участия* во внешнеэкономических связях. В данном случае они реализуют соответствующий публичный интерес способами, не связанными с участием в гражданском обороте в качестве субъектов гражданского оборота. Особый статус имеет государство, поскольку обладает суверенитетом, который основан на его иммунитете¹.

Следовательно, участие государства, субъектов Федерации, муниципальных образований во внешнеэкономических отношениях в качестве публичных образований, реализующих свои публичные интересы, нельзя приравнивать структуре субъекту внешнеэкономической деятельности. Поэтому мы предлагаем использовать два термина: «субъект внешнеэкономической деятельности» и «участник внешнеэкономических отношений».

Теперь несколько подробно рассмотрим отдельные виды субъектов внешнеэкономической деятельности. К российским лицам относятся правоспособные физические лица, в том числе лица, осуществляющие индивидуальную предпринимательскую деятельность (ст. 23 ГК). В соответствии с п. 23 ст. 2 Закона о внешнеторговой деятельности *российское физическое лицо* является участником внешнеторговой деятельности, если оно (лицо) имеет постоянное или преимущественное место жительства на территории Российской Федерации, является гражданином или имеет право постоянного проживания в Российской Федерации. *Российское юридическое лицо* — это организация, созданная в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации (гл. 4 ГК).

Иностранное физическое лицо — иностранные граждане, гражданская правоспособность и дееспособность которых определяются по праву иностранного государства, гражданами которого они являются, и лица без гражданства, гражданская дееспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором данные лица имеют постоянное место жительства. Соответ-

¹ СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231.

² Подробнее об этом см.: *Зыкин И. С.* Обычаи и обыкновения в международной торговле; *Талжанов К. А.* Международный обычай как источник международного частного права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2005.

¹ См.: *Малька А. В., Суменков С. Ю.* Правовой иммунитет: теоретические и практические аспекты. М., 2002.

венно к *иностранным коллективным образованиям* относятся юридические лица и организации в иной организационно-правовой форме, гражданская правоспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором они учреждены (ст. 1 Закона об экспортном контроле). Таким иностранным лицом (организацией), имеющим ограниченную гражданскую правоспособность, необходимую для участия во внешнеэкономической деятельности, являются, например, американские партнерства (partnership).

Особое место в системе субъектов внешнеэкономической деятельности занимают *международные организации*, которые, с одной стороны, являются юридическими лицами, с другой — их гражданская правоспособность существенным образом отличается от иных коллективных образований. Согласно ст. 3 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 г. международные организации являются субъектами международного права. Международные организации обладают международной правоспособностью с момента ее учреждения¹.

Все субъекты внешнеэкономической деятельности можно подразделить на отдельные виды с учетом их регистрации, организационно-правовой формы, количества участников, территории, содержания деятельности и др. Так, в зависимости от соотношения государственной принадлежности и территории нахождения субъекты внешнеэкономической деятельности могут быть квалифицированы в качестве резидентов и нерезидентов.

В силу пп. 6 п. 1 ст. 1 Закона о валютном регулировании: *резиденты* — это:

а) физические лица, являющиеся гражданами Российской Федерации, за исключением граждан Российской Федерации, признаваемых постоянно проживающими в иностранном государстве в соответствии с законодательством этого государства;

б) постоянно проживающие в Российской Федерации на основании вида на жительство, предусмотренного законодательством Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства.

Нерезидентами являются:

а) физические лица, не являющиеся резидентами в соответствии с подп. «а» и «б» п. 6 ч. 1;

б) юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющие местонахождение за пределами территории Российской Федерации;

¹См.: Международное публичное право: Учебник/Отв. ред. К. А. Бекяшев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 158—159.

в) организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющие местонахождение за пределами территории Российской Федерации;

г) аккредитованные в Российской Федерации дипломатические представительства, консульские учреждения иностранных государств и постоянные представительства указанных государств при межгосударственных или межправительственных организациях;

д) межгосударственные и межправительственные организации, их филиалы и постоянные представительства в Российской Федерации;

е) находящиеся на территории Российской Федерации филиалы, постоянные представительства и другие обособленные или самостоятельные структурные подразделения нерезидентов, указанных в пп. «б» и «в» п. 7;

ж) иные лица, не указанные в п. 6 ч. 1 ст. 1 Закона о валютном регулировании.

С учетом числа участников внешнеэкономических отношений субъекты подразделяются на индивидуальные и коллективные. В свою очередь, коллективные образования разделяются на юридические лица и иные организации с ограниченной правоспособностью. Среди юридических лиц выделяют коммерческие и некоммерческие организации.

Перечень видов субъектов внешнеэкономической деятельности можно продолжить, используя при этом разные критерии классификации¹.

Объектами внешнеэкономической деятельности являются товары, информация, работы, услуги, результаты интеллектуальной собственности, включая исключительные права на них.

В зависимости от объекта выделяют внешнеторговую деятельность, международное производственное сотрудничество и кооперацию, международную инвестиционную, лизинговую деятельность и др.

Внешнеторговая деятельность также неоднородна: с точки зрения объекта может быть подразделена на деятельность по обмену товарами, работами, услугами, информацией, результатами интеллектуальной собственности, включая исключительные права на них.

В соответствии с п. 26 ст. 2 Закона о внешнеторговой деятельности *товар* — движимое имущество, отнесенные к недвижимому имуществу воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания и смешанного (река — море) плавания и космические объекты, а также электрическая энергия и другие виды энергии.

¹Подробнее о классификации субъектов внешнеэкономической деятельности см.: Бублик В. А. Указ. соч. С. 88—106.

Транспортные средства, используемые по договору о международных перевозках, не рассматриваются в качестве товара.

Наряду с внешнеторговой деятельностью в составе внешнеэкономической деятельности некоторые авторы выделяют финансовую деятельность, осуществляемую с использованием финансовых средств, ценных бумаг, драгоценных металлов и камней.

Классификацию объектов внешнеэкономической деятельности можно продолжить в зависимости от дифференциации имущества, работ, услуг и результатов интеллектуальной собственности. При этом, на наш взгляд, следует использовать некоторые общероссийские классификаторы (например, основных фондов, валют, услуг населению, продукции).

IV. Публично-правовой режим осуществления внешнеэкономической деятельности. Как уже отмечалось, государственному регулированию внешнеэкономической деятельности отводится значительная роль. Не случайно в Законе о внешнеторговой деятельности многие главы и статьи посвящены государственному регулированию внешнеторговой деятельности. Глава 2 Закона содержит нормы о полномочиях федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Федерации и органов местного самоуправления в области внешнеторговой деятельности, гл. 4 — об основных положениях государственного регулирования внешнеторговой деятельности, гл. 5 — о государственном регулировании внешнеторговой деятельности в области внешней торговли товарами, гл. 6 — о государственном регулировании внешнеторговой деятельности в области внешней торговли услугами, гл. 7 — о государственном регулировании внешнеторговой деятельности в области внешней торговли интеллектуальной собственностью, гл. 8 — об особых видах запретов и ограничений внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью.

Как видим, тема публично-правового режима осуществления внешнеэкономической деятельности настолько обширна, что, по существу, является самостоятельным предметом исследования. Поэтому остановимся только на *методах государственного регулирования внешнеторговой деятельности*, исчерпывающий перечень которых сформулирован в ст. 12 Закона о внешнеторговой деятельности¹.

Итак, в силу п. 1 ст. 12 Закона государственное регулирование внешнеторговой деятельности осуществляется в соответствии с международными договорами Российской Федерации, настоя-

¹ При отсутствии специального федерального закона о государственном регулировании внешнеэкономической деятельности мы вынуждены использовать соответствующие положения Закона о внешнеторговой деятельности и следовать его логике.

щим Законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации посредством:

- 1) таможенно-тарифного регулирования;
- 2) нетарифного регулирования;
- 3) запретов и ограничений внешней торговли услугами и интеллектуальной собственностью;
- 4) мер экономического и административного характера, способствующих развитию внешнеторговой деятельности и предусмотренных Законом.

Таможенно-тарифное регулирование. В соответствии со ст. 19 Закона о внешнеторговой деятельности в целях регулирования внешней торговли товарами, в том числе для защиты внутреннего рынка Российской Федерации и стимулирования прогрессивных структурных изменений в экономике, в соответствии с законодательством устанавливаются ввозные и вывозные таможенные пошлины. Так, согласно ст. 3 ТК *ставки таможенных пошлин являются едиными* и не подлежат изменению в зависимости от лиц, перемещающих товары через таможенную границу Российской Федерации, видов сделок и других факторов, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Законом. Ставки ввозных и вывозных таможенных пошлин по общему правилу определяются Правительством РФ. Отдельные исключения содержатся в ст. 3 ТК. Например, в отношении товаров, происходящих из стран, торгово-политические отношения с которыми предусматривают режим наиболее благоприятствуемой нации, применяются ставки ввозных таможенных пошлин, установленные на основании Кодекса.

Нетарифное регулирование внешней торговли товарами может осуществляться только в случаях, предусмотренных ст. 21—24, 26 и 27 Закона о внешнеторговой деятельности, при соблюдении указанных в них требований (ст. 20 Закона о внешнеторговой деятельности). Таким образом, меры нетарифного регулирования существуют в пределах административного усмотрения. Они представляют собой правовые средства запретительного, ограничительного и разрешительного характера¹.

Статья 21 Закона о внешнеторговой деятельности посвящена *количественным ограничениям*, устанавливаемым Правительством РФ в исключительных случаях. Как правило, импорт и экспорт товаров осуществляются без количественных ограничений. Однако Правительство РФ в исключительных случаях может устанавливать ограничения и запреты.

При этом Закон содержит правило (ст. 22) о *недискриминационном применении количественных ограничений*. Так, в случае если Законом о внешнеторговой деятельности допускается установле-

¹ См.: *Вершинин А. П.* Указ. соч. С. 89.

ние количественных ограничений экспорта и (или) импорта товара, такие ограничения применяются вне зависимости от страны происхождения товара, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом. О недискриминации участников внешне-торговой деятельности по признакам формы собственности, места регистрации или положения на рынке говорится в ст. 23 Закона о внешне-торговой деятельности при распределении квоты.

Специальные разрешения в сфере внешней торговли товарами осуществляются посредством лицензирования (ст. 24 Закона).

Лицензирование в сфере внешней торговли товарами устанавливается в случаях:

1) введение временных количественных ограничений экспорта или импорта отдельных видов товаров;

2) реализация разрешительного порядка экспорта и (или) импорта отдельных видов товаров, которые могут оказать неблагоприятное воздействие на безопасность государства, жизнь или здоровье граждан, имущество физических или юридических лиц, государственное или муниципальное имущество, окружающую среду, жизнь или здоровье животных и растений;

3) предоставления исключительного права на экспорт и (или) импорт отдельных видов товаров;

4) выполнения Российской Федерацией международных обязательств.

Отсутствие лицензии, выданной уполномоченным федеральным органом исполнительной власти¹, является основанием для отказа в выпуске товаров таможенными органами Российской Федерации.

Право на осуществление внешне-торговой деятельности может *ограничиваться* путем предоставления исключительного права на экспорт и (или) импорт отдельных видов товаров (ст. 26 Закона).

Перечни отдельных видов товаров, на экспорт и (или) импорт которых предоставляется исключительное право, а также организации, которым предоставляется исключительное право на экспорт и (или) импорт отдельных видов товаров, определяются федеральными законами. Исключительное право на экспорт и (или) импорт отдельных видов товаров осуществляется на основе лицензии, которая выдается Минэкономразвития России. В силу п. 4 ст. 26 Закона о внешне-торговой деятельности сделки по экспорту и (или) импорту отдельных видов товаров, совершенные без лицензии на осуществление исключительного права на экс-

порт и (или) импорт товаров, являются *ничтожными*. С учетом общего правила о ничтожности сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам (ст. 168 ГК), можно было и не указывать в Законе о внешне-торговой деятельности на ничтожность такой сделки. Организации, которым предоставлено исключительное право на экспорт и (или) импорт отдельных видов товаров, обязаны совершать сделки по экспорту и (или) импорту, основываясь на принципе недискриминации и руководствуясь только *коммерческими соображениями* (п. 5 ст. 26 Закона).

¹ Пунктом 2 постановления Правительства РФ от 27 августа 2004 г. № 443 установлено, что Министерство экономического развития и торговли РФ является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим государственное регулирование внешне-торговой деятельности. Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 36. Ст. 3670.

Глава 10

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ОТРАСЛЕВЫХ ВИДОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Государственное регулирование банковской деятельности

1.1. Банковская деятельность как предмет правового регулирования. Банковская деятельность — это вид предпринимательской деятельности, а потому на нее распространяются общие положения о предпринимательстве (ст. 2 ГК). Особенности банковской деятельности проявляются в следующих (основных) признаках: а) особый субъектный состав; б) предмет и характер банковской деятельности. Коротко рассмотрим их.

Субъектами банковской деятельности являются, с одной стороны, кредитная банковская организация, с другой — клиенты банка (физические и юридические лица). Поскольку кредитные небанковские организации вправе осуществлять отдельные банковские операции (ст. 1 Закона о банках), постольку субъектами банковской деятельности могут быть и кредитные небанковские организации. И., наконец, банковские операции и сделки вправе осуществлять Банк России в соответствии с положениями гл. VIII Закона о ЦБ.

Таким образом, *банковская деятельность* представляет собой совокупность банковских операций, перечень которых дан в ст. 5 Закона о банках. Помимо банковских операций, кредитные организации вправе осуществлять банковские сделки, а также иные сделки в соответствии с законодательством. Совершение банковских операций и сделок позволяет разграничивать банковскую деятельность и иные виды экономической деятельности.

В Законе о банках, а также в других федеральных законах отсутствует определение понятий «банковская деятельность», «банковские операции», «банковские сделки». При этом анализ банковских операций и сделок показывает, что Закон о банках допускает их смешение. Например, согласно п. 6 ч. 1 ст. 5 Закона о банках к банковским операциям относится *купля-продажа* (читай: банковская сделка) иностранной валюты в наличной и безналичной формах. В свою очередь, осуществление операций с драгоценными металлами и драгоценными камнями Закон о банках (п. 5 ч. 2 ст. 5) рассматривает в качестве банковской сделки.

На наш взгляд, банковские операции не следует смешивать с банковскими сделками. «Банковская операция — форма осуще-

ствления сделки, технология реализации сделки, которая реализуется нормами банковского права»¹. И, добавим, не только.

Различия, позволяющие разграничить банковские операции и сделки, заключаются в следующем. *Во-первых*, если банковские сделки — это частноправовая категория, то «категория «банковские операции» имеет право на существование только с точки зрения публичных интересов в сферах банковской деятельности»². Полагаем, что банковские операции сочетают публично-правовые и частноправовые элементы. *Во-вторых*, в соответствии с действующим законодательством банковские операции лицензируются Банком России, а сделки, осуществляемые кредитными организациями, нет. *В-третьих*, Банк России в качестве санкции за нарушение требований законодательства вправе ввести запрет только на осуществление кредитной организацией отдельных банковских операций (ст. 74 Закона о ЦБ), но не на осуществление ею банковских сделок³.

Итак, *банковская операция* — это предусмотренная федеральными законами и нормативными правовыми актами Банка России система действий (технология деятельности) кредитной организации, которые она должна исполнить (совершить) для оказания услуг своему клиенту при осуществлении конкретной банковской сделки.

Банковские операции подразделяются, с экономической точки зрения (направление движения денежных ресурсов — в банк или из банка), на три группы: активные (размещение средств), пассивные (привлечение средств) и активно-пассивные (комиссионно-посреднические)⁴. Активные банковские операции делятся: на ссудные (кредитные); расчетные; кассовые; инвестиционные; фондовые; гарантийные. К *пассивным операциям* относятся депозитные и эмиссионные. *Активно-пассивными операциями* являются комиссионно-посреднические операции (например, операции по инкассированию дебиторской задолженности).

Банковская сделка представляет собой разновидность гражданско-правовой сделки (ст. 153 ГК). Однако резонно возникает вопрос о разграничении банковских сделок и иных сделок, которые

¹ Братко А. Г. Специфика нормативных актов Банка России // Право и экономика. 2006. № 7.

² Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1997. С. 19.

³ См.: Тосунян Г. А. Теория банковского права: В 2 т. Т. 1. М., 2004. С. 259.

⁴ См.: Банковское право: Учебное пособие / Отв. ред. А. А. Травкин. М., 2005. С. 78. В литературе спорным является вопрос о критерии деления банковских операций. Так, В. Ф. Попондопуло называет роль, в какой выступает кредитная организация в соответствующем обязательстве (см.: Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право России: Учебник. С. 617). Нам ближе позиция К. К. Лебедева (см.: Лебедев К. К. Коммерческое право: Учебник: В 2 ч. Ч. 2. С. 335).

кредитная организация вправе осуществлять в соответствии с законодательством. Ведь понятно, что не все сделки, перечисленные в ст. 5 Закона о банках, являются банковскими. В связи с этим мы присоединяемся к мнению о том, что под *банковскими сделками* следует понимать сделки, исключительное право на совершение которых предоставлено кредитным организациям. С этой точки зрения надо отнести к числу банковских сделок кредитный договор (ст. 819 ГК), договор банковского вклада (ст. 634 ГК), договор банковского счета (ст. 845), договор финансирования под уступку денежного требования (ст. 824), договор хранения ценностей в банке (ст. 921), договор хранения ценностей в индивидуальном банковском сейфе (ст. 922), договор доверительного управления денежными средствами с физическими и юридическими лицами (ст. 1012).

С учетом сказанного можно сформулировать определение понятия «банковская деятельность».

Банковская деятельность — упорядоченная совокупность систематически осуществляемых банками или кредитными небанковскими организациями на основании лицензии (для Банка России — Закона о ЦБ) банковских операций и сделок, направленных на извлечение прибыли¹. К основным признакам банковской деятельности можно отнести:

- а) систематичность банковских операций и сделок;
- б) общую целенаправленность банковской деятельности — извлечение прибыли;
- в) деятельность, которая осуществляется особыми субъектами — кредитными организациями;
- г) лицензирование банковской деятельности.

По поводу банковской деятельности возникают различного рода отношения: 1) гражданско-правовые отношения между кредитными организациями и их клиентами; 2) публично-правовые отношения между кредитными организациями и Банком России, а также другими публичными органами; 3) внутрибанковские (корпоративные) отношения.

II. Понятие и структура банковской системы Российской Федерации. Прежде всего отметим, что понятия «банковская система» и «кредитная система» — не синонимы. На наш взгляд, понятие «кредитная система» шире понятия «банковская система», которая занимает только часть кредитной системы и включает в себя лишь совокупность банков.

В соответствии со ст. 2 Закона о банках *банковская система* Российской Федерации включает в себя Банк России, кредитные организации, а также филиалы и представительства иностранных банков.

¹ См.: Алексеева Д. Г., Пыхтим С. В., Хоменко Е. Г., Банковское право: Учебное пособие. М., 2006. С. 25.

Что касается кредитной системы, то она состоит из двух подсистем: банковской и небанковской (парабанковской). Например, законодательство называет государственные внебюджетные фонды (фонд обязательного медицинского страхования граждан, Пенсионный фонд и др.) некоммерческими самостоятельными финансовыми учреждениями с правом осуществлять отдельные банковские операции. Следовательно, кредитная система России находится в стадии своего становления. В действующем законодательстве деятельность кредитных небанковских организаций еще не получила должного правового закрепления, в частности, не определены понятие, структура и функции кредитной системы.

Банковская система — это совокупность институтов (Банк России, банки, филиалы и представительства иностранных банков), а также функций, форм и методов, направленных на выполнение финансово-экономических задач государства. В настоящее время банковская система обрела двухуровневое построение. Центральный банк РФ занимает верхний уровень в банковской системе, а кредитные организации, являясь однопорядковыми с точки зрения закона, — нижний уровень.

Кредитные организации вправе создавать союзы и ассоциации, не преследующие цели извлечения прибыли, для решения совместных задач. Им запрещается осуществление банковских операций. Союзы и ассоциации образуются и регистрируются в порядке, установленном законодательством для некоммерческих организаций (ст. 3 Закона о банках).

Представляется, что союзы и ассоциации кредитных организаций не следует включать в банковскую систему, поскольку они — некоммерческие организации, которым запрещено совершать банковские операции.

Статья 4 Закона о банках предусматривает возможность создания группы кредитных организаций и холдингов. Группы кредитных организаций образуются для решения совместных задач (*совместного осуществления банковских операций*) путем заключения соответствующего договора. Холдинги могут создаваться путем получения кредитной организацией (основной кредитной организацией) в силу преобладающего участия в уставном капитале одной или нескольких кредитных организаций либо в соответствии с заключенным с одной или несколькими кредитными организациями договором о возможности принимать решения, обязательные для указанных кредитных организаций.

Несмотря на то что Закон о банках не содержит прямого указания на включение в состав банковской системы групп кредитных организаций и банковских холдингов, мы считаем возможным рассматривать их в качестве элементов банковской системы. Группы кредитных организаций и банковские холдинги не являются юридическими лицами, однако для признания их элемента-

ми банковской системы это не требуется. Важно отметить другое: группы кредитных организаций и банковские холдинги образуются для совместного осуществления банковских операций.

Как отмечалось выше, в банковской системе Центральный банк РФ занимает верхний уровень. Коротко рассмотрим его правовой статус.

Закон о ЦБ не дает определения понятия «Банк России». В литературе правовой статус Центрального банка РФ вызывает острую дискуссию.

Особенность Банка России — его двойственное положение: с одной стороны, он выступает как государственный орган, с другой — как хозяйствующий субъект¹. В связи с этим мы согласны с мнением о том, что в соответствии с Конституцией РФ Банк России не является государственным органом, его нельзя назвать органом исполнительной власти². Вместе с тем Банк России наделен значительными властными полномочиями. Именно здесь, а не в противопоставлении статуса Банка России как органа, наделенного властными полномочиями, и юридического лица усматривается парадоксальная ситуация.

В соответствии со ст. 1 Закона Банк России является юридическим лицом. Однако получение прибыли не есть цель его деятельности (ст. 3 Закона о ЦБ). Следовательно, Банк России относится к некоммерческим организациям (п. 1 ст. 50 ГК РФ). Возникает вопрос об организационно-правовой форме Банка России как некоммерческой организации.

В литературе по этому вопросу были высказаны различные взгляды. Наиболее распространенным является мнение о том, что Банк России является государственным учреждением³. По мнению Л. Г. Ефимовой, Центральный банк РФ — государственное унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения⁴. О. М. Олейник считает Банк России юридическим лицом публичного права⁵.

¹ См.: *Агарков М. М.* Основы банковского права: Курс лекций. 2-е изд. Учение о ценных бумагах. М., 1994. С. 26; *Тосунян Г. А., Викулин А. Ю.* Постатейный комментарий к Федеральному закону от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»: Учебно-практическое пособие. М., 2003. С. 12—13.

² См.: *Братко А. Г.* Центральный банк в банковской системе России. М., 2001. С. 96.

³ См.: *Гейвандалов Я. А.* Центральный банк Российской Федерации: юридический статус, функции, правомочия. М., 1997; *Банковское право: Учебное пособие* / Отв. ред. А. А. Травкин. С. 38.

⁴ См.: *Правовое регулирование банковской деятельности* / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1997. С. 20—26.

⁵ См.: *Олейник О. М.* Основы банковского права: Курс лекций. М., 1997. С. 130—131.

На наш взгляд, Центральный банк РФ нельзя в полной мере отнести к учреждению, поскольку в силу ст. 50, 120 ГК учреждение определяется как организация, финансируемая собственником полностью или частично. В соответствии со ст. 2 Закона Банк России осуществляет свои расходы за счет собственных доходов, т. е. в финансовом отношении не зависит от собственника — государства. Наоборот, Центральный банк РФ вправе осуществлять различного рода операции с Правительством РФ, в том числе предоставлять кредиты, за исключением финансирования дефицита федерального бюджета (ст. 22 Закона).

При определении статуса Банка России важно определить и форму принадлежности имущества. Статья 2 Закона гласит, что имущество Банка России является федеральной собственностью. Гражданский кодекс наряду с правом собственности к вещным относит и другие права (ст. 216).

Категория «право оперативного управления» в большей степени соответствует правовому режиму имущества Банка России. Однако мы наблюдаем некоторое разночтение между Гражданским кодексом и Законом о ЦБ. Согласно ст. 296 ГК право оперативного управления в отношении закрепленного имущества принадлежит казенному предприятию и учреждению.

По вышеназванным основаниям вряд ли можно отнести Банк России к государственному унитарному предприятию. Трудно представить, что Центральный банк РФ является коммерческой организацией, осуществляющей предпринимательскую деятельность в целях защиты и обеспечения устойчивости рубля; развития и укрепления банковской системы Российской Федерации; обеспечения эффективного и бесперебойного функционирования платежной системы (ст. 3 Закона).

Более предпочтительной выглядит точка зрения, согласно которой Банк России — федеральное юридическое лицо публичного права¹. Вместе с тем такой взгляд на природу Центрального банка РФ нуждается в уточнении. Действительно, Банк России, будучи юридическим лицом, учреждается в особом порядке: отсутствие государственной регистрации, учредительных документов и др. Такого рода образования не вписываются в общее представление о юридических лицах (гл. 4 ГК). В то же время сказать о том, что Банк России (равно министерства и ведомства), обладая статусом юридического лица, выходит из зоны частноправового регулирования, трудно, поскольку другой зоны просто нет². Если

¹ Такая точка зрения была высказана и автором настоящего учебника (см.: *Белых В. С., Скуратовский М. Л.* Гражданский кодекс и банковское законодательство // *Хозяйство и право*. 1997. № 4. С. 63).

² См.: *Белых В. С.* О соотношении частного и публичного права в правовом регулировании общественных отношений // *Цивилистические записки: Межвуз. сб. научн. труд. Вып. 3. К 80-летию С. С. Алексеева*. М, Екатеринбург, 2004. С. 71.

в этой ситуации рассматривать Банк России (министерства и ведомства) в качестве юридического лица публичного права, то закономерно появляется вопрос: какого публичного права (конституционного, административного и т. д.)? Поэтому правильно (с учетом реального положения) называть Банк России *публичным юридическим лицом*.

Банк России, являясь некоммерческой организацией, действует в особой организационно-правовой форме, прямо не указанной в п. 3 ст. 50 ГК. Считаем, что Банк России — это *другая форма*, предусмотренная федеральным законом. Такой вывод созвучен с правилом п. 1 ст. 2 Закона об НПФ, согласно которому негосударственный пенсионный фонд — особая организационно-правовая форма некоммерческой организации социального обеспечения, наделенная исключительными видами деятельности (например, деятельностью в качестве страховщика по профессиональному пенсионному страхованию в соответствии с федеральным законом и договорами о создании профессиональных пенсионных систем).

III. Источники правового регулирования банковской деятельности.

Основным источником правового регулирования в Российской Федерации является нормативный правовой акт. В соответствии со ст. 2 Закона о банках правовое регулирование банковской деятельности осуществляется Конституцией РФ, настоящим Законом, Законом о ЦБ, другими федеральными законами, нормативными актами Банка России. Таким образом, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, а также ведомственные акты (за исключением актов Банка России) не входят в состав банковского законодательства. Однако в действительности некоторые нормы, посвященные регулированию банковской деятельности, можно обнаружить в подзаконных актах.

Банковское законодательство — это совокупность нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере банковской деятельности. Законодательство, регулирующее банковскую деятельность, формируется на стыке частного и публичного права и обладает специфическими особенностями, такими как: а) предметное единство; б) комплексность; в) особый порядок регулирования подзаконными актами.

Если специальное банковское законодательство ограничено уровнем федеральных законов, то отдельные нормы, посвященные регулированию банковской деятельности, содержатся в указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, иных (кроме актов Банка России) ведомственных нормативных актах. Поскольку в соответствии со ст. 3 ГК регулирование общественных отношений осуществляется не только гражданским законодательством (федеральными законами), но и подзаконными актами в случаях и пределах, предусмотренных Кодексом, постольку ре-

гулирование банковской деятельности может осуществляться указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ и иными актами, содержащими нормы гражданского права.

Итак, банковское законодательство — комплексная отрасль российского законодательства, составная часть предпринимательского законодательства.

Правовую основу банковского законодательства образуют специальные федеральные законы:

Закон о банках;

Закон о ЦБ;

Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 96-ФЗ «О выплатах Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 150-ФЗ)¹;

Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании физических лиц в банках Российской Федерации» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 150-ФЗ)²;

Закон о несостоятельности кредитных организаций.

Нормативные акты Банка России также входят в состав банковского законодательства. Согласно ст. 7 Закона о ЦБ Банк России по вопросам, отнесенным к его компетенции настоящим Законом и другими федеральными законами, издает в форме указаний, положений и инструкций нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц. Как видим, Закон о ЦБ прямо указывает на формы нормативных актов, издаваемых Банком России. Тем самым запрещается издавать соответствующие акты в форме писем и телеграмм, что практиковалось ранее.

Нормативные акты Банка России вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования в официальном издании Банка России — «Вестнике Банка России», за исключением случаев, установленных Советом директоров. Следовательно, Совет директоров ЦБ вправе ограничить случаи официального опубликования актов Банка России в «Вестнике Банка России». На наш взгляд, это правило сформулировано с узковедомственных позиций Центрального банка РФ.

Далее отметим, что нормативные акты Банка России не имеют обратной силы и должны быть зарегистрированы в порядке,

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3232.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2003. № 52 (часть 1). Ст. 5029.

установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. В то же время Закон о ЦБ содержит перечень нормативных актов, которые не подлежат государственной регистрации, если они устанавливают:

- курсы иностранных валют по отношению к рублю;
- изменение процентных ставок;
- размер резервных требований;
- размеры обязательных нормативов для кредитных организаций и банковских групп;
- прямые количественные ограничения;
- правила бухгалтерского учета и отчетности для Банка России;
- порядок обеспечения функционирования системы Банка России.

Нормативные акты Банка России в полном объеме направляются в необходимых случаях во все зарегистрированные кредитные организации. Что понимать под «необходимыми случаями», Закон о ЦБ не раскрывает, какие действия Банк России осуществляет по своему усмотрению.

Нормативные акты Банка России могут быть обжалованы в суд в порядке, установленном для оспаривания нормативных правовых актов федеральных органов государственной власти (ст. 13 ГК).

Наряду с нормативными правовыми актами в банковской практике могут применяться обычаи делового оборота (ст. 5 ГК). Однако в настоящее время деловые обычаи не получили должного применения.

IV. Правовое положение кредитных банковских организаций. *Понятие кредитной организации.* В соответствии со ст. 1 Закона о банках *кредитной организацией* является юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Банка России имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные названным Законом. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

Из легального определения кредитной организации вытекают следующие признаки:

- 1) кредитная организация является юридическим лицом (ст. 48 ГК), причем коммерческой организацией (п. 1 ст. 50 ГК);
- 2) кредитная организация может быть создана в строго определенной организационно-правовой форме — хозяйственного общества (акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью);

3) кредитная организация может быть образована на основе любой формы собственности, т. е. государственной, частной, иной формы собственности;

4) для осуществления банковских операций кредитная организация должна получить лицензию Банка России в установленном порядке.

Кредитные организации подразделяются на банковские и небанковские.

Банк — кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности и срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

Небанковская кредитная организация (**НКО**) имеет право осуществлять отдельные банковские операции. На наш взгляд, необходимо на уровне федеральных законов определить статус кредитных небанковских организаций.

В связи с этим необходимо сделать два замечания общего характера. Закон о банках (ст. 1) определяет кредитную организацию как юридическое лицо, основная цель которого — извлечение прибыли. Выходит, с точки зрения Закона не только банк, но и небанковская организация являются коммерческими организациями. Вместе с тем небанковские организации могут учреждаться в форме некоммерческой организации (например, Пенсионный фонд РФ). Здесь обнаруживается формальное противоречие между Законом о банках и отдельными федеральными законами. Кроме того, в Законе о банках прямо сказано: «Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество». Если в отношении банка такая императивная норма в какой либо мере объяснима, то трудности возникают в части небанковской кредитной организации. Закон исключает возможность создания небанковской организации в иной организационно-правовой форме.

Виды кредитных организаций. Банки (кредитные банковские организации) можно подразделить на различные виды. Прежде всего, надо разграничивать *эмиссионные и коммерческие банки*. В Российской Федерации эмиссия денежных средств — исключительное право Банка России.

С учетом характера операций различают *универсальные и специализированные банки*. Первые осуществляют большинство известных банковских операций и сделок, и их деятельность не ограничена конкретной отраслью хозяйства, регионом, составом клиентов. Напротив, специализированные банки обслуживают определенную группу клиентов (например, предприятия малого

и среднего бизнеса), конкретную отрасль (например, авиационную, автомобильную).

В зависимости от сферы обслуживания банки делят на *местные, национальные и международные*. Подавляющее большинство банков в Российской Федерации являются национальными. К международным банкам надо отнести Внешэкономбанк, Внешторгбанк и др.

Используя такой критерий, как *наличие (отсутствие) филиалов*, банки можно подразделить на безфилиальные и многофилиальные.

В зависимости от формирования уставного капитала выделяют национальные банки (без иностранного капитала), банки с участием иностранного капитала (совместные) и иностранные банки.

Принимая во внимание *форму собственности*, можно назвать *государственные и частные банки*. В силу ст. 2 Закона о ЦБ уставный капитал и иное имущество Банка России являются федеральной собственностью.

Существуют и другие виды банков. Например, *с учетом размера собственных средств* выделяют крупные, средние и малые банки.

В настоящее время российскому законодательству известны *три вида небанковских кредитных организаций*:

- 1) расчетные небанковские организации;
- 2) небанковские кредитные организации инкассации;
- 3) небанковские кредитные организации, осуществляющие депозитно-кредитные операции.

Каждый из названных видов НКО обладает своими особенностями правового статуса и правового регулирования.

Правоспособность кредитных организаций. Спорной в учебной и научной литературе является категория «правоспособность кредитной банковской организации». Существует три точки зрения о характере правоспособности банка. Одни ученые считают, что банк обладает общей правоспособностью, другие делают вывод о специальной правоспособности банка, третьи усматривают в правоспособности исключительный характер. Причем авторы разных точек зрения приводят в качестве веских аргументов своей теоретической позиции ссылки на одни и те же положения. Как правило, банковская правоспособность характеризуется следующими признаками:

- 1) банки имеют исключительное право на осуществление банковской деятельности;
- 2) запрет другим организациям осуществлять эту деятельность;
- 3) запрет банкам заниматься деятельностью в сфере производства, торговли и страхования;
- 4) банки осуществляют банковскую деятельность с момента получения лицензии;

5) каждый банк вправе выполнять банковские операции, которые указаны в его банковской лицензии¹. Однако первый, третий и четвертый признаки позволяют некоторым ученым относить банковскую правоспособность к разряду специальной.

Гражданский кодекс (ст. 49) различает общую и специальную правоспособность. По общему правилу коммерческие организации обладают общей правоспособностью. Исключение составляют унитарные предприятия, а также другие виды организаций, предусмотренные федеральным законом.

Судебная практика исходит из того, что некоторые коммерческие организации наделены специальной правоспособностью. Так, в соответствии с п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 банки, страховые организации, инвестиционные институты относятся к юридическим лицам со специальной правоспособностью. Однако непонятно, почему указанные субъекты не обладают общей правоспособностью. Можно лишь высказать на этот счет собственные предположения.

Первое — наличие специального разрешения (лицензии) на занятие определенным видом деятельности. Но, по нашему мнению, сам по себе факт получения лицензии на осуществление банковской, страховой, инвестиционной деятельности не влияет в принципиальном плане на характер правоспособности коммерческой организации. В противном случае пришлось бы признать, что все юридические лица (независимо от их принадлежности к коммерческим и некоммерческим организациям), осуществляющие свою деятельность на основании лицензий, обладают специальной правоспособностью.

Второе — существование запретов на занятие теми или иными видами деятельности. Законом о банках (ст. 5) кредитным организациям запрещено заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью. Указанные запреты действуют в отношении страховых организаций, инвестиционных институтов.

Полагаем, что данные запреты нельзя рассматривать в качестве основания для отнесения какой-либо организации к юридическому лицу со специальной правоспособностью. Правовые запреты — это ограничение правоспособности юридического лица в порядке и случаях, предусмотренных законом (п. 2 ст. 49 ГК). Эти ограничения распространяются как на общую, так и на специальную правоспособность юридических лиц².

¹ См.: *Филатов Ю. В.* Особенности юридической личности банка. Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности / Отв. ред. и сост. В. С. Бельх. 2002. С. 140.

² Известный дореволюционный ученый-цивилист В. И. Синайский писал: «Специальную правоспособность юридического лица не следует, однако, смешивать с ограничениями его правоспособности» (см.: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 121).

Для разграничения общей и специальной правоспособности юридических лиц необходимо использовать формально-юридический критерий — *прямое указание закона*. Во избежание споров и конфликтных ситуаций специальная правоспособность отдельных видов коммерческих организаций должна получить легальное закрепление в законе.

Сам по себе вывод о специальной правоспособности кредитных банковских организаций правомерен, но только в контексте осуществления ими *предпринимательской деятельности*. В то же время ограничивать право банков заключать сделки, направленные на поддержание их деятельности (купля-продажа имущества, аренда нежилых помещений и т. д.), ст. 49 ГК не дает. Иначе происходит подмена правовых понятий. За пределами предпринимательской деятельности можно говорить об общей правоспособности всех коммерческих организаций¹.

В литературе распространено мнение, согласно которому коммерческий банк является особым субъектом, поскольку его правовое положение характеризуется двойственностью. Так, А. В. Попов пишет, что банк — это субъект гражданского права, участвующий в обороте. Вместе с тем банк включен в структуру управления кредитно-финансовой системой страны и наделен публичными функциями как агент (например, в области валютного контроля).

Действительно, в силу п. 3 ст. 22 Закона о валютном регулировании *агентами валютного контроля* являются уполномоченные банки, подотчетные Банку России. В валютной сфере они (агенты) осуществляют контроль за соответствием действующему законодательству совершаемых их клиентами (резидентами и нерезидентами) валютных операций, а также документов, направляемых их клиентами для получения разрешения (лицензии) на осуществление капитальных валютных операций. При этом коммерческие банки не вправе применять к нарушителям валютного законодательства штрафные санкции. Таким правом наделены органы валютного контроля.

Отсюда уполномоченные банки обладают элементами публичной власти, осуществляют контроль за деятельностью других субъектов гражданского права. Как оценить такое положение? Конечно, если бороться за чистоту цивилистического типа регулирования, ответ ясен: необходимо устранить эту двойную природу банков. Напротив, если повернуться в очередной раз лицом к рыночной экономике, указанное сочетание частно-правовых и

¹ См.: Бельх В. С., Скуратовский М. Л. Гражданский кодекс России: новая модель регулирования и судебная практика. С. 11 — 12.

² См.: Попов А. В. Теоретические проблемы правового положения банков и обязательств, возникающих из договоров банковского счета и банковского вклада. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 9.

публично-правовых начал — желаемый результат социального прогресса общества; то, к чему должно стремиться право.

Порядок создания кредитной организации. Названный порядок носит специальный порядок и в основном применяется в отношении создания банков. Он (порядок) представляет собой совокупность последовательных действий (юридических фактов), направленных на получение права осуществлять банковскую деятельность.

Особенности создания кредитных организаций проявляются в требованиях: а) к учредителям; б) размеру, структуре, форме и срокам формирования уставного капитала; в) руководству; г) документам, представляемым для государственной регистрации; д) процедуре регистрации и лицензирования. Эти и другие особенности сформулированы в Законе о банках, а также в инструкции Банка России от 14 января 2004 г. № 109-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций о выдаче лицензий на осуществление банковских операций» (в ред. от 11 декабря 2006 г. № 1754-У)¹.

Коротко рассмотрим основные стадии процедуры создания кредитной организации.

Первая стадия — принятие решения о создании кредитной организации, утверждение устава и подписание учредительного договора в соответствии с общими положениями законов о хозяйственных обществах (ст. 10 Закона о банках). Кроме этих общих документов учредители кредитной организации (юридические и физические лица) прилагают к ходатайству о государственной регистрации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций дополнительные документы:

а) бизнес-план кредитной организации, составленный в соответствии с установленными требованиями;

б) документы, подтверждающие источники происхождения средств и свидетельствующие о достоверности финансовой отчетности учредителей кредитной организации;

в) анкеты кандидатов на должности руководителей кредитной организации, главного бухгалтера, заместителей главного бухгалтера кредитной организации по форме;

г) заверенные копии документов, подтверждающих право собственности (право аренды) учредителя или иного лица на завершенное строительством здание (помещение), в котором будет располагаться кредитная организация;

д) документы, необходимые для подготовки заключения о соблюдении кредитной организацией требований, установленных Положением Банка России от 9 октября 2002 г. № 199-П «О по-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Вестник Банка России. 2004. № 15. Далее — Инструкция № 109-И.

рядке ведения кассовых операций в кредитных организациях на территории Российской Федерации»;

е) заключение федерального антимонопольного органа о согласовании вопроса о создании кредитной организации и о соблюдении антимонопольных правил;

ж) и другие документы.

Формирование уставного капитала кредитной организации — следующая стадия ее создания. Уставный капитал кредитной организации составляется из величины вкладов ее участников и определяет минимальный размер имущества, гарантирующего интересы ее кредиторов. В соответствии со ст. 5 Закона о банках *минимальный размер уставного капитала вновь регистрируемого банка* на день подачи ходатайства о государственной регистрации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций устанавливается в сумме рублевого эквивалента 5 млн евро, минимальный размер уставного капитала вновь регистрируемой небанковской кредитной организации — в сумме рублевого эквивалента 500 тыс. евро.

Другая особенность формирования уставного капитала кредитной организации проявляется в составе имущества. Вклад в уставный капитал кредитной организации может быть в виде:

денежных средств в валюте Российской Федерации;

денежных средств в иностранной валюте;

принадлежащего учредителю кредитной организации на праве собственности здания (помещения), завершеного строительством (в том числе включающего встроенные или пристроенные объекты), в котором может располагаться кредитная организация;

иного имущества в неденежной форме, перечень которого устанавливается Банком России.

Закон о банках (ст. 11), Инструкция № 109-И (гл. 4) устанавливают специальные требования к неденежной форме имущества.

Во-первых, денежная оценка имущества в неденежной форме, вносимого в качестве вклада в уставный капитал кредитной организации при ее учреждении, утверждается общим собранием учредителей.

Во-вторых, размер вкладов в виде имущества в неденежной форме в уставный капитал кредитной организации не может превышать 20% уставного капитала кредитной организации.

В-третьих, в случае внесения в качестве вклада в уставный капитал кредитной организации имущества в неденежной форме должны быть представлены документы, подтверждающие право ее учредителей на его внесение в уставный капитал кредитной организации.

Учредители кредитной организации должны оплатить 100% объявленного уставного капитала кредитной организации, указанного в уставе кредитной организации, в течение одного месяца со дня получения уведомления о государственной регистрации кре-

дитной организации. Кредитная организация для подтверждения фактической оплаты своего уставного капитала в срок, не превышающий одного месяца с даты его полной оплаты, представляет в территориальное учреждение Банка России по своему местонахождению необходимые документы, в том числе платежные поручения с отметкой об исполнении, акты приема-передачи имущества учредителей, внесенного в качестве вклада в уставный капитал кредитной организации, на баланс кредитной организации.

Процедура регистрации и лицензирования — завершающие стадии создания кредитной организации. Начнем с того, что для государственной регистрации создаваемой путем учреждения кредитной организации и получения лицензии на осуществление банковских операций учредители направляют в территориальное учреждение Банка России по предполагаемому местонахождению кредитной организации документы. В свою очередь, территориальное учреждение Банка России выдает учредителям кредитной организации письменное подтверждение получения от них документов, представленных для государственной регистрации и получения лицензии на осуществление банковских операций.

Далее, срок рассмотрения документов территориальным учреждением Банка России по предполагаемому местонахождению кредитной организации не должен превышать *трех месяцев* с даты представления этих документов. При наличии замечаний по представленным документам, отсутствии полного комплекта документов, а также при отказе в государственной регистрации кредитной организации, территориальное учреждение возвращает их учредителям с письменным заключением.

Общий срок для принятия решения о государственной регистрации или об отказе в ней не должен превышать шести месяцев (ст. 15 Закона о банках). При этом данный срок начинает течь с момента представления *всех необходимых документов* для государственной регистрации кредитной организации в территориальном учреждении Банка России.

Отказ в государственной регистрации кредитной организации и выдаче ей лицензии на осуществление банковских операций допускается только *по основаниям*, предусмотренным в ст. 16 Закона о банках: несоответствие кандидатов, предлагаемых на должности руководителя кредитной организации, главного бухгалтера и его заместителей, квалификационным требованиям, установленным федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России;

неудовлетворительное финансовое положение учредителей кредитной организации или неисполнение ими своих обязательств перед федеральным бюджетом, бюджетами субъектов Федерации и местными бюджетами за последние три года;

несоответствие документов, поданных в Банк России для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии на осуществление банковских операций, требованиям федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними нормативных актов Банка России;

несоответствие деловой репутации кандидатов на должности членов совета директоров (наблюдательного совета) квалификационным требованиям, установленным федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России, наличие у них судимости за совершение преступления в сфере экономики.

Решение об отказе в государственной регистрации кредитной организации и выдаче ей лицензии на осуществление банковских операций сообщается учредителям кредитной организации в письменной форме и должно быть мотивировано. Такой отказ, а также непринятие Банком России в установленный срок соответствующего решения могут быть обжалованы в арбитражный суд (ст. 16 Закона о банках).

Решение о государственной регистрации кредитной организации принимается Банком России. Внесение в единый государственный реестр юридических лиц сведений о создании, реорганизации и ликвидации кредитных организаций, а также иных предусмотренных федеральными законами сведений осуществляется уполномоченным регистрирующим органом на основании решения Банка России о соответствующей государственной регистрации. Взаимодействие Банка России с уполномоченным регистрирующим органом по вопросам государственной регистрации кредитных организаций осуществляется в порядке, согласованном Банком России с уполномоченным регистрирующим органом.

Банк России в целях осуществления им контрольных и надзорных функций ведет Книгу государственной регистрации кредитных организаций в порядке, установленном федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России.

Таким образом, кредитная организация приобретает *статус юридического лица* с даты внесения соответствующей записи в Книгу государственной регистрации кредитных организаций (ст. 51 ГК)¹. Однако кредитная организация имеет право осуществлять банковские операции только с момента получения лицензии, выданной Банком России.

¹ Наряду с государственной регистрацией кредитной организации действующее законодательство предусматривает обязательное правило о постановке на налоговый учет налогоплательщиков, в том числе кредитных организаций (п. 1 ст. 23 НК).

Лицензия — это специальное разрешение на осуществление определенных видов банковских операций. Она выдается Банком России и учитывается в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций (ст. 13 Закона о банках). Реестр выданных кредитным организациям лицензий подлежит публикации Банком России в «Вестнике Банка России» не реже одного раза в год.

Для получения лицензии необходимо наличие *следующих условий*: а) она выдается после государственной регистрации кредитной организации; б) подтверждение своевременной и правомерной оплаты 100% уставного капитала кредитной организации (а также регистрация отчета об итогах первого выпуска акций кредитной организации в форме акционерного общества). Такое подтверждение оформляется в виде заключения территориального учреждения Банка России. После чего Банк России в трехдневный срок принимает решение о выдаче общей (банковской) лицензии и направляет в кредитную организацию и территориальное учреждение Банка России по одному экземпляру данной лицензии.

Виды банковских лицензий. С учетом субъектного состава лицензии можно подразделить на две группы: лицензии на осуществление банковских операций кредитными банковскими организациями (банками) и лицензии, выдаваемые небанковским кредитным организациям.

В зависимости от содержания существуют: общая (банковская) лицензия, т. е. лицензия на осуществление банковских операций; лицензия на осуществление валютных операций; лицензия на размещение драгоценных металлов. В рамках данной классификации следует выделить лицензии на осуществление банковских операций со средствами в рублях и иностранной валюте без права привлечения во вклады денежных средств физических лиц, и лицензии на привлечение во вклады денежных средств физических лиц в рублях и иностранной валюте.

Кредитная банковская организация, имеющая лицензию на осуществление всех банковских операций со средствами в рублях и иностранной валюте и выполняющая установленные нормативными актами Банка России требования к размеру собственных средств (капитала), вправе получить *генеральную лицензию*. При этом наличие лицензии на осуществление банковских операций с драгоценными металлами не является обязательным условием для получения генеральной лицензии. Кроме того, кредитная организация, имеющая генеральную лицензию и собственные средства (капитал) в размере не ниже суммы рублевого эквивалента 5 млн евро, может с разрешения Банка России создавать на территории иностранного государства филиалы и после уведомления Банка России — представительства. Такая кредитная организация

вправе с разрешения и в соответствии с требованиями Банка России иметь на территории иностранного государства дочерние организации (ст. 105 ГК).

Все лицензии подразделяются на лицензии с указанием срока действия и без него. Лицензия на осуществление банковских операций выдается без ограничения сроков ее действия (бессрочная лицензия).

Закон о банках (ст. 20) устанавливает исчерпывающий перечень оснований для отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций. Например, Банк России *может отозвать лицензию* на осуществление банковских операций в случаях:

установления недостоверности сведений, на основании которых выдана указанная лицензия;

задержки начала осуществления банковских операций, предусмотренных этой лицензией, более чем на один год со дня ее выдачи и др.

В то же время Закон о банках называет случаи, когда Банк России обязан отозвать банковскую лицензию, в частности: если достаточность капитала кредитной организации становится ниже 2%; если размер собственных средств (капитала) кредитной организации ниже минимального значения уставного капитала, установленного на дату государственной регистрации кредитной организации. Указанное основание для отзыва лицензии на осуществление банковских операций не применяется к кредитным организациям в течение первых двух лет со дня выдачи лицензии на осуществление банковских операций.

Решение Банка России об отзыве у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций вступает в силу со дня принятия соответствующего акта Банка России и может быть обжаловано в течение 30 дней со дня публикации сообщения об отзыве банковской лицензии в «Вестнике Банка России». Обжалование решения Банка России, а также применение мер по обеспечению исков в отношении кредитной организации не приостанавливают действия данного решения.

Правовые последствия отзыва банковской лицензии. В Законе о банках (ст. 20) сформулировано основное последствие: после отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций она (кредитная организация) *должна быть ликвидирована* в соответствии с требованиями ст. 23.1 настоящего Закона, а в случае признания ее банкротом — в соответствии с требованиями Закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций».

На наш взгляд, отзыв Банком России лицензии на проведение банковских операций не есть основание для ликвидации кредитной организации. Банк России после отзыва лицензии у кре-

дитной организации вправе обратиться в арбитражный суд с иском о ее ликвидации (ст. 20 Закона о банках). При этом суд не связан с фактом отзыва лицензии, а принимает во внимание обстоятельства, послужившие основанием для такого отзыва. На практике может возникнуть достаточно парадоксальная ситуация: суд отказывает Банку России в иске о ликвидации по причине отзыва лицензии, а банк, лишенный лицензии, не вправе заниматься банковской деятельностью.

Закон о банках предусматривает ряд *дополнительных последствий* отзыва банковской лицензии. В частности, с момента отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций:

а) считается наступившим срок исполнения обязательств кредитной организации, возникших до дня отзыва лицензии на осуществление банковских операций;

б) прекращается начисление предусмотренных федеральным законом или договором процентов и финансовых санкций по всем видам задолженности кредитной организации, за исключением финансовых санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение кредитной организацией своих текущих обязательств;

в) приостанавливается исполнение исполнительных документов об имущественных взысканиях, не допускается принудительное исполнение иных документов, взыскание по которым производится в бесспорном порядке, за исключением исполнения исполнительных документов о взыскании задолженности по текущим обязательствам кредитной организации и т. д.

Как видим, указанные правовые последствия при отзыве лицензии на осуществление банковских операций схожи с последствиями, которые наступают для должника при объявлении его несостоятельным (банкротом).

V. Публично-правовой режим осуществления банковской деятельности. Закон о банках (ст. 19, 25, 32, 41) и Закон о ЦБ содержат нормы (правила) о государственном регулировании банковской деятельности. В соответствии со ст. 56 Закона о ЦБ Банк России является *органом банковского регулирования и банковского надзора*. Банк России осуществляет постоянный надзор за соблюдением кредитными организациями и банковскими группами банковского законодательства, нормативных актов Банка России, установленных ими обязательных нормативов. Главные цели банковского регулирования и банковского надзора — поддержание стабильности банковской системы Российской Федерации и защита интересов вкладчиков и кредиторов. Банк России не вмешивается в оперативную деятельность кредитных организаций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Регулирующие и надзорные функции Банка России, установленные Законом о ЦБ, осуществляются через действующий на

постоянной основе орган — Комитет банковского надзора, объединяющий структурные подразделения Банка России, обеспечивающие выполнение его надзорных функций. Руководитель Комитета банковского надзора назначается Председателем Банка России из числа членов Совета директоров.

Коротко рассмотрим основные направления осуществления Банком России *регулирующих и надзорных функций*.

1. Банк России устанавливает обязательные для кредитных организаций и банковских групп правила проведения банковских операций, бухгалтерского учета и отчетности, организации внутреннего контроля, составления и представления бухгалтерской и статистической отчетности, а также другой информации, предусмотренной федеральными законами. При этом устанавливаемые Банком России правила применяются в отношении бухгалтерской и статистической отчетности, которая составляется за период, начинающийся не ранее даты опубликования указанных правил (ст. 57 Закона о ЦБ).

2. Банк России вправе в соответствии с федеральными законами устанавливать квалификационные требования к кандидатам на должности членов совета директоров (наблюдательного совета), единоличного исполнительного органа, его заместителей, членов коллегиального исполнительного органа, главного бухгалтера, заместителей главного бухгалтера кредитной организации, а также к кандидатам на должности руководителя, заместителей руководителя, главного бухгалтера, заместителей главного бухгалтера филиала кредитной организации (ст. 60 Закона о ЦБ).

3. В целях обеспечения устойчивости кредитных организаций Банк России может устанавливать следующие обязательные нормы:

предельный размер имущественных (неденежных) вкладов в уставный капитал кредитной организации, а также перечень видов имущества в неденежной форме, которое может быть внесено в оплату уставного капитала;

максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков;

максимальный размер крупных кредитных рисков;

нормативы ликвидности кредитной организации;

нормативы достаточности собственных средств (капитала);

размеры валютного, процентного и иных финансовых рисков;

минимальный размер резервов, создаваемых под риски;

нормативы использования собственных средств (капитала) кредитной организации для приобретения акций (долей) других юридических лиц;

максимальный размер кредитов, банковских гарантий и поручительств, предоставленных кредитной организацией (банковской группой) своим участникам (акционерам).

4. Для осуществления своих функций банковского регулирования и банковского надзора Банк России проводит проверки кредитных организаций (их филиалов), направляет им обязательные для исполнения предписания об устранении выявленных в их деятельности нарушений и применяет предусмотренные настоящим Федеральным законом санкции по отношению к нарушителям (ст. 73 Закона о ЦБ).

5. Банк России анализирует деятельности кредитных организаций (банковских групп) в целях выявления ситуаций, угрожающих законным интересам их вкладчиков и кредиторов, стабильности банковской системы Российской Федерации.

Антимонопольное регулирование банковской деятельности — следующее (основное) направление деятельности Банка России. Согласно ст. 32 Закона о банках кредитным организациям запрещается заключать соглашения и осуществлять согласованные действия, направленные на монополизацию рынка банковских услуг, а также на ограничение конкуренции в банковском деле. Соблюдение антимонопольных правил в сфере банковских услуг контролируется федеральным антимонопольным органом (в настоящее время — ФАС) совместно с Банком России.

Валютное регулирование и валютный контроль организует и осуществляет Банк России (п. 12 ст. 4 Закона о ЦБ) в соответствии с законодательством Российской Федерации¹. В частности, Банк России:

устанавливает официальные котировки иностранных валют по отношению к рублю (ст. 52 Закона о ЦБ);

выдает разрешения на приобретение и определяет допустимые цели приобретения резидентами валюты на внутреннем рынке (п. 1 ст. 4 Закона о валютном регулировании);

выдает специальные разрешения (лицензии) на осуществление кредитными организациями валютных операций;

устанавливает порядок и условия осуществления валютными биржами деятельности по организации проведения операций по покупке и продаже иностранной валюты, осуществляет выдачу, приостановление и отзыв разрешений валютным биржам на организацию проведения операций по покупке и продаже иностранной валюты (п. 17 ст. 4 Закона о ЦБ).

Регулирование деятельности кредитных организаций на рынке ценных бумаг. Например, аккумулирование средств в процессе эмиссии акций кредитными организациями осуществляется путем открытия банком-эмитентом накопительного счета. Режим накопительного счета устанавливается Центральным банком РФ (ст. 27 Закона о рынке ценных бумаг). Далее решение о размеще-

¹ Подробнее см.: Банковское право Российской Федерации. Особенная часть: В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Г. А. Тосунян М., 2001. С. 361—430.

нии облигаций Банка России, а также решение об утверждении решения о выпуске (дополнительном выпуске) облигаций Банка России принимаются уполномоченным органом управления Банка России в соответствии с Законом о ЦБ (ст. 27.5.1)

§ 2. Государственное регулирование биржевой деятельности

И. Понятие и виды биржевой деятельности. Биржевая деятельность — это вид человеческой деятельности, которая состоит из связанных и последовательных мероприятий (действий), направленных к единой цели. Экономической основой биржевой деятельности является биржевая торговля¹. В свою очередь, *последняя (торговля)* представляет собой самостоятельный этап (вид деятельности) в производственном цикле в широком смысле. Биржевая торговля образует сферу обмена и реализации продукции (ценных бумаг, валюты). Вместе с тем биржи сами не участвуют в торговом процессе; они лишь предоставляют комплекс услуг (создают условия), способствующих заключению и исполнению биржевых сделок, между участниками биржевой торговли.

В литературе распространено мнение, согласно которому биржевая деятельность относится к так называемым посредническим рынкам, а биржи рассматриваются как посреднические организации². Например, А. Ф. Майфат обосновывает тезис о том, что с точки зрения обязательственного права биржа — посредник, оказывающий соответствующие услуги специфическим образом через организацию и проведения торгов³.

Полагаем, надо различать посредничество в экономическом и правовом смыслах. Посредничество в экономическом значении значительно шире, чем посредничество в смысле юридическом⁴.

Посредничество в широком значении представляет собой деятельность по установлению экономических связей между участниками экономического оборота. В этом смысле биржи осуществляют торговое посредничество.

В узком (правовом) смысле посредничество представляет собой вид правовой деятельности, осуществляемый одним лицом

¹См.: Биржевая деятельность: Учебник/Под ред. А. Г. Грязновой, Р. В. Корневой, В. А. Галанова. М., 1995. С. 5.

²См.: Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник для вузов. С. 69.

³См.: Майфат А. Ф. Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1992. С. 11.

⁴См.: Сулейменов М. К. Структура договорно-хозяйственных связей. Алма-Ата, 1980. С. 127.

(посредником) в интересах другого лица (клиента), содействующий вступлению клиента в правоотношения с третьими лицами¹.

Посредничество в отличие от представительства не создает для клиента в отношении третьих лиц и для третьих лиц каких-либо прав и обязанностей. Посредники занимают особое место в торговом обороте, они совершают фактические, а не юридические действия: занимаются поисками партнеров, ведут с ними переговоры и т. д. По характеру действий статус посредников отличается от правового положения поверенного, комиссионера и дилера.

Действия посредника не порождают каких-либо прав и обязанностей для клиентов и третьих лиц — участников будущих сделок. Посредники сами не заключают сделок. В свою очередь, поверенный и комиссионер такие сделки с третьими лицами заключают от своего имени.

Биржи не оказывают посреднических услуг. Законодательство запрещает биржам осуществлять торговую, торгово-посредническую и иную деятельность, непосредственно не связанную с организацией биржевой торговли. Данное ограничение не распространяется на юридических и физических лиц, являющихся участниками биржевой торговли.

В процессе биржевой торговли биржа выступает прежде всего как *организатор проведения торгов*. Для организации торговли биржа должна располагать достаточно оборудованным «рыночным местом» (биржевым залом). Организация торговли требует от биржи использования современных электронных средств связи, компьютерного обеспечения всех процессов, оборудования биржевого дела и рабочих мест участников торгов и др. Для ведения биржевых торгов биржа должна располагать высококвалифицированным штатом сотрудников².

Наряду с этой (основной) функцией биржа выполняет и другие функции (например, разработка биржевых контрактов; содействие в сфере биржевого страхования; организация клиринговых расчетов; информационная деятельность; разрешение споров по биржевым сделкам). В рамках биржевой деятельности биржа оказывает различного рода услуги. Важнейшая функция биржи — оказание информационных услуг членам и другим участникам биржевой торговли.

¹ В литературе выделяется также позиция, согласно которой посредничество есть деятельность от имени и за счет другого лица или от собственного имени, но за счет другого лица (посредничество в широком юридическом смысле). Более подробно см.: Галушина И. Н. Посредничество как гражданско-правовая категория. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 20–22 и др.

²См.: Биржевая деятельность: Учебник/Под ред. А. Г. Грязновой, Р. В. Корневой, В. А. Галанова. С. 9.

Биржевая деятельность и предпринимательство — перекрещивающиеся понятия. Анализ действующего законодательства показывает, что российские биржи в одном случае могут создаваться как лица, основной целью деятельности которых является извлечение прибыли и распределение ее между участниками (коммерческие организации), в другом — как некоммерческие организации. Таким образом, законодатель предоставляет учредителям биржи право самостоятельно определять основные принципы деятельности последней.

Отношения в сфере биржевой деятельности неоднородны. Первую группу образуют отношения между биржей и участниками биржевой торговли, а также между биржей и другими субъектами гражданского права. Вторую группу представляют отношения между биржей и государственными органами. Они возникают в процессе государственного регулирования биржевой деятельности. В последнюю группу входят внутрибиржевые (корпоративные) отношения, складывающиеся между структурными подразделениями биржи. Добавим, — не только.

Биржевую деятельность можно классифицировать по различным экономическим и юридическим основаниям. Однако основной критерий, разграничивающий биржевую деятельность, а также ее правовое регулирование, — *сфера биржевой торговли* в зависимости от специфики биржевого товара. В данном случае биржевая деятельность подразделяется на три вида: биржевая деятельность товарных, фондовых и валютных бирж. Российское законодательство допускает создание так называемых смешанных (например, товарно-фондовых, валютно-фондовых) бирж. Вместе с тем сам факт совмещения одним лицом различных видов биржевой деятельности не позволяет делать вывод о существовании самостоятельного вида — биржевой деятельности смешанной биржи.

Несмотря на свое название, биржи труда, по существу, не являются биржами. Они не организуют биржевых торгов, а труд или человек как его носитель — не могут выступать в качестве биржевого товара. Такие образования предоставляют услуги работодателям и работникам в поиске соответственно необходимого персонала или места работы, подчеркнем, без проведения торгов. Сказанное означает, что деятельность бирж труда не формирует отдельный вид биржевой деятельности.

П. Источники правового регулирования биржевой деятельности. Действующее биржевое законодательство не отличается единством и последовательностью. Одна из основных причин такого положения — отсутствие единого законодательного акта кодифицированного или консолидированного типа. В юридической литературе уже было высказано мнение о целесообразности принятия

единого российского закона о биржевой деятельности¹. Действительно, в названном законе необходимо установить общие требования к деятельности бирж независимо от их вида. Полагаем, разработка Биржевого кодекса вполне вписывается в современный процесс кодификации российского законодательства.

Биржевое законодательство представляет собой *раздел предпринимательского законодательства*, а потому содержит общие признаки последнего. Отличительная черта биржевого законодательства — его комплексный характер. Биржевое законодательство содержит нормы гражданского, административного, финансового, налогового права и др.

В настоящее время развитие биржевого законодательства идет по пути издания законов, посвященных отдельным видам биржевой деятельности. В этом направлении первым был принят Закон о товарных биржах, в текст которого неоднократно вносились изменения и дополнения. Однако и сейчас в Законе можно встретить нормы, противоречащие Гражданскому кодексу. Так, п. 6 ст. 14 Закона допускает возможность передачи или продажи свидетельств (титлов) собственности на долю уставного капитала биржи. Не согласуется с Гражданским кодексом (ст. 607) правило Закона (п. 7 ст. 14), согласно которому члены биржи вправе сдавать в аренду свое право на участие в биржевой торговле одному юридическому или физическому лицу.

Правовому регулированию деятельности фондовых бирж посвящен Закон о рынке ценных бумаг (гл. 3). Закон о валютном регулировании (ст. 1, п. 8 ст. 12, п. 4, 5 ст. 22) и Закон о Центральном банке (ст. 4, 97) устанавливают правовые основы деятельности валютных бирж.

Перечисленные законодательные акты формируют три относительно самостоятельных системы правового регулирования отношений, возникающих в сферах деятельности соответственно товарных, фондовых и валютных бирж. При этом наблюдаются принципиально различные подходы в регламентации процедуры создания, деятельности бирж, существенно отличаются требования, предъявляемые к участникам биржевой торговли, их правовому статусу, не совпадают многочисленные квалифицирующие признаки и понятийный аппарат, используемые законодателем, и пр. Такой подход вряд ли можно назвать оправданным.

В сфере биржевой деятельности заметную роль играют *подзаконные нормативные акты* (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные, местные и локальные акты). Например, относительно товарных бирж — постановление Правительства от 24 февраля 1994 г. № 152 «Об утверждении Положе-

¹ См.: Шеленкова Н. Б. Российское биржевое законодательство. Опыт краткого критического анализа // Государство и право. 1995. № 7. С. 60—61.

ния о порядке лицензирования деятельности товарных бирж на территории Российской Федерации, Положения о государственном комиссаре на товарной бирже» (в ред. от 21 марта 2005 г. № 148)¹. Важным подзаконным нормативным документом, регламентирующим деятельность фондовых бирж, является приказ Федеральной службы по финансовым рынкам от 15 декабря 2004 г. № 04—1245 / пз-н «Об утверждении Положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг». Положение о порядке и условиях проведения торгов иностранной валютой за российские рубли на единой торговой сессии межбанковских валютных бирж, утвержденное Центральным банком РФ 16 июня 1999 г. № 77-П (в ред. от 30 марта 2004 г. 1413-У), — один из основных подзаконных нормативных актов, регулирующих отношения в сфере деятельности валютных бирж².

В системе биржевого законодательства особое место принадлежит *актам локального регулирования*, которые в зависимости от характера содержащихся в них предписаний подразделяются на нормативные и индивидуальные. Если локальные нормативные акты содержат общеобязательные нормы, то индивидуальные издаются в целях регулирования поведения конкретного индивида. Например, положение о премировании работников биржи — это нормативный правовой акт, а к индивидуальным правовым актом следует отнести приказ руководителя биржи о премировании конкретных работников. Возникающие внутрибиржевые отношения неоднородны. Это прежде всего отношения, складывающиеся по поводу правового статуса самой биржи, ее структурных подразделений (отделов, секций и др.). Обособленную группу образуют отношения принадлежности имущества структурного подразделения биржи. Имущество, закрепленное за внутренними структурными подразделениями, находится у них во внутрихозяйственном управлении.

Внутрибиржевые управленческие отношения складываются между биржей в целом и ее структурными звеньями. В данной области осуществляются, например, внутрибиржевое планирование и прогнозирование.

Центральное место в системе внутрибиржевых отношений занимает *организация биржевой торговли*. Она (организация) регулируется также актами локального действия (например, правилами биржевой торговли).

Еще одну группу образуют *отношения, которые связаны с рассмотрением внутрибиржевых споров* между участниками биржевых

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 10. Ст. 787.

² Первоначальный текст документа опубликован: Вестник Банка России. 1999. № 37.

сделок. Соответствующие локальные (корпоративные) правовые акты регламентируют порядок (процедуру) рассмотрения таких споров, полномочия биржевой арбитражной комиссии (третейского суда) и т. д.

III. Субъекты биржевой деятельности — это лица, участвующие в правоотношениях, возникающих при осуществлении биржевой деятельности. В силу известных причин биржа занимает центральное место среди субъектов биржевой деятельности.

Функции биржи схожи с такими субъектами рыночных отношений, как ярмарка и базар (рынок), которые также способствуют сближению спроса и предложения. Вместе с тем бирже свойственны некоторые характерные признаки. К их числу относятся:

формирование биржи, как правило, в крупных промышленных и торговых центрах;

специфический объект купли-продажи — «биржевой товар». Торговля ведется партиями (в основном крупными);

особый субъектный состав участников торговли — биржевые посредники;

ведение торговли регулярно и в отсутствии товара, ценных бумаг и валюты (т. е. по образцам, описанию, каталогам);

проведение торгов гласно (публично). Все желающие могут получить информацию об объемах заключенных в процессе торгов сделок и складывающихся ценах;

торговля происходит по единым правилам;

свободное ценообразование.

По существу, биржа только организует и проводит торги: предоставляет комплекс услуг, способствующих заключению и исполнению биржевых сделок. Последние же (сделки) совершаются брокерами, дилерами, другими участниками биржевой торговли.

Биржа и участники биржевой торговли формируют группу основных субъектов биржевой деятельности. Вместе с тем в правоотношениях, возникающих в сфере биржевой деятельности, принимают участие и другие лица. Например, согласно ст. 27 Закона о товарных биржах по требованию участника биржевой торговли биржа обязана организовать экспертизу качества товаров, реализуемых в ходе биржевой торговли. Данное установление закона может быть реализовано биржей двумя способами:

первый — собственными силами — штатными специалистами биржи;

второй — с привлечением сторонних экспертов (экспертных организаций) на основании договора, ранее заключенного для этих целей. Таким образом, независимые эксперты (экспертные организации) становятся вовлеченными в отношения, возникающие в сфере биржевой деятельности. При осуществлении биржевой деятельности могут возникать правоотношения с банками или иными кредитными организациями, страховыми, транспорт-

ными компаниями, информационными агентствами и пр. Эти лица образуют вторую «вспомогательную» группу субъектов биржевой деятельности.

Итак, *биржа* — это организация с правами юридического лица, осуществляющая на регулярной основе торговлю биржевым товаром в форме гласных публичных торгов, проводимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным ею правилам.

Виды бирж. Биржи можно подразделить на отдельные виды. В литературе приводятся различные классификационные признаки видов бирж. Отметим, что не все они (признаки) носят юридический характер. Рассмотрим некоторые виды бирж.

В зависимости от видов товаров, которыми ведется торговля, различают товарные (товарно-сырьевые), фондовые и валютные биржи. Эта классификация бирж имеет принципиальное значение. С учетом прежде всего данного критерия происходят формирование биржевого законодательства и развитие биржевого дела.

Под *товарной биржей* понимается организация с правами юридического лица, формирующая оптовый рынок путем организации и регулирования биржевой торговли, осуществляемой в форме гласных публичных торгов, проводимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным ею правилам (п. 1 ст. 2 Закона о товарных биржах). Товарная биржа формирует оптовый рынок биржевых товаров. В силу ст. 6 Закона о товарных биржах под *биржевым товаром* понимается не изъятый из оборота товар определенного рода и качества, в том числе стандартный контракт и коносамент на указанный товар, допущенный в установленном порядке к биржевой торговле. Всякий биржевой товар должен соответствовать некоторым требованиям (условиям). Например, обращаться по свободным (рыночным) ценам; быть массовым; применительно к нему можно легко установить требования в отношении качества, количества, условия хранения и транспортировки. Закон о товарных биржах запрещает проводить биржевые торги по поводу недвижимого имущества и объектов интеллектуальной собственности.

Товарные биржи обладают специальной правоспособностью. Они не могут осуществлять торговую, торгово-посредническую и иную деятельность, непосредственно не связанную с организацией биржевой торговли. Биржи не вправе осуществлять вклады, приобретать доли (паи), акции организаций, которые не ставят своей целью осуществление деятельности товарной биржи (ст. 3 Закона о товарных биржах).

Российские товарные биржи могут создаваться в качестве коммерческих или некоммерческих организаций. Законодатель не устанавливает каких-либо ограничений в данном вопросе.

Выбор конкретной организационно-правовой формы также зависит от пожелания учредителей конкретной товарной биржи. При создании товарной биржи в качестве некоммерческой организации наиболее приемлемыми организационно-правовыми формами являются, на наш взгляд, объединение юридических лиц (ассоциация или союз) и некоммерческое партнерство. Эти правовые конструкции позволяют осуществлять деятельность по организации биржевой торговли и предусматривают институт членства, который необходим в силу Закона о товарных биржах.

Учредителями товарной биржи могут быть как физические, так и юридические лица. Закон о товарных биржах (ст. 11) запрещает выступать в качестве учредителей:

органам государственной власти;

банкам и другим кредитным организациям, получившим лицензию в установленном порядке на осуществление банковских операций;

страховым и инвестиционным компаниям и фондам;

общественным, религиозным и благотворительным организациям и фондам;

физическим лицам, которые в силу закона не могут осуществлять предпринимательскую деятельность.

Действующее законодательство не содержит легального понятия фондовой биржи. Вместе с тем, сопоставив известные (общие и специальные) признаки, можно сформулировать следующее определение: *фондовая биржа* — это юридическое лицо, созданное в форме некоммерческого партнерства или акционерного общества, осуществляющее исключительную деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг на основании специального разрешения (лицензии).

Фондовая биржа обладает также специальной правоспособностью. Последняя (правоспособность) предполагает наличие у юридического лица лишь таких прав и обязанностей, которые соответствуют целям его деятельности, прямо зафиксированным в учредительных документах.

Вместе с тем важно отметить, что организация обращения ценных бумаг — *исключительный предмет деятельности фондовой биржи*. Указание на исключительный характер деятельности означает, что фондовая биржа в рамках специальной правоспособности не вправе совмещать деятельность по организации торговли ценными бумагами с иными видами деятельности. Закон о рынке ценных бумаг (п. 4 ст. 11) в качестве исключения из общего запрета разрешает фондовым биржам заниматься деятельностью валютной, товарной бирж, клиринговой деятельностью, деятельностью по распространению информации, издательской, а также деятельностью по сдаче имущества в аренду. При этом для осуществления деятельности валютной, товарной биржи или клирин-

говой деятельности фондовая биржа обязана создать соответствующие отдельные структурные подразделения, а также получить требуемые лицензии.

В соответствии со ст. 9 Закона о рынке ценных бумаг *под деятельностью по организации торговли на рынке ценных бумаг* понимается предоставление услуг, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами между участниками рынка ценных бумаг. При этом биржа вправе устанавливать размер и порядок взимания с участников торгов взносов, сборов и других платежей за оказываемые ею услуги, а также размер и порядок взимания штрафов за нарушение правил, установленных биржей.

Учредителями фондовой биржи, созданной в форме акционерного общества, могут быть любые физические и юридические лица. Если биржа создается как некоммерческое партнерство, то каждый ее член должен обладать статусом профессионального участника рынка ценных бумаг, т. е. осуществлять один или несколько видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Действующее законодательство устанавливает исчерпывающий перечень таких видов профессиональной деятельности (гл. 2 Закона о рынке ценных бумаг): брокерская, дилерская, депозитарная деятельность, деятельность по управлению ценными бумагами, деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг), деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг и деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг.

Фондовая биржа в форме акционерного общества имеет один учредительный документ — устав. Тогда как биржа, созданная в качестве некоммерческого партнерства, — устав, утвержденный учредителями, и учредительный договор. Наличие последнего документа зависит от желания учредителей некоммерческого партнерства, которым предоставлено соответствующее право (ст. 14 Закона о некоммерческих организациях).

Под *валютной биржей* понимается юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством, одним из видов деятельности которого является организация биржевых торгов иностранной валютой в порядке и на условиях, установленных Банком России (п. 11 ст. 1 Закона о валютном регулировании). Центральный банк РФ осуществляет также контроль за валютными операциями на валютных биржах. Валютная биржа формирует оптовый рынок путем организации и регулирования биржевой торговли иностранной валютой, осуществляемых в форме гласных публичных торгов, проводимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным правилам.

Банк России воспользовался своими полномочиями и принял (правда, с большим опозданием) некоторые документы, опреде-

ляющие особенности деятельности межбанковских валютных бирж¹.

В современной России создано девять межбанковских валютных бирж, получивших лицензию Центрального банка на проведение операций по купле-продаже иностранной валюты за рубли и организацию расчетов по заключенным сделкам. Это: Московская межбанковская валютная биржа (ММВБ); Санкт-Петербургская валютная биржа; Уральская региональная валютная биржа (г. Екатеринбург); Сибирская межбанковская валютная биржа (г. Новосибирск); Азиатско-Тихоокеанская межбанковская валютная биржа (г. Владивосток); Ростовская межбанковская валютная биржа (г. Ростов-на-Дону); Нижегородская валютно-фондовая биржа (г. Нижний Новгород); Самарская валютная межбанковская биржа; Краснодарская межбанковская валютная биржа².

По номенклатуре товаров, являющихся объектом биржевой торговли, биржи подразделяются на *универсальные и специализированные*. Указанная классификация касается в основном товарных бирж. Универсальные биржи проводят торги по широкому кругу разнообразных товаров. К универсальным относятся: Чикагская товарная биржа, Токийская товарная биржа, Сиднейская фьючерсная биржа, товарная биржа в Сан-Паула (Бразилия). На специализированных биржах совершаются сделки по определенным группам товаров.

Специализированные биржи могут быть широкого или узкого профиля. Узкоспециализированные биржи — это биржа пшеницы «Канзас сити борд оф трейд» (США), японские биржи сахара, каучука, текстильного сырья и зернобобовых и др.³ Специализация бирж зависит от многих факторов (например, от места возникновения биржи; пожелания учредителей (членов) биржи, а также от взаимосвязи между ними).

В зависимости от видов операций, проводимых на бирже, принято выделять *биржи реального товара, фьючерсные, опционные и смешанные*.

Биржа реального товара характерна для начального этапа биржевой торговли. На таких биржах сделки совершаются на основе описательной характеристики товара (по образцам, каталогам).

¹ См.: Положение о порядке и условиях проведения торгов иностранной валютой за российские рубли на единой торговой сессии межбанковских валютных бирж, утвержденное Банком России 16 июня 1997 г. № 77-П (в ред. указаний Банка России от 30 марта 2004 г. № 1413-У). Первоначально текст документа опубликован: Вестник Банка России. 1999. № 37.

² См.: телеграмма Центрального Банка РФ от 27 июня 1995 г. № 79-95//Вестник Банка России. 1995. № 27.

³ См.: Дегтярева О. И., Кандинская О. А. Биржевое дело: Учебник для вузов. М., 1997. С. 20; Белых В. С., Виниченко С. И. Биржевое право. С. 7—26.

Существенная черта биржи реального товара — обязательная продажа и поставка товара после проведения торгов.

На фьючерсных биржах сделки совершаются не с реальным товаром, а с правами на него. Согласно ст. 8 Закона о товарных биржах по фьючерсной сделке осуществляется взаимная передача прав и обязанностей в отношении стандартных контрактов на поставку биржевого товара.

Опционные биржи осуществляют сделки, в силу которых происходит уступка права на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или стандартного контракта на поставку биржевого товара (опционные сделки).

На смешанных биржах заключаются как сделки с реальным товаром, так и фьючерсные, опционные сделки. Российские биржи зачастую являются смешанными. В отечественном законодательстве не содержится каких-либо ограничений на совершение сделок в рамках одной биржи.

По форме участия посетителей в торгах биржи подразделяют на *закрытые и открытые*. В торгах на закрытых биржах принимают участие ее постоянные члены, выполняющие роль биржевых посредников. При этом доступ покупателей и продавцов в биржевой зал закрыт. В торгах на открытых биржах, кроме постоянных членов и биржевых посредников, могут принимать участие и посетители. Открытые биржи бывают двух типов: а) чисто открытая биржа, на которой контрагентов не обязывают пользоваться услугами посредников. Здесь любой посетитель может совершить сделку; б) открытая биржа смешанного типа, на которой непосредственно с продавцами и покупателями работают две группы посредников — брокеры и дилеры.

Современные товарные биржи за рубежом в основном закрытые, так как организация биржевой торговли требует достаточно высокого профессионализма.

Все фондовые биржи и большинство товарных бирж в нашей стране являются закрытыми.

По значению в торговле можно выделить *международные, региональные и национальные биржи*.

Международные биржи обслуживают потребности мирового рынка, при этом биржевой товар должен быть предметом активной торговли. Международный статус биржи предполагает свободный валютный, торговый и налоговый режимы, что способствует участию в биржевой торговле иностранных участников, свободному переводу прибыли по биржевым операциям с другими рынками.

Региональные биржи обслуживают рынки нескольких стран. Таковыми, к примеру, являются Сингапурская, Сиднейская и ряд других бирж.

Национальные биржи проводят операции на внутреннем национальном рынке. Для примера можно указать на японские, бразильские и некоторые американские товарные биржи.

По мнению специалистов, действующие российские биржи нельзя отнести ни к международным, ни к региональным, так как существующий у нас валютный, налоговый и торговый режимы не обеспечивают свободного перемещения прибыли, получаемой в процессе биржевой торговли¹. Указанное перемещение прибыли за пределы России должно быть не только свободным, но и законным (легальным).

Заметную роль в развитии биржевой торговли в России играют центральные (в основном столичные) биржи. В биржевом деле также происходит концентрация и централизация финансового капитала.

IV. Публично-правовой режим осуществления биржевой деятельности. Согласно ст. 34 Закона о товарных биржах функции по контролю и надзору за деятельностью товарных бирж, биржевых посредников и биржевых брокеров осуществляет федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков².

Федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков (в настоящее время — Федеральная служба по финансовым рынкам):

- выдает лицензии на организацию биржевой торговли;
 - осуществляет или контролирует лицензирование биржевых посредников, биржевых брокеров;
 - контролирует соблюдение законодательства о биржах;
 - рассматривает жалобы участников биржевой торговли на злоупотребления и нарушение законодательства в биржевой торговле.
- Этот федеральный орган исполнительной власти вправе:
- отказать бирже в выдаче лицензии на организацию биржевой торговли в случае несоответствия ее учредительных документов и правил биржевой торговли требованиям, установленным п. 2 ст. 12 настоящего Закона, а также отложить выдачу этой лицензии при нарушении Положения о лицензировании товарных бирж;
 - аннулировать выданную бирже лицензию или приостановить ее действие, если биржа нарушает законодательство;
 - направить бирже обязательное для исполнения предписание об отмене или изменении положений учредительных документов, правил биржевой торговли, решений общего собрания членов

¹ См.: Биржевая деятельность: Учебник / Под ред. А. Г. Грязновой, Р. В. Корневой, В. А. Галанова. С., 17.

² До внесения изменений в Закон о товарных биржах (в ред. от 15 апреля 2006 г. № 47-ФЗ) указанные функции выполняла Комиссия по товарным биржам.

биржи и других органов управления биржей или прекращении деятельности, которая противоречит законодательству;

назначать государственного комиссара на биржу;

организовывать по согласованию с органами финансового контроля Российской Федерации аудиторские проверки деятельности бирж и биржевых посредников и др. (ст. 35 Закона о товарных биржах).

Для осуществления непосредственного контроля за соблюдением товарной биржей и биржевыми посредниками законодательства предусмотрен институт государственного комиссара на товарной бирже (ст. 37 Закона о товарных биржах). Основная цель деятельности государственного комиссара — содействие развитию конкуренции в биржевой торговле посредством обеспечения соблюдения прав всех участников биржевой торговли и предотвращения любых форм дискриминации какого-либо участника биржевой торговли. Государственный комиссар не вправе принимать самостоятельные решения, обязательные к исполнению.

Закон о товарных биржах (ст. 36) устанавливает санкции за нарушение законодательства, регулирующего деятельность товарных бирж. К ним относятся, в частности: приостановка действия лицензии, выданной бирже, на срок до трех месяцев; аннулирование лицензии на организацию биржевой торговли, если биржа продолжает нарушать закон. Данные санкции по своей юридической природе являются административно-правовыми; они применяются Федеральной службой по финансовым рынкам при осуществлении контрольно-надзорных функций.

Применительно к фондовым биржам надо применять разд. V Закона о рынке ценных бумаг. Статья 38 Закона посвящена основам регулирования рынка ценных бумаг осуществляется путем:

а) установления обязательных требований к деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг и ее стандартов;

б) государственной регистрации выпусков (дополнительных выпусков) эмиссионных ценных бумаг и проспектов ценных бумаг и контроля за соблюдением эмитентами условий и обязательств, предусмотренных в них;

в) лицензирования деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг;

г) создания системы защиты прав владельцев и контроля за соблюдением их прав эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг;

д) запрещения и пресечения деятельности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке ценных бумаг без соответствующей лицензии.

Общие положения, полномочия, организация деятельности Федеральной службы по финансовым рынкам содержатся в по-

становлении Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 317 «Об утверждении Положения о Федеральной службе по финансовым рынкам» (в ред. от 14 декабря 2006 г. № 767)¹. В частности, Федеральная служба по финансовым рынкам:

разрабатывает и утверждает единые требования к правилам осуществления профессиональной деятельности с ценными бумагами;

устанавливает обязательные требования к операциям с ценными бумагами, нормы допуска ценных бумаг к их публичному размещению, обращению, котированию и листингу;

разрабатывает рекомендации по подготовке регламентов деятельности и функционирования фондовых бирж;

назначает инспекторов для контроля за деятельностью фондовых бирж и отзывает их;

запрещает или ограничивает на срок до шести месяцев проведение профессиональным участником отдельных операций на рынке ценных бумаг (ст. 42, 44, 44.1 Закона о рынке ценных бумаг).

§ 3. Государственное регулирование страховой деятельности

1. Страховая деятельность как предмет правового регулирования.

В соответствии с п. 2 ст. 2 Закона об организации страхового дела *страховая деятельность (страховое дело)* — сфера деятельности страховщиков по страхованию, перестрахованию, взаимному страхованию, а также страховых брокеров, страховых актуариев по оказанию услуг, связанных со страхованием, с перестрахованием. Итак, во-первых, с точки зрения Закона понятия «страховая деятельность» и «страховое дело» — синонимы. Во-вторых, страховая деятельность есть разновидность сферы деятельности. В-третьих, в легальном определении страховой деятельности дан перечень субъектов страховой деятельности (страхового дела).

Страховая деятельность — сложная категория. Прежде всего она (деятельность) есть вид человеческой (общественно полезной) деятельности. Причем страховая деятельность не сводится к простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), направленных к единой цели. Будучи видом человеческой деятельности, страховая деятельность многообразна и состоит из различных действий, операций и поступков.

Поэтому считаем неправильным и нелогичным определение страховой деятельности через понятие «сфера деятельности». Вот что по этому поводу справедливо пишет А. И. Худяков: «Опреде-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2780. Далее — Положение о ФСФР.

лять деятельность через сферу — значит допускать как грамматическую, так и юридическую ошибку. Деятельность не может быть сферой... Страховая деятельность — это деятельность в сфере страхования, но не сама сфера»¹.

В логическом ряду страховая деятельность «тяготеет» к понятию «экономическая (хозяйственная) деятельность». Поскольку предпринимательская и хозяйственная деятельность — перекрещивающиеся понятия, постольку не всякая страховая деятельность может считаться предпринимательской. Гражданский кодекс (ст. 938), Закон об организации страхового дела (ст. 6) признает в качестве страховщиков юридические лица, созданные в соответствии с законодательством для осуществления страхования, перестрахования, взаимного страхования и получившие лицензии в установленном настоящим Законом порядке. Иначе говоря, страховые организации могут быть созданы в любой организационно-правовой форме, как коммерческие, так и некоммерческие. В реальной действительности страховые организации учреждаются в форме хозяйственного общества. Отсюда следует вывод: страховая деятельность, как правило, является деятельностью предпринимательской (ст. 2 ГК).

Иногда страховую деятельность определяют как деятельность страховщика, связанную с заключением и исполнением договоров страхования. Так, Ю. Б. Фогельсон пишет: «Страховая деятельность включает в себя две составляющие: а) заключение и исполнение договора страхования; б) управление средствами страховых резервов — специализированных денежных фондов, которые страховщик формирует для обеспечения страховых выплат»².

На наш взгляд, едва ли можно однозначно утверждать, что страховая деятельность сводится к процедуре заключения и исполнения договора страхования (хотя если расчлнить данную процедуру, то в ней можно обнаружить действия, операции — элементы страховой деятельности). Исходя из легального определения страховой деятельности, последняя — это сфера деятельности не только страховщиков, но и страховых брокеров, страховых актуариев по оказанию услуг, связанных со страхованием и перестрахованием. Правда, в нормативном определении страховой деятельности почему-то не нашлось места страховым агентам, т. е. страховым посредникам, оказывающим содействие страховщику в поиске страхователя и действующим от имени страховщика и по его поручению в рамках предоставленных полномочий³.

¹ Худяков А. И. Страховое право. СПб., 2004. С. 26.

² Фогельсон Ю. Б. Комментарий к страховому законодательству. М., 1999. С. 10.

³ См.: Худяков А. И. Указ. соч. С. 26—27.

Итак, *страховая деятельность (страховое дело)* представляет собой вид экономической (как правило, предпринимательской) деятельности страховщиков по страхованию, перестрахованию, взаимному страхованию, а также страховых агентов, страховых брокеров, страховых актуариев по оказанию услуг, связанных со страхованием, с перестрахованием. Особенности страховой деятельности заключаются в следующем:

- а) особый субъектный состав;
- б) сфера страхования, перестрахования, взаимного страхования;
- в) лицензирование страховых операций (за исключением деятельности страховых актуариев, которые подлежат аттестации);
- г) является исключительной, поскольку субъекты страхового дела не вправе заниматься производственной, торгово-посреднической и банковской деятельностью¹;
- д) рисковая (алеаторная) деятельность и не только потому, что она представляет собой разнovidность экономической деятельности, которая напрямую пересекается с предпринимательством. Риск имманентно присущ страхованию вне зависимости от осуществления страховщиками предпринимательской деятельности;
- е) данная деятельность связана с формированием страховых фондов;
- и) направлена на переложение убытков от страховых случаев на всех участников страхования;
- к) подлежит специальному регулированию и контролю со стороны федерального органа исполнительной власти².

По поводу страховой деятельности возникают различные общественные отношения. Первая группа — отношения между субъектами страховой деятельности. Такие отношения принято именовать в литературе отношениями по горизонтали. Вторую группу представляют отношения между страховщиками и органами государственной власти и местного управления. Эти связи можно называть отношениями по вертикали.

В третью группу входят внешние и внутрикорпоративные отношения, складывающиеся между подразделениями страховой организации. Добавим, — не только. Эти отношения регулируются организациями путем издания локальных (корпоративных) правовых актов.

В связи с рассмотрением понятия «страховая деятельность» возникает вопрос о соотношении с такими понятиями, как «стра-

¹ В новой редакции ст. 6 Закона об организации страхового дела уже нет правила о соответствующих запретах, что вряд ли можно признать правильным.

² См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 740-741.

хование» и «страховое правоотношение». Начнем с анализа категории «страхование».

В соответствии с п. 1. ст. 2 Закона об организации страхового дела *страхование* — отношения по защите интересов физических и юридических лиц, Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований при наступлении определенных страховых случаев за счет денежных фондов, формируемых страховщиками из уплаченных страховых премий (страховых взносов), а также за счет иных средств страховщиков. Как видим, в легальном определении страхования основной акцент сделан на экономическую природу соответствующих отношений.

С экономической точки зрения *страхование* представляет собой систему экономических отношений, включающую совокупность форм и методов формирования целевых фондов денежных средств и их использование на возмещение ущерба при различных непредвиденных неблагоприятных явлениях (рисках), а также на оказание помощи гражданам при наступлении определенных событий в их жизни¹. Этот взгляд на экономическую природу страхования (как систему экономических отношений) является господствующим в отечественной и зарубежной литературе. Имеют место лишь отдельные «нюансы» в формулируемых понятиях. В качестве примера сошлемся на мнение коллектива авторов учебного пособия «Страхование: теория, практика и зарубежный опыт»². Они полагают, что страхование есть особые договорные экономические отношения между физическими и юридическими лицами, с одной стороны, и с организационными структурами (страховщиками), специализирующимися на предоставлении страховых услуг, — с другой.

По-разному в литературе определяется и экономическая сущность страхования. Так, по мнению А. А. Гвозденко, она (сущность) состоит в формировании страховщиком страхового фонда за счет страховых взносов страхователей, предназначенного для страховых выплат страхователям при наступлении страховых случаев³. Иначе говоря, при определении сущности страхования на первое место выходит понятие страхового фонда. Другие ученые видят экономическую сущность страхования в том, что убытки раскладываются на многих страхователей, а взносы последних сравнительно необременительны для каждого из них⁴. В данном случае основополагающее значение придается категории «убытки».

¹ См.: Шахов В. В. Страхование: Учебник для вузов. М., 1997. С. 15.

² См.: Агеев Ш. Р., Васильев Н. М., Катырин С. И. Страхование: теория, практика и зарубежный опыт. М., 1998. С. 8.

³ См.: Гвозденко А. А. Основы страхования: Учебник. М., 1998. С. 5.

⁴ См.: Агеев Ш. Р., Васильев Н. М., Катырин С. Н. Указ. соч. С. 6.

На наш взгляд, указанные подходы не следует противопоставлять друг другу. Понятия «убытки» и «страховой фонд» тесно взаимосвязаны. Возмещение убытков производится за счет средств страхового фонда, который находится в ведении страховщика.

Уяснение содержания экономических понятий «убытки» и «страховой фонд» имеет и юридическое значение. Так, убытки с точки зрения Гражданского кодекса (ст. 15) подразделяются на реальный ущерб и упущенную выгоду. Страховой фонд — это объект (имущество) гражданских прав.

С позиции правовой науки (прежде всего гражданского права) страхование есть *правоотношение* между страховой организацией (страховщиком) и страхователем по поводу страхования тех или иных объектов. Вот что пишет проф. В. И. Серебровский: «С юридической точки зрения страхование является правоотношением»¹. Такой взгляд на страхование получил широкое распространение в литературе.

Встречается и другое мнение. Так, А. А. Иванов определяет страхование как *вид необходимой общественно-полезной деятельности*, при которой граждане и организации заранее страхуют себя от неблагоприятных последствий в сфере их материальных и личных благ путем внесения денежных взносов в особый фонд специализированной организации (страховщика), оказывающей страховые услуги, а эта организация при наступлении указанных последствий выплачивает за счет средств фонда страхователю или иному лицу обусловленную сумму². Таким образом, ставится знак равенства между разными понятиями — «страховое правоотношение» и «страховая деятельность», что вряд ли допустимо.

Критика теории страхования через использование таких категорий, как «страховой фонд», «возмещение материального ущерба», содержится в научных трудах А. И. Худякова. По его мнению, сущность страхования выражается не в возмещении того материального ущерба, который причинил страховой случай, а в страховой защите³. При этом под *страховой защитой* понимается обеспеченная юридическим обязательством потенциальная готовность страховщика представить страхователю (выгодоприобретателю) при наступлении страхового случая материальное обеспечение в форме страховых и иных предусмотренных страхованием выплат, что придает этому лицу чувство защищенности и уверенности в будущем.

¹ Серебровский В. И. Избр. тр. М., 1997. С. 328.

² См.: Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 496.

³ См.: Худяков А. И. Указ. соч. С. 19—40 и др.

Действительно, многие положения, сформулированные А. И. Худяковым, заслуживают внимания и поддержки. Например, в обязанности страховщика не входит возмещение ущерба, причиненного страховым случаем. Обязанность страховщика заключается в страховой выплате при наступлении страхового случая. В то же время нельзя согласиться с утверждением, будто страховая защита есть специфическая форма товара, имеющая стоимостную оценку. Небесспорно и мнение, согласно которому страховая защита является объектом страхового отношения¹.

Итак, сформулируем некоторые *промежуточные выводы*. Во-первых, многоаспектность понятия страхования не должна порождать иллюзий по поводу того, что страхование, страховая деятельность, страховое правоотношение — это терминологические синонимы. Во-вторых, экономическое содержание страхования (что нельзя игнорировать) проявляется в совокупности следующих функций:

а) аккумулятивной функции, предусматривающей сбор денежных средств в виде страховых взносов для формирования специализированного страхового фонда;

б) компенсационной (перераспределительной) функции, т. е. возмещения ущерба и личного имущественного обеспечения граждан как платы за страховой риск;

в) охранительно-предупредительной функции, осуществляемой в комплексе мероприятий, направленных на обеспечение страховой охраны имущества страхователя (застрахованного лица) либо личных имущественных интересов, а также на предупреждение страхового случая и минимизации ущерба².

По нашему мнению, понятие «страховая охрана» имеет правовое значение, являясь разновидностью общей категории — «правовая охрана». В данном случае речь идет об осуществлении охраны неприкосновенности имущества, недопущении посягательства на него или на личные имущественные интересы. Кроме того, термин «страховая охрана» включает в себя и совершение каких-либо мероприятий, обеспечивающих предотвращение различного рода бедствий, восстановление разрушенного имущества и т. д.³ Мы полагаем, что охрана является более широким понятием, нежели защита. В частности, правовая защита имеет место, когда права и законные интересы лица нарушены⁴.

¹ См.: Худяков А. И. Указ. соч. С. 79.

² См.: Белых В. С, Кривошее И. В. Страхование право. М., 200. С. 14—15.

³ См.: Шиминова М. Я. Государственное страхование в СССР. М., 1987. С. 42—43.

⁴ См.: Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. М., 1975. С. 91—92; Донцов С. Е. Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности. М., 1980. С. 6—8.

Происхождение термина «страховая охрана» связано с осуществлением государством охранительной функции и действием охранительных норм. Поэтому представляется целесообразным включить в определение понятия «страхования» словосочетание «страховая охрана».

Обобщая сказанное, можно сделать вывод о том, что *страхование* представляет собой совокупность урегулированных нормами частного и публичного права экономических отношений по формированию (аккумуляции) и использованию (перераспределению) денежных средств из специального страхового фонда (из соответствующего бюджета — при обязательном государственном страховании) в целях страховой охраны имущественных интересов физических и юридических лиц, а также публичных образований посредством возмещения ущерба, причиненного страхователю (застрахованному лицу) наступлением страхового случая либо иного определенного события в жизни граждан.

III. Источники правового регулирования страховой деятельности.

Страховое законодательство представляет собой совокупность нормативных правовых актов, направленных на регулирование общественных отношений в области страховой деятельности. Оно (законодательство) является, по нашему мнению, комплексной отраслью российского законодательства. В основе его формирования должен быть положен такой критерий, как сфера страховой деятельности. В данной сфере возникают особого рода общественные отношения. Первая группа — отношения между субъектами страхования (страховщиками и страхователями). Вторую группу представляют отношения между страховыми организациями и органами государственной власти и местного управления. Их удельный вес в страховом законодательстве несколько меньше, чем отношений по горизонтали. Однако значительное место в страховом законодательстве занимают вопросы обеспечения финансовой устойчивости страховщиков и государственного надзора за страховой деятельностью.

Как отмечалось выше, в последнюю группу входят внешние и внутрикорпоративные отношения, складывающиеся между подразделениями страховой организации. Эти отношения регулируются организациями путем издания локальных (корпоративных) правовых актов.

В связи с этим несколько огульно, на наш взгляд, подвергнув критике позицию ученых, признающих акты страховых организаций в качестве правовых. По мнению А. И. Худякова, «такая трактовка выступает следствием механического переноса теоретических воззрений эпохи советского периода по поводу системы и источников права»¹. Выходит, что теоретические воззрения

¹ Худяков А. И. Указ. соч. С. 48—49.

В. В. Долинской, Т. В. Кашаниной, В. В. Лаптева, О. А. Макаровой, Н. Н. Пахомовой, И. С. Шиткиной и др.¹ по этому вопросу есть пережитки административно-командной системы.

Ранее отмечалось, что современные представители науки теории права также обосновывают существование локальных нормативных актов (уставы, положения, правила внутреннего распорядка и др.).

Страховое законодательство образует единую систему нормативных правовых актов различной юридической силы. В отличие, например, от гражданского законодательства (равно и бюджетного, налогового, семейного), в состав которого входят Гражданский кодекс и федеральные законы (п. 2 ст. 3 ГК), *страховое законодательство* — более широкое по составу понятие. Оно включает не только федеральные законы, но и другие акты федерального уровня (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные нормативные акты). С точки зрения Основного закона (ст. 72) в состав страхового законодательства могут входить и акты субъектов Федерации в пределах их компетенции.

Теперь обратимся к Закону об организации страхового дела. В соответствии с п. 2 ст. 1 отношения в сфере страховой деятельности регулируются федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, принятыми в соответствии с настоящим Законом. Как видим, среди актов страхового законодательства нет ведомственных актов (в частности, актов органа страхового надзора). Это не означает что акты данного органа не являются актами страхового законодательства. В законодательстве сказано: «В случаях, предусмотренных настоящим Законом, федеральные органы исполнительной власти в пределах своей компетенции могут принимать нормативные правовые акты».

По своей форме ведомственные акты можно подразделить на положения, правила, письма, приказы, инструкции и др. Страховое законодательство различает следующие виды правил: правила в виде ведомственного акта, примерные правила страхования и стандартные правила страхования соответствующего вида, принятые, одобренные или утвержденные страховщиком либо объединением страховщиков (ст. 943 ГК).

В юридической литературе предпринята попытка подразделить страховое законодательство (равно и страховое право) на Общую и Особенную части². К Общей части относится гл. I Закона об

¹См.: Корпоративное право: Учебник /Отв. ред. И. С. Шиткина. С. 46-52.

²См.: Фогельсон Ю. Б. Комментарий к страховому законодательству. С. 7; см. также: Худяков А. И. Указ. соч. С. 221—222.

организации страхового дела, в которой содержатся некоторые основные понятия в сфере страхового бизнеса — страхование, страховой интерес, страховой риск, страховой случай, страховая выплата и т. д. Сюда же включена и гл. 48 ГК, регулирующая вопросы заключения и исполнения договоров страхования, а также гл. IV Закона об организации страхового дела в части правоспособности страховщиков. В составе Особенной части называются законы и иные правовые акты по отдельным видам страхования (медицинское, морское, пенсионное, социальное страхование), специальное финансовое законодательство (гл. III Закона и изданные на ее основе подзаконные акты органом страхового надзора).

Едва ли можно согласиться с таким мнением. В настоящее время происходит процесс формирования и страхового права, и страхового законодательства. При этом мы не видим каких-либо оснований для традиционного подразделения страхового законодательства на Общую и Особенную части. Одна из основных причин — отсутствие в сфере страхования кодифицированного (или даже консолидирующего) акта. Известно, что с принятием в 1992 г. Закона об организации страхового дела (в то время он имел название «О страховании») была идея поставить Закон во главу угла всей пирамиды нормативных правовых актов, регулирующих страховые отношения. Что касается других федеральных законов, а также подзаконных актов, посвященных страховой деятельности, то разработчики Закона предполагали, что они будут приняты в полном соответствии с требованиями этой нормативной иерархии актов. Ситуация принципиально изменилась с введением в действие второй части Гражданского кодекса, в которой появилась гл. 48 «Страхование» и была исключена гл. II из Закона об организации страхового дела¹. Именно Гражданский кодекс стал играть роль своеобразного «компаса» в регулировании общих вопросов заключения и исполнения договоров страхования. И не только.

Процесс «юридического сепаратизма» получил дальнейшее развитие. В отношении медицинского, пенсионного, социального страхования, а также иных видов обязательного страхования были приняты специальные федеральные законы².

¹См.: Фогельсон Ю. Б. Комментарий к страховому законодательству. С. 12.

²См., например: Федеральные законы от 24 июля 1998 № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 259-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803; от 28 июня 1991 г. № 1499-1 «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации» (в ред. от 29 декабря 2006 г. № 259-ФЗ) // Ведомости съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 27. Ст. 920.

Иначе говоря, в области действующего страхового законодательства нет стройной и иерархичной системы.

Второй источник страхового права — *обычай делового оборота* (ОДО). В частности, Гражданский кодекс называет в качестве ОДО примерные условия договора в случаях, когда в договоре нет отсылки к этим условиям. В соответствии со ст. 427 ГК примерные условия должны отвечать требованиям ст. 5 и п. 5 ст. 421 Кодекса. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа.

III. Субъекты страховой деятельности (страхового дела) и участники страховых отношений. Закон об организации страхового дела (ст. 4.1) проводит разграничение между понятиями «участники страховых отношений» и «субъекты страховой деятельности (страхового дела)». В силу п. 1 ст. 4.1 *участниками отношений, регулируемых настоящим Законом*, являются:

- 1) страхователи, застрахованные лица, выгодоприобретатели;
- 2) страховые организации;
- 3) общества взаимного страхования;
- 4) страховые агенты;
- 5) страховые брокеры;
- 6) страховые актуарии;
- 7) федеральный орган исполнительной власти, к компетенции которого относится осуществление функций по контролю и надзору в сфере страховой деятельности (страхового дела);
- 8) объединения субъектов страхового дела, в том числе саморегулируемые организации.

В свою очередь, страховые организации, общества взаимного страхования, страховые брокеры и страховые актуарии — *субъекты страхового дела*

В целом такой подход законодателя обоснован и соответствует реальной действительности. Например, вряд ли можно отнести орган страхового надзора к субъектам страхового дела. Равным образом не являются таковыми объединения субъектов страхового дела.

Возникает вопрос о критерии указанного разграничения. По всей вероятности, таким критерием может служить сфера страховой деятельности как разновидность предпринимательской деятельности. По этой причине непонятно, почему в составе субъектов страховой деятельности не нашлось места страховым актуариям и, напротив, включены общества взаимного страхования (данные общества по общему правилу обладают статусом некоммерческих организаций).

Статья 6 Закона об организации страхового дела дает определение понятия *страховщика* как юридического лица, созданного в соответствии с законодательством для осуществления страхования, перестрахования, взаимного страхования и получившего лицензии в установленном настоящим Законом порядке. Новая ре-

дакция Закона несколько отличается от старой в части определения понятия страховщика. Нет в нем ссылки на создание юридического лица в любой организационно-правовой форме, предусмотренной законодательством. Тем не менее новая редакция ст. 6 позволяет рассматривать страховщика в качестве юридического лица, созданного в любой организационно-правовой форме. Какие-либо запреты здесь отсутствуют.

Названный Закон различает *две группы* страховщиков: *страховые организации и общества взаимного страхования*. Различие между ними заключается в том, что первые занимаются страхованием на профессиональной основе, причем страховые услуги оказываются третьим лицам (страхователю, застрахованному лицу); вторые осуществляют (на основании членства) страхование имущества и иных имущественных интересов своих членов. Гражданский кодекс (п. 5 ст. 968) разрешает обществам взаимного страхования выступать в качестве страховщика и осуществлять страхование интересов лиц, не являющихся членами общества. В этом случае такая страховая деятельность должна быть предусмотрена его учредительными документами, а само общество должно быть образовано в форме коммерческой организации и отвечать другим требованиям, установленным Законом об организации страхового дела. Далее, если общества взаимного страхования обладают статусом некоммерческой организацией (п. 2 ст. 968), то страховые организации могут (исходя из буквального толкования ст. 938 ГК РФ, ст. 6 Закона об организации страхового дела) учреждаться как коммерческими, так и некоммерческими организациями.

Страховая деятельность страховщика лицензируется, а лицензии выдаются федеральным органом исполнительной власти по надзору за страховой деятельностью (ст. 32 Закона об организации страхового дела). На практике возник вопрос о лицензировании страховой деятельности обществ взаимного страхования как некоммерческих организаций. По этому поводу Министерство финансов РФ¹ сообщает, что выдача лицензий некоммерческим обществам взаимного страхования, осуществляющим страхование имущества и иных имущественных интересов своих членов, производится в соответствии с требованиями Условий лицензирования страховой деятельности на территории Российской Федерации, утвержденных приказом Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью от 19 мая 1994 г. № 02—02/08 (в ред. письма Росстрахнадзора от 17 июня 1994 г.)². При этом требования разд. III, п. 4.1.3, 4.1.4 и 4.1.6 данных Условий лицензирования не применяются.

¹ См.: письмо Минфина России от 16 августа 2002 г. № 24—00/КП-96. Документ опубликован не был // ИПС «КонсультантПлюс. Проф».

² Первоначальный текст документа опубликован: Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. 1994. № 11.

Таким образом, с точки зрения действующего законодательства термин «страховщик» включает в себя два вида субъектов страхового дела — страховые организации и общества взаимного страхования.

В силу данного Закона и ст. 938 ГК страховщиком может быть только юридическое лицо. Официальная доктрина не признает в качестве страховщика физическое лицо, в том числе индивидуального предпринимателя. Напротив, в промышленно развитых странах не исключается также возможность сосредоточения страхового фонда в руках индивидуальных предпринимателей. Так, широко известный на международной арене английский «Ллойд» представляет собой объединение индивидуальных страховщиков, каждый из которых осуществляет страховые операции от своего имени и на свой риск. Считаем, что с учетом опыта промышленно развитых стран надо внести соответствующие изменения в Гражданский кодекс и Закон об организации страхового дела, предоставив возможность индивидуальным предпринимателям выступать в качестве страховщиков. Надо перенять опыт организации страхового бизнеса с использованием договора коммерческой концессии (франшизы).

Будучи юридическим лицом, страховщики могут быть созданы как коммерческие, так и некоммерческие организации. Обычно страховые компании представляют собой коммерческие организации в форме хозяйственных обществ. Соответственно порядок их образования и организация деятельности регулируется прежде всего Гражданским кодексом, законами об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью. Наряду с общими законами указанные вопросы ругламентируются и специальными нормативными правовыми актами.

Действующее законодательство не исключает возможности создания страховых организаций в форме государственных и муниципальных унитарных предприятий. Каких-либо запретов на этот счет нет.

В литературе предлагалось внести изменения в ст. 6 Закона об организации страхового дела, указав, что страховщики (читай: страховые организации и общества взаимного страхования, осуществляющие страховую деятельность для третьих лиц) должны создаваться в форме хозяйственных обществ. На самом деле ст. 25 этого Закона содержит ссылку на то, что основой финансовой устойчивости страховщиков является наличие у них экономически обоснованных страховых тарифов, страховых резервов, собственных средств. Страховщики должны обладать полностью оплаченным *уставным капиталом*. Известно, что уставный капитал — вид имущества, принадлежащий не всем коммерческим организациям. Его нет в хозяйственных товариществах, производственном кооперативе. Однако он (капитал) присутству-

ет в хозяйственных обществах. В соответствии со ст. 12 Закона об унитарном предприятии уставным фондом государственного или муниципального унитарного предприятия определяется минимальный размер его имущества, гарантирующего интересы кредиторов такого предприятия.

Безусловно, такая организационно-правовая форма юридического лица, как хозяйственное общество, в большей степени подходит для создания страховой организации. Но сказанное не должно исключать возможности учреждения страховых организаций в форме хозяйственных товариществ, производственных кооперативов и унитарных предприятий. Для подобного рода выводов необходим обстоятельный анализ и страхового законодательства, и практики его применения. Ведь можно пойти по пути ограничения содержания прав физических и юридических лиц, выступающих в качестве учредителей страховой организации. Именно в этом направлении развивается, например, банковское законодательство.

На наш взгляд, при выборе организационно-правовой формы страховщика надо учитывать, что страховые организации можно подразделить на частные и публичные. К *публичным* относятся страховые организации (внебюджетные фонды, осуществляющие обязательное страхование), возникающие на основе публично-правового акта помимо воли частных лиц и не преследующие цели получения прибыли. Поэтому публичные страховые организации являются некоммерческими и создаются в соответствующих организационно-правовых формах (как правило, в форме государственного учреждения).

Извлечение прибыли — основная цель деятельности частной страховой организации. Поэтому частные страховые организации должны создаваться в определенных организационно-правовых формах коммерческой организации (ст. 50 ГК). Соответственно в Гражданский кодекс (ст. 938), Закон об организации страхового дела (ст. 6) необходимо внести на этот счет изменения.

Возвращаясь к статусу обществ взаимного страхования, можно обнаружить элементы неопределенности и противоречий, содержащихся в ст. 968 ГК, на что справедливо указал Ю. Б. Фогельсон¹. Например, общество взаимного страхования в форме коммерческой организации должно быть основано на членстве. В то же время единственная форма коммерческой организации, основанная на членстве, — производственный кооператив (ст. 107—112 ГК). Но у кооператива нет уставного капитала, а его члены несут субсидиарную ответственность по его обязательствам, что

¹ См.: Фогельсон Ю. Б. Комментарий к страховому законодательству. С. 204.

недопустимо для страховой организации, ответственность которой может быть разделена только с другим страховщиком в порядке сострахования и не может быть передана никому другому.

Согласно Закону об организации страхового дела (п. 1 ст. 14) субъекты страхового дела (страховые организации, общества взаимного страхования, страховые брокеры и страховые актуарии) могут образовывать союзы, ассоциации и иные объединения для координации своей деятельности, защиты интересов своих членов. Эти объединения не вправе непосредственно заниматься страховой деятельностью, а потому не являются субъектами страхового дела. В соответствии с п. 1 ст. 4.1 Закона об организации страхового дела данные объединения относятся к участникам отношений, регулируемых настоящим Законом.

Объединение страховщиков есть организационно-правовая форма некоммерческой организации. Гражданский кодекс (ст. 121) прямо ограничивает возможность коммерческих организаций создавать объединения в форме ассоциаций или союзов, являющихся некоммерческими организациями. В противном случае (если по решению участников на ассоциацию возлагается ведение предпринимательской деятельности) такая ассоциация должна преобразоваться в хозяйственное общество или товарищество либо создать для осуществления предпринимательской деятельности хозяйственное общество или участвовать в таком обществе.

Наряду с объединениями страховщиков, которым российское законодательство запрещает непосредственно заниматься страховой деятельностью, существуют *страховые пулы*. Последние нельзя отнести к объединениям в смысле ст. 50 и 121 ГК, хотя бы потому, что страховой пул не является юридическим лицом.

В свое время (18 мая 1995 г.) приказом № 02—02/13 Росстрахнадзора было утверждено Положение о страховом пуле, в соответствии с п. 1.1 которого *страховой пул* — это добровольное объединение страховщиков, не являющееся юридическим лицом, создаваемое на основе соглашения между ними в целях обеспечения финансовой устойчивости страховых операций на условиях солидарной ответственности его участников за исполнение обязательств по договорам страхования, заключенным от имени участников страхового пула. Участники страхового пула несли солидарную ответственность по исполнению обязательств по договору страхования в соответствии с Гражданским кодексом¹.

В Законе об организации страхового дела (ст. 14.1) закреплено правило об образовании страховых и перестраховочных пулов на основании договора простого товарищества (договора о совместной деятельности) без статуса юридического лица в целях обеспе-

¹ См.: Нормативные акты по финансам, налогам, страхованию и бухгалтерскому учету. 1995. № 6.

чения финансовой устойчивости страховых операций по отдельным видам страхования. Таким образом, Закон воспринял норму Гражданского кодекса.

В свою очередь, Гражданский кодекс использует (вместо термина «страховой пул») понятие «сострахование». В силу ст. 953 ГК объект страхования может быть застрахован по одному договору страхования совместно несколькими страховщиками. Если в таком договоре не определены права и обязанности каждого из страховщиков, они солидарно отвечают перед страхователем (выгодоприобретателем) за выплату страхового возмещения по договору имущественного страхования или страховой суммы по договору личного страхования.

Помимо сострахования законодательство (ст. 13 Закона об организации страхового дела, ст. 967 ГК) называют и перестрахование. Согласно ст. 13 Закона *перестрахованием* является деятельность по защите одним страховщиком (перестраховщиком) имущественных интересов другого страховщика (перестрахователя), связанных с принятием последним по договору страхования (основному договору) обязательств по страховой выплате. Перестрахование осуществляется также в силу заключенного между страховщиком и перестраховщиком договора.

Закон запрещает перестрахование риска страховой выплаты по договору страхования жизни в части дожития застрахованного лица до определенного возраста или срока либо наступления иного события. Другое ограничение: страховщики, имеющие лицензии на осуществление страхования жизни, не вправе осуществлять перестрахование рисков по имущественному страхованию, принятых на себя страховщиками.

Несмотря на то что при перестраховании и состраховании обнаруживается ряд общих черт в правовом регулировании (они не относятся к числу объединений юридических лиц и действуют на основании договора), для перестрахования характерны следующие признаки.

Во-первых, перестрахование в широком смысле слова — это передача страховщиком части принятого на себя риска другим страховщикам (перестраховщикам). Один и тот же риск может быть передан нескольким перестраховщикам. Пункт 4 ст. 967 ГК допускает последовательное заключение двух или нескольких договоров перестрахования. Тем самым достигается защита страхового портфеля от влияния на него крупных страховых случаев, поскольку выплата суммы страхового возмещения осуществляется здесь коллективно всеми участниками перестрахования.

Во-вторых, гражданско-правовое регулирование перестрахования основано исключительно на договорных отношениях между перестраховочными организациями и страховщиком. Эта особен-

ность перестрахования заключается и в том, что страховщик, заключивший с перестраховщиком договор о перестраховании, остается ответственным перед страхователем в полном объеме в рамках договора страхования.

В-третьих, перестраховщиками могут выступать страховые организации при условии получения лицензии и соблюдения иных требований, предъявляемых к ним страховым законодательством.

Проблема *правоспособности страховщиков* (страховых организаций и обществ взаимного страхования) во многом повторяет те положения, которые характерны для правоспособности любого юридического лица. Правоспособность частных страховых организаций является специальной. Ранее мы приводили аргументы в пользу специальной правоспособности коммерческих банков, поэтому в данном случае не будем воспроизводить их (доводы) применительно к правоспособности страховых организаций в сфере страховой (предпринимательской) деятельности.

Что касается публичных страховых организаций (внебюджетных фондов, осуществляющих страхование), то с позиции Гражданского кодекса (ст. 49) они также обладают специальной правоспособностью как некоммерческие организации. То же самое можно сказать и об обществах взаимного страхования, занимающихся страхованием имущества и иных имущественных интересов своих членов. Будучи некоммерческими организациями, такие общества обладают специальной правоспособностью.

Страхователи, застрахованные лица, выгодоприобретатели — следующие участники страховых отношений.

Страхователь — это лицо, которое в силу договора и (или) закона обязано уплатить страховщику страховую премию (плату за страхование), а при наступлении предусмотренного события (страхового случая) вправе требовать от страховщика страховую выплату себе либо выгодоприобретателю, если страхование производится в пользу третьего лица¹. Страхователем в соответствии со ст. 5 Закона об организации страхового дела признаются юридические и физические лица, заключившие со страховщиками договоры страхования либо являющиеся страхователями в силу закона. Таким образом, можно выделить *три группы страхователей*: а) юридические лица; б) дееспособные физические лица; в) страхователи в силу закона (например, органы государственной власти и местного самоуправления). В качестве страхователей не могут выступать публичные образования (государство, субъекты Федерации, муниципальные образования).

¹ См.: Страхование от А до Я / Под ред. Л. И. Корчевской, К. Е. Турбиной. М., 1996. С. 98–99 (автор — Н. С. Ковалевская). В литературе нет единства мнения в определении понятия «страхователя» (См.: Худяков А. И. Указ. соч. С. 248–250).

Специфической фигурой страховых правоотношений выступает третье лицо, именуемое выгодоприобретателем. Согласно п. 1 ст. 929 ГК *выгодоприобретателем* может быть физическое или юридическое лицо, не являющееся страхователем, но получающее страховые выплаты взамен последних, если это было предусмотрено при заключении договора страхования. Таким образом, Кодекс в качестве основного признака выгодоприобретателя называет то, что он не является страхователем, т. е. стороной страхового правоотношения. Закон не запрещает иметь в одном страховом обязательстве нескольких выгодоприобретателей. В данном случае доля страхового возмещения или обеспечения, приходящегося на каждого из них, должна быть определена в самом страховом соглашении его сторонами.

Существование имущественного и личного страхования вносит различие по основаниям и условиям появления в страховом обязательстве самостоятельной фигуры выгодоприобретателя. Для имущественного страхования обязательным условием появления в договоре третьего лица, получающего выгоду в результате страхования, выступает наличие имущественного интереса у выгодоприобретателя, нарушенного в результате событий, составляющих «causa» данного страхового правоотношения. Однако имущественный интерес выгодоприобретателя при страховании имущества лишь аналогичен страховому интересу страхователя. Совпадение интересов страхователя и выгодоприобретателя при страховании имущества оговаривается законодателем как обязательное, но не превращает их в общий интерес, поэтому выгодоприобретатель обладает аналогичным интересом, что и страхователь, но не тем, который служит предметом страхового правоотношения. Во всех остальных случаях говорить о принадлежности выгодоприобретателю страхового интереса некорректно, так как именно страхователь или застрахованное лицо защищают свое имущественное положение путем обращения к страхованию, предоставляя выгодоприобретателю, как лицу потерпевшему, лишь право на получение страховой выплаты. Условием появления самостоятельной фигуры выгодоприобретателя и ее замены в договоре личного страхования является согласие на то носителя предмета страховой охраны — застрахованного лица (п. 2 ст. 934 ГК). В рамках договора личного страхования предметом страховой охраны является нематериальное благо, защита которого порождает страховой интерес его носителя, реализуемый через имущественное право на получение страховой суммы. Страхование предпринимательского риска самостоятельной фигуры выгодоприобретателя не предполагает (ст. 933 ГК)¹.

Появление фигуры *застрахованного лица* продиктовано признанием со стороны законодателя возможности у страхователя

¹ См.: Белых В. С., Кривошеев И. В. Указ. соч. С. 65–66.

в личном страховании взять под страховую охрану жизнь и здоровье близкого ему человека. Изначально предполагается наличие между страхователем и застрахованным лицом определенной связи, основанной на личном отношении.

Застрахованное лицо — это физическое лицо, в жизни которого может произойти обусловленное страховым риском событие, непосредственно связанное с личностью или обстоятельствами жизни данного лица и порождающее обязанность страховщика по страховой выплате. Цель установления страховых правоотношений с участием застрахованного лица — обеспечение защиты жизни и здоровья застрахованного лица при отсутствии возможности воспользоваться предоставляемой защитой лично. Наличие определенной цели в присутствии самостоятельной фигуры застрахованного лица определяет круг страховых обязательств, где такая дифференциация субъектного состава допустима.

Статья 955 ГК выделяет личное страхование и страхование ответственности за причинение вреда жизни и здоровью при разрешении вопроса об участии в страховом обязательстве застрахованного лица. Физическая невозможность или затрудненность застрахованного лица воспользоваться предоставляемым страховым обеспечением в рамках личного страхования определяет законодательное обособление фигуры выгодоприобретателя и застрахованного лица, что позволяет получать страховое обеспечение не субъекту, претерпевшему телесный ущерб, а лицу, которое будет осуществлять уход за потерпевшим, реализовывать его имущественные интересы в период болезни. При страховании ответственности за причинение вреда страховое возмещение изначально предназначается для субъекта, пострадавшего от действий застрахованного лица, поэтому исполнение страховщиком своей обязанности в пользу пострадавшего обеспечивает соблюдение законности при осуществлении данного вида страхования, реализует страховой интерес застрахованного лица, восстанавливает имущественные права гражданина или организации, непосредственно претерпевшей вред.

Фигура застрахованного лица важна для страховых правоотношений в рамках личного страхования. Презумпция принадлежности страхового интереса застрахованному лицу определяет обязательность получения предварительного согласия застрахованного лица на присутствие иного выгодоприобретателя или его замену в страховом правоотношении (п. 2 ст. 934 ГК). Замена застрахованного лица в договоре личного страхования также производится только с его предварительного согласия (ст. 955 ГК). В отличие от выгодоприобретателя, который может быть представлен в страховом обязательстве указанием на какие-то его родовые черты, фигура застрахованного лица требует полной индивидуализации, обеспечиваемой указанием его фамилии, имени и отчества. Со-

временное страховое законодательство предъявляет требование конкретизации личности застрахованного лица, указывая обязанность сторон называть данное лицо в договоре страхования (п. 1 ст. 934 ГК).

Лица, оказывающие услуги в сфере страховой деятельности. К числу таких лиц относятся страховые агенты и страховые брокеры, которые в литературе именуются страховыми посредниками. Кроме того, страховые организации пользуются услугами страховых актуариев¹.

В сфере страховой деятельности действуют иные лица, оказывающие услуги, страховые эксперты, аварийные комиссары и др.

В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона об организации страхового дела *страховые агенты* — постоянно проживающие на территории Российской Федерации и осуществляющие свою деятельность на основании гражданско-правового договора физические лица или российские юридические лица (коммерческие организации), которые представляют страховщика в отношениях со страхователем и действуют от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями. Следовательно, страховой агент является представителем страховщика, а потому на отношения с участием страхового агента распространяются нормы Гражданского кодекса о представительстве (гл. 10).

Отношения страховой организации со страховым агентом оформляются, как правило, договором поручения. Конструкция данного договора позволяет в полной мере обеспечить реализацию прав и обязанностей сторон (ст. 971 ГК). В то же время соответствующие отношения могут быть урегулированы с использованием агентского договора (ст. 1005 ГК). При этом должна применяться модель договора, позволяющая агенту выступать от имени и за счет принципала, т. е. страховщика.

Страховые брокеры — постоянно проживающие на территории Российской Федерации и зарегистрированные в установленном законодательством порядке в качестве индивидуальных предпринимателей физические лица или российские юридические лица (коммерческие организации), которые действуют в интересах страхователя (перестрахователя) или страховщика (перестраховщика) и осуществляют деятельность по оказанию услуг, связанных с заключением договоров страхования (перестрахования) между страховщиком (перестраховщиком) и страхователем (перестрахователем), а также с исполнением данных договоров. При оказании услуг, связанных с заключением этих договоров, страховой брокер не вправе одновременно действовать в интересах страхователя и страховщика (п. 2 ст. 8 Закона об организации страхового дела).

¹ Подробнее об этом см.: Худяков А. И. Указ. соч. С. 317—345.

Основными признаками, характеризующими статус страхового брокера, являются:

а) специальный субъектный состав — индивидуальные предприниматели или коммерческие организации, которые должны быть зарегистрированы в качестве страхового брокера;

б) брокерская деятельность подлежит лицензированию;

в) страховой брокер представляет интересы только страхователя (перестрахователя) или страховщика (перестраховщика). Им запрещается осуществлять деятельность в качестве страхового агента, страховщика и перестраховщика (п. 2 ст. 8 Закона об организации страхового дела);

г) сведения о страховых брокерах вносятся в единый государственный реестр субъектов страхового дела;

д) они не вправе осуществлять деятельность, не связанную со страхованием.

Итак, страховые брокеры обладают *специальной правоспособностью*, а их деятельность носит исключительный характер.

Деятельность страховых агентов и страховых брокеров по оказанию услуг, связанных с заключением и исполнением договоров страхования (за исключением договоров перестрахования) с иностранными страховыми организациями или иностранными страховыми брокерами, на территории Российской Федерации *не допускается* (п. 3 ст. 8 Закона об организации страхового дела). Эта норма направлена на защиту российского страхового рынка от проникновения иностранных страховых компаний. Для заключения договоров перестрахования с иностранными страховыми организациями страховщики вправе заключать договоры с иностранными страховыми брокерами (п. 4 ст. 8 Закона).

Страховые актуарии — физические лица, постоянно проживающие на территории Российской Федерации, имеющие квалификационный аттестат и осуществляющие на основании трудового договора или гражданско-правового договора со страховщиком деятельность по расчетам страховых тарифов, страховых резервов страховщика, оценке его инвестиционных проектов с использованием актуарных расчетов (п. 1 ст. 8.1 Закона об организации страхового дела). Из легального определения страхового актуария вытекают следующие признаки: 1) страховым актуарием может быть только физическое лицо; 2) деятельность страхового актуария не лицензируется, однако он обязан иметь квалификационный аттестат¹; 3) свою деятельность актуарии осуществляют на основании либо трудового договора, либо гражданско-правового

договора; 4) эта деятельность связана с актуарными расчетами. Страховые актуарии относятся к числу субъектов страхового дела (п. 2 ст. 4.1 Закона).

Под *актуарными расчетами* понимается совокупность экономико-математических и статистических методов, используемых при расчете страховых тарифов, страховых резервов, страховых премий и других показателей, необходимых страховой организации для определения условий страхования и обеспечения исполнения принятых на себя страховых обязательств. Страховщики по итогам каждого финансового года обязаны проводить актуарную оценку принятых страховых обязательств (страховых резервов). Результаты актуарной оценки должны отражаться в соответствующем заключении, представляемом в орган страхового надзора в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере страховой деятельности (п. 2 ст. 8.2 Закона об организации страхового дела).

К *иным лицам, оказывающим услуги в сфере страховой деятельности*, относятся: аварийный комиссар и диспашер.

Аварийный комиссар — это физическое или юридическое лицо, которое занимается установлением причин и обстоятельств страхового случая, оценкой причиненного им вреда, расчетом размера страховой выплаты. По итогам работы аварийного комиссара в каждом конкретном страховом случае выдается *аварийный сертификат*, т. е. документ, в котором отражаются возможные причины, характер и размеры убытка. На основании аварийного сертификата страхователь или иное заинтересованное лицо предъявляет претензию к страховщику по возмещению причиненного ущерба.

Диспашер — официальное лицо, уполномоченное производить необходимые расчеты по распределению убытков по общей аварии между судном, грузом и фрахтом. Данное лицо должно обладать опытом и знаниями в области морского права. Диспашер составляет документ, именуемый диспаша, содержащий подробное описание причин и характера аварии, а также расчет по распределению ущерба по общей аварии.

IV. Объекты страхования. Вопрос об объекте страхового правоотношения тесно связан с таким его элементом, как страховой интерес.

В. И. Серебровский полагал, что объектом страхового правоотношения является страховой интерес. «Когда-то в науке страхового права, — писал ученый, — много спорили о том, что является предметом страхования: имущество (вещь) или интерес, связанный с этим имуществом. Поле битвы осталось за сторонниками последнего мнения». И далее: «...страхуется не та или иная материальная вещь, а все то, с чем у страхователя связан имущественный

¹ Требования к порядку проведения квалификационных экзаменов страховых актуариев, выдачи и аннулирования квалификационных аттестатов устанавливаются органом страхового регулирования (п. 3 ст. 8.1 Закона об организации страхового дела).

интерес»¹. Иначе говоря, страховой интерес выступает имущественным благом, служащим объектом страхования.

Мы также считаем, что страховой интерес выступает объектом страхового правоотношения как в личном, так и в имущественном страховании. Именно интерес, связанный с имуществом либо личностью гражданина (физического лица), а не вещь выступает в роли объекта страхового правоотношения. Нельзя рассматривать в качестве объекта (предмета) страхового правоотношения и сумму денег, выплачиваемую в качестве страховой компенсации при наступлении страхового события. Уплатой денежной суммы, составляющей страховое возмещение или обеспечение, производится исполнение любого страхового правоотношения.

А. И. Худяков возражает против использования термина «страховой интерес», поскольку ни в Гражданском кодексе, ни в Законе об организации страхового дела он (термин) не употребляется². Между тем использование термина «страховой интерес» позволяет избежать споров и неопределенности, когда говорится об объекте страхования вообще, безотносительно к личному или имущественному. Однако нельзя думать, что данный термин появился лишь по этой причине. Начало появления в нормативных актах и в научной литературе понятия «страховой интерес» и наряду с ним понятия «имущественный интерес» соответствовало определенному периоду развития страховой мысли. Именно в эпоху транспортного (морского) страхования и произошло зарождение термина «страховой интерес», так как «один и тот же груз мог страховаться и грузоотправителем, и грузополучателем, и владельцем судна, и банкиром, кредитуящим данную сделку»³. Дальнейшее развитие категории страхового интереса было связано с попытками ученых сформулировать единое (универсальное) определение страхования. Дело в том, что личное страхование длительное время не воспринималось как «подлинное» страхование, а потому страховой интерес мыслился как элемент, объединявший два разных вида страхования. При этом страховой интерес в имущественном страховании всегда был имущественным, в то время как имущественный характер страхового интереса при личном страховании признавался (и признается сейчас) далеко не всеми учеными.

Поэтому понятия «имущественный интерес» и «страховой интерес» соотносятся как род и вид. С этой точки зрения (используя такой критерий, как сфера применения) имущественный интерес может быть банковским, биржевым, инвестиционным

¹ Серебровский В. И. Избр. тр. С. 372.

² Худяков А. И. Указ. соч. С. 86.

³ Там же. С. 88.

и т. д. Однако с учетом содержания (другой критерий) понятия «страховой интерес» и «имущественный интерес» означают одно и то же. Возможно, это одна из причин, по которой ни Закон об организации страхового дела, ни Гражданский кодекс не используют термин «страховой интерес».

Итак, Гражданский кодекс (п. 2 ст. 929) и Закон об организации страхового дела (ст. 4) называют имущественный интерес (страховой интерес) в качестве объекта страхования. Однако между соответствующими положениями Кодекса и названного Закона имеются значительные расхождения. Так, в силу ст. 942 ГК объектом имущественного страхования является имущество или иной имущественный интерес. В свою очередь, в ст. 930 ГК говорится не об имуществе, а об интересе в сохранении имущества, который должен существовать для того, чтобы договор страхования был действительным. Перечень подобных примеров можно продолжить.

В соответствии со ст. 4 Закона об организации страхового дела объектами страхования могут быть имущественные интересы, связанные:

с жизнью, здоровьем, трудоспособностью и пенсионным обеспечением страхователя или застрахованного лица (личное страхование);

владением, пользованием, распоряжением имуществом (имущественное страхование);

возмещением страхователем причиненного вреда личности или имуществу физического лица, а также вреда, причиненного юридическому лицу (страхование ответственности).

Как видим, названный Закон в отличие от Гражданского кодекса (ст. 927) различает три вида добровольного страхования, что вряд ли представляется правильным.

Объектом страхования при страховании общегражданской ответственности служат *имущественные интересы*, являющиеся, по существу, объектами личного и имущественного страхования. Так, объект страхования ответственности — имущественные интересы страхователя, связанные с обязанностью последнего возместить ущерб, причиненный третьим лицам и выразившийся в повреждении либо уничтожении имущества.

Что касается личного страхования, то в Гражданском кодексе термин «объект личного страхования» вообще не употребляется. Правда, это не означает, что применительно к личному страхованию объекта страхования в виде страхового интереса вообще не существует. Прав Ю. Б. Фогельсон, утверждая, что «возможность причинения вреда тождественна наличию страхового интереса»¹.

¹ Фогельсон Ю. Б. Указ. соч. С. 22—23.

Действительно, ничто не мешает признать в качестве объекта личного страхования интерес застрахованного лица.

Будучи разновидностью имущественного интереса, страховой интерес обладает рядом специальных признаков.

Во-первых, для того чтобы интерес мог стать объектом (предметом) страхования и получить право на судебную защиту, он должен отвечать определенным требованиям. Интерес должен быть имущественным благом, подлежащим денежной оценке. Моральные, научные и прочие интересы не страхуются.

Во-вторых, страховой интерес в отношении имущества проявляется прежде всего в том, что заинтересованное в его целостности лицо обладает правом собственности или иным вещным правом либо находится в состоянии известной юридической связанности.

В-третьих, страхованию подлежит лишь субъективный интерес, т. е. не интерес в известном имущественном объекте сам по себе, а только интерес определенного (заинтересованного) лица.

В-четвертых, интерес должен быть правомерным, не противоречащим правопорядку. Гражданский кодекс (ст. 928) прямо очерчивает круг интересов, страхование которых не допускается. В частности, не допускается страхование противоправных интересов; страхование убытков от участия в играх, лотереях и пари; страхование расходов, к которым лицо может быть принуждено в целях освобождения заложников. Условия подобных договоров страхования ничтожны.

Мы прекрасно понимаем, что определение объекта (предмета) страхования через категорию страхового интереса неизбежно наталкивается на официальную доктрину, получившую закрепление в ст. 128 ГК, в которой дан исчерпывающий перечень объектов гражданских прав. В данном перечне нет места имущественным интересам в целом и страховым, в частности. Поэтому предлагаем дополнить перечень объектов гражданских прав особым объектом — «имущественными интересами»¹.

Возможно, по этой причине предметом договора страхования было предложено считать особого рода услугу, которую страховщик оказывает страхователю и которая воплощается в несении страхового риска в пределах страховой суммы². Однако сторонников этой точки зрения не смущает то обстоятельство, что страхование не подпадает ни под одно из обязательств по оказанию услуг, предусмотренных гл. 39 ГК.

Итак, объектом страхового правоотношения выступает страховой интерес как разновидность имущественных благ, существую-

¹ См.: Белых В. С, Кривошее И. В. Указ. соч. С. 77.

² См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Ч. 2. С. 507.

щих наряду с вещью, услугой, работой, имущественным правом, результатами действий, в том числе интеллектуальной деятельности (ст. 128 ГК). Самостоятельность значения страхового интереса как объекта страхового правоотношения определяется тем, что страховщик не принимает на себя обязательство восстановить ту или иную вещь, а обязывается возместить тот ущерб, который может понести страхователь; страховщик может возместить и косвенный ущерб, возникший у страхователя; возможно одновременное страхование рядом лиц, находящихся в различных юридических отношениях к одной и той же вещи³. Обязанная сторона, совершая действия по уплате страховой суммы, реализует страховой интерес страхователя или застрахованного лица.

Не являются объектом (предметом) страхового правоотношения вещь или иное имущество, как не являются таковыми жизнь и здоровье страхуемого лица в рамках личного страхования. Здесь мы поддерживаем мнение К. А. Граве и Л. А. Лунца о необходимости проводить разграничение между объектом страхового правоотношения и предметом страховой охраны². В состав последнего понятия входят застрахованные вещи, жизнь и здоровье страхователя (или застрахованного лица).

Обобщая вышеизложенное, следует отметить, что объектом страхового правоотношения выступает страховой интерес как самостоятельный объект гражданских прав. *Страховой интерес* — это осознанная страхователем или застрахованным лицом потребность (мера материальной заинтересованности) в получении имущественного блага (ценности) в виде страховой суммы при наступлении известного события.

В. Публично-правовой режим осуществления страховой деятельности. Данный режим находит свое выражение в государственной регистрации страховых организаций и обществ взаимного страхования, лицензировании страховой деятельности, а также в осуществлении государственного надзора за деятельностью субъектов страхового дела.

Государственная регистрация страховых организаций. Общее правило о регистрации юридических лиц содержится в ст. 51 ГК. Страховые организации подлежат государственной регистрации в общем порядке, определяемом Законом о регистрации юридических лиц с учетом особенностей, предусмотренных законами о хозяйственных обществах.

Общества с ограниченной ответственностью, будучи некоммерческими организациями, могут быть учреждены в различных организационно-правовых формах. Считается, что наиболее подходящей для этого формой является потребительский кооператив,

¹ См.: Серебровский В. И. Указ. соч. С. 499.

² См.: Граве К. А., Лунц Л. А. Страхование. М., 1960. С. 19.

хотя при этом не исключается использование иных организационно-правовых форм. Соответственно при образовании общества взаимного страхования учитываются положения федеральных законов об отдельных видах некоммерческих организаций (общественное объединение, потребительский кооператив, некоммерческое партнерство, ассоциации и союзы и др.).

Глава IV Закона об организации страхового дела посвящена *государственному надзору за деятельностью субъектов страхового дела*. В соответствии с п. 1 ст. 30 Закона данный государственный надзор осуществляется в целях соблюдения ими страхового законодательства, предупреждения и пресечения нарушений участниками отношений, регулируемых настоящим Законом, страхового законодательства, обеспечения защиты прав и законных интересов страхователей, иных заинтересованных лиц и государства, эффективного развития страхового дела.

Страховой надзор включает в себя:

а) лицензирование деятельности субъектов страхового дела, аттестацию страховых актуариев и ведение единого государственного реестра субъектов страхового дела, реестра объединений субъектов страхового дела;

б) контроль за соблюдением страхового законодательства, в том числе путем проведения на местах проверок деятельности субъектов страхового дела, и достоверности представляемой ими отчетности, а также за обеспечением страховщиками их финансовой устойчивости и платежеспособности;

в) выдачу в течение 30 дней в предусмотренных настоящим Законом случаях разрешений на увеличение размеров уставных капиталов страховых организаций за счет средств иностранных инвесторов, на совершение с участием иностранных инвесторов сделок по отчуждению акций (долей в уставных капиталах) страховых организаций, на открытие представительств иностранных страховых, перестраховочных, брокерских и иных организаций, осуществляющих деятельность в сфере страхового дела, а также на открытие филиалов страховщиков с иностранными инвестициями (п. 4 ст. 30 Закона об организации страхового дела). Рассмотрим их подробно.

Лицензирование страховой деятельности осуществляется на основании Закона об организации страхового дела (ст. 6, 30, 32). Специальное законодательство действует в отношении организаций, занимающихся медицинским страхованием и негосударственным пенсионным обеспечением граждан. Деятельность страховщиков, перестраховщиков, обществ взаимного страхования, страховых брокеров лицензируется в установленном порядке. Что касается деятельности страховых актуариев, то она подлежит аттестации. Право на осуществление деятельности в сфере страхового дела

предоставляется только субъекту страхового дела, получившему лицензию (п. 1 ст. 32 Закона об организации страхового дела).

До августа 1996 г. государственный надзор за деятельностью страховщиков (включая и ведение лицензирования) осуществляла Федеральная служба по надзору за страховой деятельностью (Росстрахнадзор), образованная Указом Президента РФ от 9 апреля 1993 г. № 439 «О приведении указов Президента Российской Федерации в соответствие с Законом Российской Федерации «О страховании»¹. В настоящее время Росстрахнадзор упразднен и его функции переданы Минфину России, в составе которого образована Федеральная служба страхового надзора².

Для получения лицензии на осуществление добровольного и (или) обязательного страхования, взаимного страхования соискатель лицензии представляет в орган страхового надзора:

- 1) заявление о предоставлении лицензии;
- 2) учредительные документы соискателя лицензии;
- 3) документ о государственной регистрации соискателя лицензии в качестве юридического лица;
- 4) протокол собрания учредителей об утверждении учредительных документов соискателя лицензии и утверждении на должности единоличного исполнительного органа, руководителя (руководителей) коллегиального исполнительного органа соискателя лицензии;
- 5) сведения о составе акционеров (участников);
- 6) документы, подтверждающие оплату уставного капитала в полном размере;
- 7) документы о государственной регистрации юридических лиц, являющихся учредителями субъекта страхового дела, аудиторское заключение о достоверности их финансовой отчетности за последний отчетный период, если для таких лиц предусмотрен обязательный аудит;
- 8) сведения о единоличном исполнительном органе, руководителе (руководителях) коллегиального исполнительного органа, главном бухгалтере, руководителе ревизионной комиссии (ревизоре) соискателя лицензии;
- 9) сведения о страховом актуарии;
- 10) правила страхования по видам страхования, предусмотренным настоящим Законом, с приложением образцов используемых документов;

¹ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 15. Ст. 1245.

² См.: Указ Президента РФ от 24 сентября 2007 г. № 1274 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» (в ред. от 11 октября 2007 г. № 1359) // СЗ РФ. 2007. № 40. Ст. 4717.

11) расчеты страховых тарифов с приложением используемой методики актуарных расчетов и указанием источника исходных данных, а также структуры тарифных ставок;

12) положение о формировании страховых резервов;

13) экономическое обоснование осуществления видов страхования (п. 2 ст. 32 Закона).

Для получения лицензии на осуществление предусмотренных классификацией дополнительных видов добровольного и (или) обязательного страхования, взаимного страхования соискатель лицензии представляет в орган страхового надзора документы, предусмотренные пп. 1, 10—13 п. 2 ст. 32 Закона об организации страхового дела. В свою очередь, на соискателей лицензий на осуществление перестрахования не распространяется действие пп. 9, 10 (в части представления правил страхования по видам страхования), 11 п. 2 настоящей статьи (за исключением образцов документов, используемых при перестраховании).

При этом отметим, что лицензия выдается не вообще на страховую деятельность, а лишь на осуществление конкретных видов страхования. Несмотря на отсутствие в законодательстве легального определения понятия «вид страховой деятельности», можно посредством сравнения и анализа действующих в этой сфере нормативных актов различной юридической силы прийти к следующим выводам.

Во-первых, виды страхования отличаются друг от друга по объектам страхования. Известно, что в соответствии со ст. 4 Закона об организации страхового дела объектами страхования являются имущественные интересы. Именно объект страхования служит классифицирующим признаком для разделения всех возможных видов страхования на две большие группы — личное страхование и имущественное страхование. В пределах квалифицирующей группы происходит формирование различных видов страхования. Например, личное страхование включает: страхование жизни; страхование от несчастных случаев и болезней; пенсионное страхование; медицинское страхование (ст. 32.9 Закона об организации страхового дела).

Во-вторых, видовое различие страхования связано с событиями, на случай наступления которых производится страхование. Эти события (страховые случаи) находят свое отражение в правилах по видам страхования.

Для получения лицензии на осуществление *страховой брокерской деятельности* соискатель лицензии представляет в орган страхового надзора:

1) заявление о предоставлении лицензии;

2) документ о государственной регистрации соискателя лицензии в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя;

3) учредительные документы соискателя лицензии — юридического лица;

4) образцы договоров, необходимых для осуществления страховой брокерской деятельности;

5) документы, подтверждающие квалификацию работников страхового брокера и квалификацию страхового брокера — индивидуального предпринимателя (п. 5 ст. 30 Закона об организации страхового дела).

Определенные в ст. 30 Закона перечни документов, представляемых соискателями лицензий для получения лицензий, являются исчерпывающими. При представлении в надлежащей форме всех документов, указанных в настоящей статье, орган страхового надзора выдает соискателю лицензии уведомление в письменной форме о приеме документов.

Материалы по лицензированию рассматриваются органом страхового надзора в срок, не превышающий 60 дней с момента получения всех документов, предусмотренных ст. 30 Закона. На практике этот срок не всегда соблюдается, а процедура рассмотрения заявления со всеми прилагаемыми документами затягивается порой на длительное время.

Основания для отказа соискателю лицензии в выдаче лицензии содержатся в ст. 32.3 Закона об организации страхового дела. Перечень оснований для такого отказа является исчерпывающим. Решение органа страхового надзора об отказе в выдаче лицензии направляется в письменной форме соискателю лицензии в течение пяти рабочих дней со дня принятия соответствующего решения с указанием причин отказа. Соискатель лицензии может обжаловать такой отказ в установленном порядке.

Аннулирование лицензии или отмена решения о выдаче лицензии осуществляются в случае:

непринятия соискателем лицензии мер для получения лицензии в течение двух месяцев со дня уведомления о выдаче лицензии;

установления до момента выдачи лицензии факта представления соискателем лицензии недостоверной информации (ст. 32.4 Закона).

Орган страхового надзора осуществляет контроль за соблюдением страхового законодательства, в том числе путем проведения на местах проверок деятельности субъектов страхового дела, и достоверности представляемой ими отчетности, а также за обеспечением страховщиками их финансовой устойчивости и платежеспособности. При выявлении нарушения страхового законодательства субъекту страхового дела органом страхового надзора дается предписание об устранении нарушения.

В п. 2 ст. 32.6 Закона об организации страхового дела сформулирован перечень оснований для выдачи предписания. В частности, *предписание дается в случаях:*

осуществления субъектом страхового дела деятельности, запрещенной законодательством, а также деятельности с нарушением условий, установленных для выдачи лицензии;

несоблюдения страховщиком страхового законодательства в части формирования и размещения средств страховых резервов, иных гарантирующих осуществление страховых выплат фондов;

несоблюдения страховщиком установленных требований к обеспечению нормативного соотношения активов и принятых обязательств, иных установленных требований к обеспечению финансовой устойчивости и платежеспособности;

нарушения субъектом страхового дела установленных требований о представлении в орган страхового надзора и (или) его территориальный орган установленной отчетности.

В случае неисполнения предписания надлежащим образом или в установленный срок, а также в случае уклонения субъекта страхового дела от получения предписания *действие лицензии ограничивается или приостанавливается* в порядке, установленном Законом.

§ 4. Государственное регулирование профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг

1. Понятие и виды профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг. Словосочетание «рынок ценных бумаг» состоит из двух взаимосвязанных частей: рынок и ценные бумаги. Поскольку правовой режим ценных бумаг получил освещение на страницах данного учебника (гл. 6), постольку основное внимание уделим понятию рынка ценных бумаг. Прежде всего отметим, что названное понятие имеет экономическое происхождение.

С экономической точки зрения рынок ценных бумаг есть разновидность рынка, а поэтому он призван, с одной стороны, способствовать развитию так называемых первичных рынков (товарного рынка, рынка работ, рынка услуг и т. д.), с другой — решать собственные задачи, способствовать реализации функций, направленных на обеспечение процесса инвестиций в производство и сферу услуг, получение прибыли от операций на рынке и др.¹ В свою очередь, рынок представляет собой совокупность экономических отношений, связанных с обменом товаров и услуг, в результате которых формируются спрос, предложение и цена.²

Структура рынков весьма многообразна. Так, *в зависимости от вида продаваемого товара* выделяют рынки сырья, материалов,

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 574—575.

² См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. С. 298.

средств производства, недвижимости, потребительских товаров и услуг, информационного и интеллектуального продукта, инноваций, капитала, валюты, ценных бумаг, труда, рабочей силы. По масштабам охвата территории различают мировой, зональный, региональные, страновые рынки, а применительно к каждой стране — внутренние и внешние рынки. С учетом уровня конкуренции рынки делятся на высококонкурентные (свободные), монополистической конкуренции, олигополистические, монополистические (закрытые). Различают *легальные (официальные) и нелегальные (теневые, черные) рынки*¹. Существуют и другие виды рынков.

Итак, рынок ценных бумаг представляет собой совокупность экономических отношений по поводу выпуска, обращения и размещения ценных бумаг между его участниками в системе финансовых услуг.

Соответственно *профессиональная предпринимательская деятельность на рынке ценных бумаг* есть разновидность предпринимательской деятельности, связанной с выпуском, обращением и размещением ценных бумаг, осуществляемая профессиональными участниками рынка ценных бумаг. Будучи разновидностью предпринимательства, деятельность на рынке ценных бумаг обладает всеми общими признаками предпринимательской деятельности (ст. 2 ГК). Особенности такой деятельности проявляются в том, что, во-первых, одним из ее субъектов являются профессиональные участники на рынке ценных бумаг, во-вторых, особая сфера предпринимательства — рынок ценных бумаг.

Выпуск (эмиссия ценных бумаг) — установленная Законом о рынке ценных бумаг (ст. 2) последовательность действий эмитента по размещению эмиссионных ценных бумаг. Как видим, выпуск (эмиссия ценных бумаг) включает ряд последовательных действий (юридических фактов). В силу п. 1 ст. 19 Закона о рынке ценных бумаг процедура эмиссии эмиссионных ценных бумаг, если иное не предусмотрено настоящим Законом и иными федеральными законами, включает *следующие этапы*:

- 1) принятие решения о размещении эмиссионных ценных бумаг;
- 2) утверждение решения о выпуске (дополнительном выпуске) эмиссионных ценных бумаг;
- 3) государственную регистрацию выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг;
- 4) размещение эмиссионных ценных бумаг;
- 5) государственную регистрацию отчета об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг². Причем

¹ См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. С. 298.

² В научной литературе высказано несколько точек зрения на понятие «эмиссия ценных бумаг» (см.: Синенко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг: правовое регулирование, теория и практика. М., 2002. С. 12—14).

в состав указанных юридических фактов входят не только гражданско-правовые сделки (преимущественно односторонние), но и административные акты (например, государственная регистрация).

Процедура эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг, а также условия их размещения регулируются федеральными законами или в порядке, установленном федеральными законами¹.

Обращение ценных бумаг — заключение гражданско-правовых сделок, влекущих переход прав собственности на ценные бумаги. Можно сказать, что указанное обращение представляет собой часть гражданского оборота. С экономической точки зрения обращение ценных бумаг занимает собственное место в системе экономических отношений.

На стадии обращения ценных бумаг происходит *заключение гражданско-правовых сделок*. Следовательно, на соответствующие отношения распространяются нормы гл. 28 ГК.

Статья 27.6 Закона о рынке ценных бумаг предусматривает ряд ограничений на обращение эмиссионных ценных бумаг. *Первое ограничение* заключается в том, что обращение эмиссионных ценных бумаг, выпуск (дополнительный выпуск) которых подлежит государственной регистрации, запрещается до их полной оплаты и государственной регистрации отчета (представления в регистрирующий орган уведомления) об итогах выпуска (дополнительного выпуска) указанных ценных бумаг. Суть *второго ограничения* — публичное обращение эмиссионных ценных бумаг, в том числе ценных бумаг иностранных эмитентов, выпуск (дополнительный выпуск) которых подлежит государственной регистрации, запрещается до регистрации проспекта ценных бумаг².

Юридическое значение обращения ценных бумаг состоит в том, что на этой стадии происходит *переход прав на ценные бумаги и реализации прав, закрепленных ценными бумагами* (ст. 29 Закона о рынке ценных бумаг). При этом названный Закон устанавливает те или иные особенности такого перехода с учетом видовой принадлежности ценных бумаг (документарные и бездокументарные, предъявительские и именные).

¹ См.: Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг» (в ред. от 18 июля 2005 г. № 90-ФЗ)//СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3814. Далее — Закон № 136-ФЗ.

² *Публичное размещение ценных бумаг* — размещение ценных бумаг путем открытой подписки, в том числе размещение ценных бумаг на торгах фондовых бирж и (или) иных организаторов торговли на рынке ценных бумаг (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг). Публичное размещение ценных бумаг противопоставляется частному, когда размещение ценных бумаг происходит путем закрытой подписки в закрытом акционерном обществе.

Размещение эмиссионных ценных бумаг — отчуждение эмиссионных ценных бумаг эмитентом — первым владельцем — путем заключения гражданско-правовых сделок. Таким образом, размещение ценных бумаг можно рассматривать как составную часть обращения ценных бумаг.

Виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг перечислены и охарактеризованы в гл. 2 Закона о рынке ценных бумаг. К ним относятся: брокерская деятельность, дилерская деятельность, деятельность по управлению ценными бумагами, деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг), депозитарная деятельность, деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг, деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг. Закон допускает совмещение профессиональных видов деятельности на рынке ценных бумаг, за исключением случаев, установленных федеральными законами и иными правовыми актами. Так, в соответствии со ст. 10 Закона о рынке ценных бумаг осуществление деятельности по ведению реестра *не допускает* ее совмещения с другими видами профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Кроме того, ограничения на совмещение видов деятельности и операций с ценными бумагами устанавливаются федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг.

II. Источники правового регулирования профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг. Законодательство о рынке ценных бумаг представляет собой совокупность нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере выпуска (эмиссии) и обращения ценных бумаг. Данное законодательство есть составная часть предпринимательского законодательства, а потому обладает такими признаками, как комплексный характер, особый субъектный состав и сфера регулирования — рынок ценных бумаг.

Законодательство о рынке ценных бумаг и законодательство о ценных бумагах — это не совпадающие понятия. Как верно отмечалось в литературе, первое шире второго¹. По этой причине мы предлагали (наряду с действующим Законом о рынке ценных бумаг) принять Закон о ценных бумагах. Однако законодатель пошел по иному пути, в частности, 14 октября 2003 г. Государственная Дума приняла Федеральный закон «Об ипотечных ценных бумагах»².

¹ См.: Губин Е. П. Правовое регулирование отношений на срочном рынке (рынке производных финансовых инструментов) // Банковское право Российской Федерации. Особенная часть: В 2 т. Т. 2 / Отв. ред. Г. А. Тосунян. М., 2002. С. 294–319.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2003. № 46 (ч. 2). Ст. 4448. Далее — Закон об ипотечных ценных бумагах.

Основополагающими нормативными правовыми актами в сфере рынка ценных бумаг являются:

Закон о рынке ценных бумаг;

Закон об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг;

Закон об ипотечных ценных бумагах;

Федеральный закон от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» (в ред. от 27 июня 2006 г. № 138-ФЗ)¹.

Среди кодифицированных актов первое место занимает Гражданский кодекс, многие положения которого прямо или косвенно регулируют отношения по поводу выпуска и обращения ценных бумаг.

К числу актов публичного права следует отнести Бюджетный кодекс, Налоговый кодекс, нормы которых непосредственно не направлены на регулирование рынка ценных бумаг, но имеют важное значение.

Законодательство о рынке ценных бумаг тесно связано с корпоративным и инвестиционным законодательством. Так, Закон об АО содержит достаточное число норм, посвященных ценным бумагам. В свою очередь, современное инвестиционное законодательство рассматривает ценные бумаги в качестве одного из объектов инвестирования.

Традиционно в системе подзаконных правовых актов особое место принадлежит указам Президента РФ², постановлениям Правительства РФ, а также ведомственным актам, особенно актам федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг (в настоящее время — Федеральная служба по финансовым рынкам). Большинство положений и правил об осуществлении отдельных видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг были приняты этим органом (ФКЦБ РФ).

Законодательство о рынке ценных бумаг включает также локальные (корпоративные) правовые акты, издаваемые акционерными обществами, профессиональными участниками рынка ценных бумаг.

Особенностью правового регулирования отношений в сфере рынка ценных бумаг является наличие значительного числа правовых актов саморегулируемых организаций (гл. 13 Закона о рынке ценных бумаг). В данной сфере действует саморегулируемая организация — «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР).

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1163. Далее — Закон о защите инвесторов на рынке ценных бумаг.

² См.: Указ Президента РФ от 16 сентября 1997 г. № 1034 «Об обеспечении прав инвесторов и акционеров на ценные бумаги в Российской Федерации»//СЗ РФ. 1997. № 38. Ст. 4356.

III. Субъекты профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг. Профессиональные участники на рынке ценных бумаг — юридические лица, которые осуществляют виды деятельности, указанные в гл. 2 Закона о рынке ценных бумаг (ст. 2).

Следовательно, *во-первых*, профессиональными участниками на рынке ценных бумаг могут быть только юридические лица.

Во-вторых, поскольку деятельность на рынке ценных бумаг является в основном предпринимательской, постольку названные участники относятся к субъектам предпринимательской деятельности (за исключением, например, фондовой биржи, которая может быть образована в форме некоммерческого партнерства).

В-третьих, профессиональные участники на рынке ценных бумаг — это те юридические лица, которые вправе осуществлять те или иные виды профессиональной предпринимательской деятельности, исчерпывающий перечень которых дан в гл. 2 Закона о рынке ценных бумаг. С этой точки зрения иные субъекты рынка ценных бумаг (эмитенты, инвесторы, саморегулируемые организации и др.) не входят в состав понятия «участники профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг». Наоборот, можно согласиться с высказанным мнением о том, что в состав субъектов рынка ценных бумаг следует отнести эмитентов, инвесторов, профессиональных участников фондового рынка, а также саморегулируемые организации и государство в лице его органов¹.

В отношении выпуска и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг субъектами рынка ценных бумаг могут быть субъекты Федерации и муниципальные образования.

К профессиональным участникам фондового рынка предъявляется ряд *общих требований*:

- а) соблюдение установленного размера собственного капитала;
- б) соблюдение требований к должностным лицам;
- в) обязанность разработать и утвердить документы, определяющие систему мер снижения рисков совмещения различных видов профессиональной деятельности;
- г) наличие определенного юридического статуса и лицензии на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг и др.

Например, дилером может быть только юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией (ст. 4 Закона о рынке ценных бумаг). Юридическое лицо может осуществлять деятельность фондовой биржи, если оно является некоммерческим партнерством или акционерным обществом (п. 2 ст. 11).

¹ См.: Бессарабов Д. В. Правовое положение субъектов рынка ценных бумаг. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 16.

В литературе было высказано мнение о том, что все профессиональные участники на рынке ценных бумаг, по существу, являются посредниками. Мы придерживаемся иной позиции: в зависимости от содержания профессиональной деятельности все ее виды надо разделить на две группы: *посреднические и инфраструктурные*. В первую группу входят брокерская деятельность, дилерская деятельность и деятельность по управлению ценными бумагами. Во вторую — деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг), депозитарная деятельность, деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг и деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг¹. Так, фондовая биржа (равно биржи в целом) не оказывает посреднических услуг. В процессе биржевой торговли биржа выступает прежде всего как *организатор проведения торгов*.

Профессиональные участники на рынке ценных бумаг, будучи юридическими лицами, обладают *специальной правоспособностью*.

Таким образом, *профессиональный участник на рынке ценных бумаг* — это юридическое лицо, созданное в определенной организационно-правовой форме, осуществляющее один из видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг (либо совмещающее отдельные виды такой деятельности), предусмотренных Законом о рынке ценных бумаг, на основании специального разрешения (лицензии) и с соблюдением установленных законом общих и специальных требований.

Виды профессиональных участников на рынке ценных бумаг. Брокер есть профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность. При этом под *брокерской деятельностью* признается деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами от имени и за счет клиента (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или от своего имени и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом (п. 1 ст. 3 Закона о рынке ценных бумаг). Иначе говоря, соответствующие отношения между брокером и клиентом оформляются договором поручения, либо договором комиссии, либо агентским договором.

В случае оказания брокером услуг по размещению эмиссионных ценных бумаг брокер вправе приобрести за свой счет не размещенные в срок, предусмотренный договором, ценные бумаги (п. 1 ст. 3 Закона).

Брокер должен выполнять поручения клиентов добросовестно и в порядке их поступления. Сделки, осуществляемые по поручению клиентов, во всех случаях подлежат *приоритетному исполне-*

¹ *Каширин А. А.* Правовые проблемы регулирования профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 12—13.

нию по сравнению с дилерскими операциями самого брокера при совмещении им деятельности брокера и дилера. В случае если конфликт интересов брокера и его клиента, о котором клиент не был уведомлен до получения брокером соответствующего поручения, привел к причинению клиенту убытков, брокер обязан возместить их в порядке, установленном гражданским законодательством (п. 2 ст. 15 ГК).

Под *конфликтом интересов* при осуществлении профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг понимается противоречие между имущественными и иными интересами профессионального участника рынка ценных бумаг и (или) его работников, осуществляющих свою деятельность на основании трудового или гражданско-правового договора, и клиента — профессионального участника, в результате которого действия (бездействие) профессионального участника и (или) его работников причиняют убытки клиенту и (или) влекут иные неблагоприятные последствия для клиента¹.

Дилер — профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий дилерскую деятельность (ст. 4 Закона о рынке ценных бумаг). В свою очередь, *дилерской деятельностью* признается совершение сделок купли-продажи ценных бумаг от своего имени и за свой счет путем публичного объявления цен покупки и (или) продажи определенных ценных бумаг с обязательством покупки и (или) продажи этих ценных бумаг по объявленным лицом, осуществляющим такую деятельность, ценам.

Указанные отношения между дилером и клиентом также оформляются посредническими договорами. Однако в отличие от брокера сфера деятельности дилера ограничена сделками купли-продажи ценных бумаг. Второе отличие заключается в том, что дилер вправе осуществлять публичное объявление цен покупки и (или) продажи ценных бумаг. И, наконец, дилером может быть только коммерческая организация.

Кроме цены дилер имеет право объявить *иные существенные условия* договора купли-продажи ценных бумаг: минимальное и максимальное количество покупаемых и (или) продаваемых ценных бумаг, а также срок, в течение которого действуют объявленные цены. При отсутствии в объявлении указания на иные существенные условия дилер обязан заключить договор на существенных условиях, предложенных его клиентом. В случае уклонения дилера от заключения договора к нему может быть предъявлен иск о принудительном заключении такого договора и (или) о возмещении причиненных клиенту убытков (ст. 4 Закона).

¹ См.: постановление ФКЦБ РФ от 5 ноября 1998 г. № 44 «О предотвращении конфликта интересов при осуществлении профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг» // Вестник ФКЦБ России. 1998. № 9.

Единые требования к осуществлению брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг установлены Правилами осуществления брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации, утвержденными ФКЦБ РФ 11 октября 1999 г. № 9¹.

Управляющий — профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по управлению ценными бумагами (ст. 5 Закона о рынке ценных бумаг). Для целей настоящего Закона *деятельность по управлению ценными бумагами* представляет собой осуществление юридическим лицом от своего имени за вознаграждение в течение определенного срока доверительного управления переданными ему во владение и принадлежащими другому лицу в интересах этого лица или указанных этим лицом третьих лиц: ценными бумагами; денежными средствами, предназначенными для инвестирования в ценные бумаги; денежными средствами и ценными бумагами, получаемыми в процессе управления ценными бумагами (ст. 5 Закона). Основания, условия и порядок осуществления профессиональными участниками рынка ценных бумаг доверительного управления ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги определяются Положением о доверительном управлении ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги, утвержденным постановлением ФКЦБ РФ 17 октября 1997 г. № 37². Требования, установленные в настоящем Положении, не распространяются на деятельность по доверительному управлению ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги, входящими в состав имущества паевого инвестиционного фонда, а также на деятельность общих фондов банковского управления (п. 1.1 Положения).

По общему правилу деятельность по управлению ценными бумагами подлежит лицензированию. Наличие лицензии на осуществление деятельности по управлению ценными бумагами *не требуется* в случае, если доверительное управление связано только с осуществлением управляющим прав по ценным бумагам (ст. 5 Закона о рынке ценных бумаг).

Порядок осуществления деятельности по управлению ценными бумагами, права и обязанности управляющего определяются законодательством Российской Федерации и договорами. В связи с этим необходимо отметить, что отношения доверительного управления ценными бумагами по своей правовой природе являются *обязательственными с вещно-правовыми элементами*. Кроме

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2000. № 4.

² Первоначальный текст документа опубликован: Вестник ФКЦБ России. 1997. № 8.

того, договор доверительного управления на рынке ценных бумаг является разновидностью договора доверительного управления имуществом и должен отвечать критериям, установленным законом, с учетом специфики объекта. Известно, что на договор доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК) распространяются правила гл. 39 Кодекса, посвященные возмездному оказанию услуг.

Клиринговая организация — профессиональный участник на рынке ценных бумаг, осуществляющий деятельность по определению взаимных обязательств (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним) и их зачету по поставкам ценных бумаг и расчетам по ним (ст. 6 Закона). Обязательные требования, предъявляемые к осуществлению клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг, установлены Положением о клиринговой деятельности¹. Клиринговая организация, осуществляющая клиринг по *срочным сделкам*, не вправе совмещать его с клирингом по иным сделкам с ценными бумагами (п. 9.1 Положения).

Организации, осуществляющие клиринг по ценным бумагам, в связи с расчетами по операциям с ценными бумагами принимают к исполнению подготовленные при определении взаимных обязательств бухгалтерские документы на основании их договоров с участниками рынка ценных бумаг, для которых производятся расчеты. Клиринговая организация, осуществляющая расчеты по сделкам с ценными бумагами, обязана формировать специальные фонды для снижения рисков неисполнения сделок с ценными бумагами. Минимальный размер специальных фондов клиринговых организаций устанавливается федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг по согласованию с Банком России.

Клиринговая организация обязана утвердить правила осуществления клиринговой деятельности, а также регистрировать их (правила), изменения и дополнения в них в федеральном органе исполнительной власти по рынку ценных бумаг (ст. 6 Закона о рынке ценных бумаг).

Депозитарий — профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий депозитарную деятельность (ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг). *Депозитарной деятельностью* признается оказание услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету и переходу прав на ценные бумаги. Лицо, пользующееся услугами депозитария по хранению ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги, именуется *депонентом*. Итак, депозитарная деятельность есть деятельность по оказанию услуг, а договор

¹ Первоначальный текст документа опубликован: Российская газета. 2002. № 186.

между депозитарием и депонентом следует рассматривать как договор возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК).

Договор между депозитарием и депонентом, регулирующий их отношения в процессе депозитарной деятельности, называется *депозитарным договором* (договором о счете депо). Депозитарный договор должен быть заключен в письменной форме. Депозитарий обязан утвердить условия осуществления им депозитарной деятельности, являющиеся неотъемлемой составной частью заключенного депозитарного договора.

Заключение депозитарного договора не влечет за собой *переход к депозитарию права собственности* на ценные бумаги депонента. Депозитарий не имеет права распоряжаться ценными бумагами депонента, управлять ими или осуществлять от имени депонента любые действия с ценными бумагами, кроме осуществляемых по поручению депонента в случаях, предусмотренных депозитарным договором. Депозитарий не вправе обуславливать заключение депозитарного договора с депонентом отказом последнего хотя бы от одного из прав, закрепленных ценными бумагами. Депозитарий несет гражданско-правовую ответственность за сохранность депонированных у него сертификатов ценных бумаг.

На ценные бумаги депонентов не может быть обращено взыскание по обязательствам депозитария.

В силу ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг депозитарий имеет право на основании соглашений с другими депозитариями привлекать их к исполнению своих обязанностей по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги депонентов (т. е. становиться депонентом другого депозитария или принимать в качестве депонента другой депозитарий), если это прямо не запрещено депозитарным договором.

Если депонентом одного депозитария является другой депозитарий, то депозитарный договор между ними должен предусматривать процедуру получения в случаях, предусмотренных законодательством, информации о владельцах ценных бумаг, учет которых ведется в депозитарии-депоненте, а также в его депозитариях-депонентах (ст. 7 Закона).

Интересно правило о существенных условиях депозитарного договора. В силу п. 1 ст. 432 ГК существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. В этом контексте правило ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг содержит дополнительный перечень *существенных условий* депозитарного договора. К ним относятся:

а) однозначное определение предмета договора: предоставление услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги;

б) порядок передачи депонентом депозитарию информации о распоряжении депонированными в депозитарии ценными бумагами депонента;

в) срок действия договора;

г) размер и порядок оплаты услуг депозитария, предусмотренных договором;

д) форма и периодичность отчетности депозитария перед депонентом;

е) обязанности депозитария. В обязанности депозитария входят: регистрация фактов обременения ценных бумаг депонента обязательствами; ведение отдельного от других счета депо депонента с указанием даты и основания каждой операции по счету; передача депоненту всей информации о ценных бумагах, полученной депозитарием от эмитента или держателя реестра владельцев ценных бумаг.

Депозитарий имеет право регистрироваться в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг или у другого депозитария в качестве номинального держателя в соответствии с депозитарным договором. Более того, он (депозитарий) несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей по учету прав на ценные бумаги, в том числе за полноту и правильность записей по счетам депо.

В соответствии с депозитарным договором он имеет право на поступление на свой счет доходов по ценным бумагам, хранящимся с целью перечисления на счета депонентов (ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг).

Держатель реестра (регистратор) — юридическое лицо, осуществляющее деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг (ст. 8 Закона о рынке ценных бумаг). Под деятельностью по ведению реестра владельцев ценных бумаг понимается сбор, фиксация, обработка, хранение и предоставление данных, составляющих систему ведения реестра владельцев ценных бумаг. Следует отметить, что держатель реестра не вправе осуществлять сделки с ценными бумагами зарегистрированного в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг эмитента.

Система ведения реестра владельцев ценных бумаг — это совокупность данных, зафиксированных на бумажном носителе и (или) с использованием электронной базы данных, обеспечивающая идентификацию зарегистрированных в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг номинальных держателей и владельцев ценных бумаг и учет их прав в отношении ценных бумаг, зарегистрированных на их имя, позволяющая получать и направлять информацию указанным лицам и составлять реестр владель-

цев ценных бумаг. Указанная система должна обеспечивать сбор и хранение в течение установленных законодательством сроков информации о всех фактах и документах, влекущих необходимость внесения изменений в систему ведения реестра владельцев ценных бумаг, и о всех действиях держателя реестра по внесению этих изменений.

Для ценных бумаг на предъявителя система ведения реестра владельцев ценных бумаг *не ведется* (ст. 8 Закона о рынке ценных бумаг). Следовательно, такая система действует для именных ценных бумаг.

Реестр владельцев ценных бумаг (далее — реестр) — это часть системы ведения реестра, представляющая собой список зарегистрированных владельцев с указанием количества, номинальной стоимости и категории принадлежащих им именных ценных бумаг, составленный по состоянию на любую установленную дату и позволяющий идентифицировать этих владельцев, количество и категорию принадлежащих им ценных бумаг. Владельцы и номинальные держатели ценных бумаг обязаны соблюдать правила представления информации в систему ведения реестра.

Держателем реестра может быть эмитент или профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по ведению реестра на основании поручения эмитента. В случае если число владельцев превышает 500, держателем реестра должна быть *независимая специализированная организация*, являющаяся профессиональным участником рынка ценных бумаг и осуществляющая деятельность по ведению реестра. Регистратор имеет право делегировать часть своих функций по сбору информации, входящей в систему ведения реестра, другим регистраторам. Передовые функции не освобождают регистратора от ответственности перед эмитентом. Таким образом, держатель реестра — это юридическое лицо. Однако в соответствии со ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг эмитент есть юридическое лицо или *органы исполнительной власти либо органы местного самоуправления*, несущие от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг по осуществлению прав, закрепленных ими. Как видим, в названном Законе имеет место различие между понятиями «держатель реестра» и «эмитент».

Договор на ведение реестра заключается только с одним юридическим лицом. Регистратор может вести реестры владельцев ценных бумаг неограниченного числа эмитентов (п. 1 ст. 8 Закона о рынке ценных бумаг).

Порядок ведения и требования, предъявляемые к системе ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, обязательные для исполнения регистраторами и эмитентами, детально регламентированы Положением о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утвержденным постановлением ФКЦБ РФ от 2 ок-

тября 1997 г. № 27'. Положение не распространяется на правила ведения реестра владельцев инвестиционных паев паевых инвестиционных фондов, которые устанавливаются иными актами Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Организатор торговли на рынке ценных бумаг — профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг (ст. 9 Закона о рынке ценных бумаг). Деятельностью по организации торговли на рынке ценных бумаг признается предоставление услуг, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами между участниками рынка ценных бумаг. Такую деятельность осуществляют *фондовая биржа* (фондовые отделы валютных товарных бирж) и внебиржевые организаторы торговли (ст. 11 Закона о рынке ценных бумаг).

Организатор торговли на рынке ценных бумаг обязан *раскрыть следующую информацию* любому заинтересованному лицу:

- правила допуска участника рынка ценных бумаг к торгам;
- правила допуска к торгам ценных бумаг;
- правила заключения и сверки сделок;
- правила регистрации сделок;
- порядок исполнения сделок;
- правила, ограничивающие манипулирование ценами;
- расписание предоставления услуг организатором торговли на рынке ценных бумаг;
- регламент внесения изменений и дополнений в вышеперечисленные позиции;
- список ценных бумаг, допущенных к торгам.

Кроме того, о каждой сделке, заключенной в соответствии с установленными организатором торговли правилами, любому заинтересованному лицу предоставляется информация:

- дата и время заключения сделки;
- наименование ценных бумаг, являющихся предметом сделки;
- государственный регистрационный номер выпуска (дополнительного выпуска) ценных бумаг, а в случае если в соответствии с настоящим Законом выпуск (дополнительный выпуск) эмиссионных ценных бумаг не подлежит государственной регистрации — идентификационный номер такого выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг;
- цена одной ценной бумаги;
- количество ценных бумаг.

Организатор торговли на рынке ценных бумаг обязан регистрировать в федеральном органе исполнительной власти по рынку ценных бумаг документы, содержащие информацию, указанную

' Первоначальный текст документа опубликован: Вестник ФКЦБ России. 1997. № 7.

в ч. 3 ст. 10, за исключением списка ценных бумаг, допущенных к торгам, а также изменения и дополнения в них. На организаторе лежит также обязанность уведомить данный орган в установленном этим органом порядке о включении (об исключении) ценных бумаг в список (из списка) ценных бумаг, допущенных к торгам, не позднее следующего дня с даты принятия соответствующего решения (ст. 10 Закона о рынке ценных бумаг).

IV. Публично-правовой режим осуществления профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг. Раздел V Закона о рынке ценных бумаг посвящен регулированию рынка ценных бумаг. В соответствии со ст. 38 Закона *государственное регулирование рынка ценных бумаг* осуществляется путем:

- а) установления обязательных требований к деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг и ее стандартов;
- б) государственной регистрации выпусков (дополнительных выпусков) эмиссионных ценных бумаг и проспектов ценных бумаг и контроля за соблюдением эмитентами условий и обязательств, предусмотренных в них;
- в) лицензирования деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг;
- г) создания системы защиты прав владельцев и контроля за соблюдением их прав эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг;
- д) запрещения и пресечения деятельности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке ценных бумаг без соответствующей лицензии.

Рассмотрим некоторые из названных направлений.

Закон о рынке ценных бумаг достаточно подробно регламентирует статус и функции федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг. В силу ст. 40 Закона *федеральный орган исполнительной власти по рынку ценных бумаг* (в настоящее время — Федеральная служба по финансовым рынкам) является федеральным органом исполнительной власти по контролю за деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг через определение порядка их деятельности и по определению стандартов эмиссии ценных бумаг. Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 317 утверждено Положение о Федеральной службе по финансовым рынкам (в ред. от 14 декабря 2006 г. № 767)¹. Действие названного Положения не распространяется на отношения в сфере страховой, банковской и аудиторской деятельности.

Исходя из предназначения Федеральной службы по финансовым рынкам (ФСФР), ее функции можно условно подразделить на *две основные группы*.

Общие функции, направленные на государственное регулирование отношений, складывающихся на рынке ценных бумаг в целом. К их числу относятся:

- утверждение единых требований к правилам осуществления профессиональной деятельности с ценными бумагами;
- обязательных требований к порядку ведения реестра владельцев именных ценных бумаг;
- обязательных для профессиональных участников рынка ценных бумаг, за исключением кредитных организаций, нормативов достаточности собственных средств и иных требований, направленных на снижение рисков профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, а также на исключение конфликта интересов, в том числе при оказании брокером, являющимся финансовым консультантом, услуг по размещению эмиссионных ценных бумаг;

норм допуска ценных бумаг к их публичному размещению, обращению, котируванию и листингу, расчетно-депозитарной деятельности;

порядка допуска к первичному размещению и обращению вне территории Российской Федерации ценных бумаг, выпущенных эмитентами, зарегистрированными в Российской Федерации, и др.

Специальные функции связаны с контролем за деятельностью отдельных участников рынка ценных бумаг. Федеральная служба по финансовым рынкам осуществляет *следующие полномочия по контролю и надзору* в данной сфере деятельности:

- а) регистрирует: выпуски (дополнительные выпуски) эмиссионных ценных бумаг и отчеты об итогах выпуска ценных бумаг, а также проспекты ценных бумаг (за исключением государственных и муниципальных ценных бумаг); правила доверительного управления паевыми инвестиционными фондами, правила доверительного управления ипотечным покрытием, а также изменения в них; документы профессиональных участников рынка ценных бумаг, их саморегулируемых организаций, а также специализированных депозитариев инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, которые подлежат регистрации в соответствии с законодательством РФ;

- б) осуществляет лицензирование профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, а также лицензирование других видов деятельности, отнесенных к компетенции ФСФР;

- в) приостанавливает эмиссию ценных бумаг;

- г) проводит проверки эмитентов, акционерных инвестиционных фондов, управляющих ипотечным покрытием, и специализированных депозитариев ипотечного покрытия;

- д) выдает предписания эмитентам, профессиональным участникам рынка ценных бумаг, акционерным инвестиционным фондам, управляющим компаниям акционерных инвестиционных

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2780. Далее — Положение № 317.

фондов, паевых инвестиционных фондов, специализированным депозитариям акционерных инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и ипотечным агентам, управляющим ипотечным покрытием и специализированным депозитариям ипотечного покрытия, а также саморегулируемым организациям;

е) запрещает или ограничивает на срок до шести месяцев проведение профессиональным участником отдельных операций на рынке ценных бумаг;

ж) рассматривает факты нарушения законодательства о товарных биржах и принимает соответствующие решения;

з) рассматривает дела об административных правонарушениях, отнесенные в соответствии с Кодексом об административных правонарушениях к компетенции ФСФР, а также применяет меры административной ответственности (ст. 40—44 Закона о рынке ценных бумаг; п. 5, 6 Положения № 317).

Лицензирование профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Согласно ст. 39 Закона о рынке ценных бумаг все виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, указанные в гл. 2 данного Закона, осуществляются на основании специального разрешения — лицензии, выдаваемой федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг. Что касается кредитных организаций, то они осуществляют профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг в порядке, установленном Законом о рынке ценных бумаг для профессиональных участников рынка ценных бумаг.

Дополнительным основанием для отказа в выдаче кредитной организации лицензии на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, ее приостановления или аннулирования является аннулирование или отзыв лицензии на осуществление банковских операций, выданной Банком России. Федеральный орган исполнительной власти по рынку ценных бумаг, выдавший лицензию, контролирует деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг и принимает решение об отзыве выданной лицензии при нарушении законодательства о ценных бумагах.

Деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг лицензируется *тремя видами лицензий*: лицензией профессионального участника рынка ценных бумаг, лицензией на осуществление деятельности по ведению реестра, лицензией фондовой биржи (ст. 39 Закона).

§ 5. Государственное регулирование аудиторской деятельности

1. Понятие аудита и аудиторской деятельности. В Федеральном законе от 7 августа 2001 г. № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельно-

сти» (в ред. от 3 ноября 2006 г. № 183-ФЗ) понятия «аудиторская деятельность» и «аудит» рассматриваются как равнозначные.

В силу ст. 1 Закона *аудиторская деятельность, аудит* — предпринимательская деятельность по независимой проверке бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности организаций и индивидуальных предпринимателей (далее — аудируемые лица). С учетом нормативного определения аудиторской деятельности можно назвать *следующие признаки*:

а) аудит представляет собой вид предпринимательской деятельности;

б) в ходе аудита осуществляется независимая проверка бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности организаций и индивидуальных предпринимателей;

в) объектом проверки является документация бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности.

В литературе было высказано мнение о том, что понятия «аудиторская деятельность» и «аудит» — это не синонимы. Понятие «аудит» уже, нежели понятие «аудиторская деятельность», которая не ограничивается аудитом, а включает в себя и сопутствующие аудиту услуги, перечень которых не является закрытым². С этим мнением следует согласиться.

В соответствии с п. 6 ст. 1 Закона под *сопутствующими услугами* понимается оказание аудиторскими организациями и индивидуальными аудиторами следующих услуг:

1) постановка, восстановление и ведение бухгалтерского учета, составление финансовой (бухгалтерской) отчетности, бухгалтерское консультирование;

2) налоговое консультирование;

3) анализ финансово-хозяйственной деятельности организаций и индивидуальных предпринимателей, экономическое и финансовое консультирование;

4) управленческое консультирование, в том числе связанное с реструктуризацией организаций;

5) правовое консультирование, а также представительство в судебных и налоговых органах по налоговым и таможенным спорам;

6) автоматизация бухгалтерского учета и внедрение информационных технологий;

7) оценка стоимости имущества, оценка предприятий как имущественных комплексов, а также предпринимательских рисков;

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2001. № 33 (часть 1). Ст. 3422. Далее — Закон об аудиторской деятельности.

² См.: Тордия И. В. Правовое регулирование аудиторской деятельности в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 5-7.

- 8) разработка и анализ инвестиционных проектов, составление бизнес-планов;
- 9) проведение маркетинговых исследований;
- 10) проведение научно-исследовательских и экспериментальных работ в области, связанной с аудиторской деятельностью, и распространение их результатов, в том числе на бумажных и электронных носителях;
- 11) обучение в установленном законодательством порядке специалистов в областях, связанных с аудиторской деятельностью;
- 12) оказание других услуг, связанных с аудиторской деятельностью.

Следовательно, с точки зрения Закона об аудиторской деятельности сопутствующие услуги не равны аудиту¹. Аудиторские организации и индивидуальные аудиторы оказывают сопутствующие услуги помимо аудита. В связи с этим возникает вопрос: что же такое аудит?

Экономическая сущность аудита раскрывается в его учетных и контрольных функциях и проявляется в виде засвидетельствования факта достоверности отчетов по результатам проверки финансовой деятельности их клиентов². *Основная цель аудита* — выражение мнения о достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности аудируемых лиц и соответствии порядка ведения бухгалтерского учета законодательству. В контексте Закона об аудиторской деятельности под *достоверностью* понимается степень точности данных финансовой (бухгалтерской) отчетности, которая позволяет пользователю этой отчетности на основании ее данных делать правильные выводы о результатах хозяйственной деятельности, финансовом и имущественном положении аудируемых лиц и принимать базирующиеся на этих выводах обоснованные решения. Представляется, что более корректно использовать для характеристики основной цели аудита понятие «оценка» вместо словосочетания «выражение аудиторами мнения о достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности». Выражение аудиторами своего мнения по данному вопросу — лишь *средство* для достижения указанной цели аудита.

Предметом оживленной дискуссии является вопрос о принадлежности аудита к предпринимательской деятельности. Так, по мнению Р. В. Кожура, отнесение аудиторской деятельности

¹ Анализ состояния рынка аудиторских услуг многих стран свидетельствует о том, что оказание сопутствующих услуг становится в последние годы преобладающим в деятельности многих аудиторских фирм тех стран, где это разрешено законодательством (см.: Суйц В. П., Смирнов Н. Б. Основы российского аудита. М., 1997. С. 7).

² В экономической литературе существует несколько точек зрения относительно понимания сущности аудита: аудит есть ревизионная деятельность; аудит — это экспертно-консультационная деятельность; аудит представляет собой совокупность ревизионной и экспертно-консультационной деятельности.

к предпринимательской есть некий юридический казус, вызванный противоречием между личностью аудитора (аудиторской организации) и принятыми в России правовыми формами ее организации. Он предлагает рассматривать аудит в качестве *юридической модели*, как составную часть структуры социального контроля в обществе наряду с судом и другими правоохранительными органами, нотариатом, экспертными учреждениями¹. Таким образом, аудит исключается из сферы предпринимательской деятельности.

На наш взгляд, сама постановка вопроса о такой принадлежности не беспочвенна. Действительно, с позиции законодателя отдельные виды социальной деятельности (например, адвокатская, нотариальная) не отнесены к предпринимательству. Напротив, некоторые виды экономической деятельности в силу прямого указания закона названы таковыми. Что касается аудиторской деятельности, то она не осуществляется от имени Российской Федерации аудиторами (аудиторскими организациями). Аудиторы (в отличие от ревизоров) действуют в частных интересах.

Тем не менее в соответствии с Законом об аудиторской деятельности аудит (аудиторская деятельность) есть деятельность предпринимательская со всеми вытекающими отсюда признаками. Один из них — коммерческая направленность, т. е. преследование основной цели (извлечение прибыли) от осуществления предпринимательства. Соответственно в ходе аудиторской деятельности также преследуется данная цель. Однако с учетом специфики аудиторской деятельности реализуется *профессиональная цель* — оценка достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности аудируемых лиц. Эти цели «уживаются» вместе и, более того, дополняют друг друга.

Итак, *аудиторская деятельность* представляет собой осуществляемую индивидуальными аудиторами и аудиторскими организациями предпринимательскую деятельность по проведению аудита и оказанию клиентам сопутствующих аудиту услуг, основными целями которой являются: извлечение прибыли и оценка достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности аудируемых лиц.

Аудит — осуществляемая аудиторскими организациями, индивидуальными аудиторами на возмездных началах деятельность по проведению аудиторской проверки финансовой отчетности организаций и индивидуальной предпринимателей (аудируемых лиц) с целью оценки достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности и соответствия порядка ведения аудируемым лицом бухгалтерского учета законодательству Российской Федерации².

¹ См.: Кожура Р. В. Аудит: предпринимательство или юридический процесс//Аудиторские ведомости. 1997. № 11. С. 18.

² См.: Пышкин А. С. Финансово-правовые аспекты аудиторской деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2006. С. 8.

II. Виды аудита. Закон об аудиторской деятельности не содержит норм о видах аудита, за исключением обязательного аудита (ст. 7). В литературе обязательный аудит рассматривается в сочетании с инициативным (необязательным). В соответствии со ст. 7 Закона *обязательный аудит* есть ежегодная обязательная аудиторская проверка ведения бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности организации или индивидуального предпринимателя. *Обязательный аудит осуществляется в случаях, если:*

1) организация имеет организационно-правовую форму открытого акционерного общества;

2) организация является кредитной организацией, бюро кредитных историй, страховой организацией (за исключением сельскохозяйственных кооперативов) или обществом взаимного страхования, товарной или фондовой биржей, инвестиционным фондом, государственным внебюджетным фондом, источником образования средств которого являются предусмотренные законодательством обязательные отчисления, производимые физическими и юридическими лицами, фондом, источниками образования средств которого являются добровольные отчисления физических и юридических лиц;

3) объем выручки организации (за исключением сельскохозяйственных кооперативов и их союзов) или индивидуального предпринимателя от реализации продукции (выполнения работ, оказания услуг) за один год превышает в 500 тыс. раз установленный законодательством минимальный размер оплаты труда или сумма активов баланса превышает на конец отчетного года в 200 тыс. раз установленный законодательством минимальный размер оплаты труда;

4) организация является государственным унитарным предприятием, муниципальным унитарным предприятием, основанном на праве хозяйственного ведения, если финансовые показатели его деятельности соответствуют подп. 3 п. 1 ст. 7 Закона. Для муниципальных унитарных предприятий законом субъекта Федерации финансовые показатели могут быть понижены;

5) обязательный аудит в отношении этих организаций или индивидуальных предпринимателей предусмотрен федеральным законом.

Обязательный аудит проводится только *аудиторскими организациями* (п. 2 ст. 7 Закона об аудиторской деятельности). Следовательно, обязательный аудит не может осуществляться индивидуальными аудиторами. Данное положение Закона было обжаловано в Конституционный Суд РФ, который в постановлении от 1 апреля 2003 г. № 4-П признал правило п. 2 ст. 7 не противоречащим Конституции РФ¹. В нем отмечается, что выбор аудиторской

¹ СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1416.

организации и оплата оказываемых ею услуг осуществляются на коммерческой основе в рамках гражданско-правового договора, иначе говоря, опосредуются частноправовой формой, однако по своим целям, назначению и функциям обязательный аудит проводится в интересах неопределенного круга лиц и государства, т. е. в *общественном интересе*. Далее Конституционный Суд РФ заключает: юридическое лицо, осуществляющее обязательный аудит, действует в качестве корпорации частного права, т. е. в рамках предпринимательской деятельности; вместе с тем такое юридическое лицо имеет особый статус: оно создается специально и исключительно для осуществления аудиторской деятельности, не может заниматься никакой иной предпринимательской деятельностью и, осуществляя обязательный аудит, по сути, выполняет публичную функцию, поскольку уже не частный, а публичный интерес лежит в основе этого процесса.

По нашему мнению, такое утверждение Конституционного Суда РФ противоречиво и весьма загадочно. Например, что означает «корпорация частного права»? Гражданский кодекс не знает слова «корпорация». Не соответствует действительности (по крайней мере спорно) и утверждение Суда о выполнении аудиторской организацией публичной функции.

В литературе (особенно экономической) рассматриваются и другие виды аудита. Так, с учетом такого критерия, как связь с объектом аудита, выделяют внутренний и внешний аудит. *Внутренний аудит* является неотъемлемым и важным элементом управленческого контроля. Как правило, функции внутренних аудиторов выполняют ревизионные комиссии, создаваемые в соответствии, например, с законодательством о хозяйственных обществах.

Функции внутренних аудиторов и внешних не совпадают. Более того, внутренний аудит имеет существенные и кардинальные отличия от внешнего аудита, что выражается в следующем:

а) независимость внутреннего аудита условна, поскольку определяется его подчиненностью в организации — непосредственно директору или его заместителю, правлению или собранию акционеров. Но в любом случае внутренний аудитор имеет перед организацией обязательства и финансовую заинтересованность, определяемые договором трудового найма и внутренним распорядком;

б) главной задачей внутреннего аудита является не подтверждение достоверности отчетности, а обеспечение контрольных мер предотвращения потери ресурсов.

Внутренний аудит непосредственно граничит с внутренним управленческим контролем, часто сливаясь с ним в единой системе внутреннего контроля и аудита¹. Исходя из этих различий ме-

¹ См.: Дубровинина Т. А., Сухов В. А. и др. Аудиторская деятельность в страховании: Учебное пособие. М., 1997. С. 96.

жду внешним и внутренним аудитом, представляется не достаточным обоснованным объединение в одном определении двух различных видов аудита. Правильнее, с учетом задач, стоящих перед внутренним аудитом, было бы дать ему определение *внутреннего контроля*, осуществляемого внутренними ревизорскими службами.

По цели и задачам аудит подразделяется на аудит финансовой отчетности и специальный аудит.

Аудит финансовой отчетности представляет собой проверку отчетности субъекта с целью вынесения заключения о соответствии ее установленным критериям и общепринятым правилам бухгалтерского учета. Этот аудит проводится сторонними аудиторами, приглашенными компанией, отчеты которой проверяются. Результаты аудита финансовой отчетности публикуются и рассылаются широкому кругу пользователей — владельцам акций, кредиторам, органам государственного регулирования и др.

Специальный аудит — это проверка конкретных вопросов в деятельности хозяйствующего субъекта, соблюдение определенных процедур, норм и правил, обычно имеющая цель подтвердить законность, добросовестность и эффективность деятельности управляющих, правильность составления налоговой отчетности, использования специальных фондов.

Как специальный аудит можно рассматривать так называемый поручительский аудит, т. е. аудит, проводящийся по поручению компетентных органов (следственных, судебных и т. д.)¹.

С точки зрения направленности (по виду хозяйственной деятельности проверяемого субъекта) аудит подразделяется на *четыре вида: общий аудит* (организаций и их объединений независимо от организационно-правовых форм и видов собственности, организации); *банковский аудит* (аудит банков и кредитных организаций); *аудит страховых организаций; аудит бирж, внебюджетных фондов и инвестиционных институтов*.

Различают также *первоначальный аудит*, т. е. проводящийся впервые для клиента, и *согласованный — осуществляющийся регулярно*. В экономической литературе встречается классификация аудита по иным основаниям².

III. Источники правового регулирования аудиторской деятельности. *Аудиторское законодательство* представляет собой совокупность нормативных правовых актов, направленных на регулирование общественных отношений в области аудиторской деятельности. Оно является комплексной отраслью предпринимательского законодательства. Основой его формирования служит сфера аудиторской деятельности.

¹ См.: Кучеров И. И. Налоговые преступления. М., 1997. С. 52.

² См.: Шерemet A. Д., Суйц В. П. Аудит: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 33-42.

Акты аудиторского законодательства можно разграничить на специальные и общие. В свою очередь, общие подразделяются на *частноправовые* и *публично-правовые* акты. Среди первых актов особое место занимает Гражданский кодекс — продукт цивилизованного рынка, — затем — федеральные законы, содержащие нормы гражданского права (например, законы о хозяйственных обществах). После законов следуют подзаконные нормативные правовые акты (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ), также содержащие нормы гражданского права (ст. 5 ГК).

В силу п. 1 ст. 2 Закона об аудиторской деятельности *законодательство об аудиторской деятельности* состоит из настоящего Закона и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих отношения, возникающие при осуществлении аудиторской деятельности. Более того, нормы названного законодательства, содержащиеся в других федеральных законах, должны соответствовать Закону об аудиторской деятельности. Отношения, возникающие при осуществлении аудиторской деятельности, могут регулироваться также указами Президента РФ, которые не должны противоречить данному Закону и иным федеральным законам (п. 2 ст. 2). На основании и во исполнение Закона об аудиторской деятельности и иных федеральных законов, указов Президента РФ Правительство РФ вправе принимать постановления, содержащие нормы об аудиторской деятельности.

Как видим, правило, изложенное в п. 1 и 2 ст. 2 Закона, во многом похоже на положения ст. 3 ГК с той лишь разницей, что в одном случае «первым среди равных» является Гражданский кодекс, во втором — Закон об аудиторской деятельности. При этом разработчики Закона, а также законодатели, по всей видимости, забыли, что все федеральные законы, действующие на территории России, юридически равны, а потому не может быть первых, вторых и т. д. Кроме того, законодательство об аудиторской деятельности состоит не только из нормативных правовых актов частного права, но и значительного блока актов публичного права.

Таким образом, публично-правовое регулирование отношений в области аудиторской деятельности выстраивается по схеме «федеральные законы — указы Президента РФ — постановления Правительства РФ». Однако при отсутствии предпринимательского кодекса центральные функции в регулировании вертикальных отношений выполняет Налоговый кодекс.

Симптоматично, что Закон об аудиторской деятельности не называет среди иных актов, регулирующих аудиторскую деятельность, ведомственные акты. Известно, однако, что в соответствии с п. 7 ст. 3 ГК министерства и ведомства могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и пределах, предусмотренных Кодексом, другими законами, иными правовы-

ми актами. Тем не менее ведомственные акты принимаются и действуют по вопросам организации аудиторской деятельности и проведения аудита применительно к конкретным отраслям, организациям.

В литературе чаще всего встречается классификация системы правового регулирования аудиторской деятельности на различные уровни (группы). Так, С. А. Корелина рассматривает три группы нормативных правовых актов¹. К *первой группе* относится Закон об аудиторской деятельности, ко *второй* — подзаконные нормативные акты, определяющие общие вопросы регулирования аудиторской деятельности, к *третьей* — правила (стандарты) аудиторской деятельности, устанавливающие нормы аудита, обязательные для всех субъектов рынка, к *четвертой* группе относятся внутрифирменные аудиторские стандарты, определяющие действия отдельных аудиторских организаций в конкретных условиях.

На наш взгляд, указанная классификация выглядит по меньшей мере нелогичной, хотя отмечается, что в России предпринята попытка в соответствии с концепцией правового регулирования аудита построить трехуровневую систему его регламентации². Согласно данной концепции верхним уровнем стал Закон об аудиторской деятельности. Второй уровень системы нормативного регулирования представлен стандартам. Документы третьего уровня носят вспомогательный характер, и основная их цель — помощь в технической реализации требований стандарта, в разработке прогрессивных приемов и рациональных способов организации аудиторской деятельности.

Здесь имеет место смешение нормативных правовых актов разной юридической силы. При этом используется свой (известный только аудиторам) критерий деления нормативных актов на уровни (группы).

Несколько слов о правилах (стандартах) аудиторской деятельности. Статья 9 Закона об аудиторской деятельности гласит: «Правила (стандарты) аудиторской деятельности — единые требования к порядку осуществления аудиторской деятельности, оформлению и оценке качества аудита и сопутствующих ему услуг, а также к порядку подготовки аудиторов и оценке их квалификации». Далее, правила (стандарты) аудиторской деятельности подразделяются: на федеральные правила (стандарты) аудиторской деятельности; внутренние правила (стандарты) аудиторской деятельности, действующие в профессиональных аудиторских объединениях, а также

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 782-783.

² См.: Тордия И. В. Указ. соч. С. 58-59.

правила (стандарты) аудиторской деятельности аудиторских организаций и индивидуальных аудиторов (п. 2 ст. 9).

В зависимости от органа (организации), утвердившего правила (стандарты), соответственно различается их юридическая сила. Так, *федеральные правила (стандарты)* аудиторской деятельности являются обязательными для аудиторских организаций, индивидуальных аудиторов, а также для аудируемых лиц, за исключением положений, в отношении которых указано, что они имеют рекомендательный характер. Эти правила (стандарты) утверждаются Правительством РФ¹, а потому они (правила) должны быть отнесены к подзаконным нормативным актам.

В силу п. 5 ст. 9 Закона профессиональные аудиторские объединения вправе, если это предусмотрено их уставами, устанавливать для своих членов *внутренние правила (стандарты) аудиторской деятельности*, которые не могут противоречить федеральным правилам (стандартам). При этом требования внутренних правил (стандартов) аудиторской деятельности не могут быть ниже требований федеральных правил (стандартов).

По своей юридической природе данные правила аудиторской деятельности можно отнести к локальным актам особого действия. Главная их особенность заключается в том, что они разрабатываются профессиональным аудиторским объединением (читай: саморегулируемой организацией), а их действие распространяется только на членов этого объединения. Статус такого объединения чем-то напоминает ведомство, но иного свойства, нежели государственные министерства (ведомства).

Правила (стандарта) аудиторской деятельности, утверждаемые аудиторскими организациями и индивидуальными аудиторами, — это *собственные правила (стандарты)* аудиторской деятельности, которые не могут противоречить федеральным правилам (стандартам). И не могут быть ниже требований федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности и внутренних правил (стандартов) аудиторской деятельности профессионального аудиторского объединения, членами которого они являются (п. 6 ст. 9).

IV. Субъекты аудита. Надо понимать разницу между понятиями «субъекты аудита», «субъекты аудиторских правоотношений» и «субъекты рынка аудиторских услуг».

Субъектами аудита являются, с точки зрения Закона, аудитор и аудиторская организация (ст. 3 и 4).

¹ См.: постановление Правительства РФ от 23 сентября 2002 г. № 696 «Об утверждении федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности» (в ред. от 25 августа 2006 г. № 523). Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2002. № 39. Ст. 3797.

Субъектами правоотношения, возникающего в связи с осуществлением аудиторской деятельности, выступают, с одной стороны, индивидуальный аудитор или аудиторская организация, осуществляющая проверку или оказывающая другие предусмотренные Законом услуги, а с другой — аудируемые лица.

К субъектам рынка аудиторских услуг могут быть отнесены:

- аудитор;
- аудиторская организация;
- аудируемые лица и (или) лица, заключившие договор оказания аудиторских услуг;
- уполномоченный федеральный орган государственного регулирования аудиторской деятельности;
- совет по аудиторской деятельности при уполномоченном федеральном органе;
- аккредитованные профессиональные аудиторские объединения;
- иные лица¹.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона об аудиторской деятельности *аудитором* является физическое лицо, отвечающее квалификационным требованиям, установленным уполномоченным федеральным органом, имеющее квалификационный аттестат аудитора. Аудитор вправе осуществлять аудиторскую деятельность в качестве работника аудиторской организации или в качестве лица, привлекаемого аудиторской организацией к работе на основании гражданско-правового договора, либо в качестве индивидуального предпринимателя, осуществляющего свою деятельность без образования юридического лица.

Таким образом, в качестве аудитора могут выступать:

- а) штатный работник аудиторской организации;
- б) лицо, привлекаемое аудиторской организацией к работе на основании гражданско-правового договора;
- в) предприниматель, осуществляющий свою деятельность без образования юридического лица (индивидуальный аудитор).

Статус штатного аудитора или лица, привлекаемого аудиторской организацией, отличается от статуса индивидуального аудитора.

Во-первых, индивидуальный аудитор не вправе осуществлять иные виды (кроме аудиторской деятельности, а также оказание сопутствующих аудиту услуги) предпринимательской деятельности (п. 3 ст. 3). Следовательно, правоспособность индивидуального аудитора является *специальной*, а деятельность — *исключительной*.

Во-вторых, именно индивидуальный аудитор, а не штатный вправе заключать договор на оказание аудиторских услуг.

¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. С. 773-784.

Аудиторская организация — коммерческая организация, осуществляющая аудиторские проверки и оказывающая сопутствующие аудиту услуги (п. 1 ст. 4 Закона). Поэтому в силу прямого указания Закона не может быть аудиторской организацией в форме некоммерческой организации, даже если последняя вправе осуществлять предпринимательскую деятельность (п. 3 ст. 50 ГК). Будучи коммерческой, аудиторская организация может быть создана в любой организационно-правовой форме, за исключением открытого акционерного общества.

Ей (организации) запрещается заниматься какой-либо иной предпринимательской деятельностью, кроме проведения аудита и оказания сопутствующих ему услуг (п. 7 ст. 1 Закона). Таким образом, правоспособность аудиторской организации также является *специальной*.

В соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 156-ФЗ) лицензирование аудиторской деятельности прекращается с 1 января 2007 г. Вместо лицензирования аудиторской деятельности законодатель основное внимание уделяет аттестации аудиторов на право осуществления аудиторской деятельности (ст. 15 Закона).

Специальные требования предъявляются к *кадровому составу* аудиторской организации. Не менее 50% кадрового состава должны составлять граждане Российской Федерации, постоянно проживающие на ее территории, а в случае если руководителем аудиторской организации является иностранный гражданин — не менее 75% (п. 4 ст. 4 Закона).

В штате аудиторской организации должно состоять не менее пяти аудиторов (п. 5 ст. 4). Подобные требования содержит и законодательство промышленно развитых стран. Например, в Германии и во Франции аудиторской фирмой может называться только фирма, 75% уставного капитала которой принадлежит лицам, имеющим право заниматься аудитом¹.

Права и обязанности аудиторских организаций и индивидуальных аудиторов сформулированы в ст. 5 Закона. В частности, при проведении аудиторской проверки аудиторские организации и индивидуальные аудиторы *вправе*:

- 1) самостоятельно определять формы и методы проведения аудита;
- 2) проверять в полном объеме документацию, связанную с финансово-хозяйственной деятельностью аудируемого лица, а также фактическое наличие любого имущества, учтенного в этой документации;

¹ См.: Суйц В. П., Ахметбеков А. Н., Дубровина Т. А. Аудит: общий, банковский, страховой. М., 2001. С. 48.

3) получать у должностных лиц аудируемого лица разъяснения в устной и письменной формах по возникшим в ходе аудиторской проверки вопросам;

4) отказаться от проведения аудиторской проверки или от выражения своего мнения о достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности в аудиторском заключении в случаях: непредставления аудируемым лицом всей необходимой документации; выявления в ходе аудиторской проверки обстоятельств, оказывающих либо могущих оказать существенное влияние на мнение аудиторской организации или индивидуального аудитора о степени достоверности финансовой (бухгалтерской) отчетности аудируемого лица;

5) осуществлять иные права, вытекающие из существа правоотношений, определенных договором оказания аудиторских услуг, и не противоречащие законодательству.

Основная обязанность аудиторских организаций и индивидуальных аудиторов — квалифицированное проведение аудиторской проверки и оказание сопутствующих аудиту услуг. По существу, речь идет об оказании аудиторских услуг надлежащего качества. Поэтому надо согласиться с мнением о том, что аудиторские услуги следует признать качественными, если они оказаны в соответствии с названным Законом и действующими правилами (стандартами) аудиторской деятельности, по результатам которых аудитор передает заказчику составленное в соответствии с установленными требованиями аудиторское заключение¹.

Закон об аудиторской деятельности (ст. 20) предусматривает возможность объединения аудиторов и аудиторских организаций в аккредитованное профессиональное объединение, действующее на некоммерческой основе, причем любая аудиторская организация или индивидуальный аудитор могут являться членами по крайней мере одного аккредитованного профессионального аудиторского объединения. Следовательно, участие в профессиональных аудиторских объединениях не является обязательным.

V. Публично-правовой режим осуществления аудиторской деятельности. В соответствии с п. 1 ст. 18 Закона об аудиторской деятельности функции федерального органа государственного регулирования аудиторской деятельности осуществляет *уполномоченный федеральный орган исполнительной власти*, определяемый Правительством РФ. Таким органом в настоящее время является Министерство финансов РФ².

¹ См.: Чумаков А. А. Гражданско-правовое регулирование договора на оказание аудиторских услуг. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М, 2005. С. 19.

² См.: постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 329 «О Министерстве финансов Российской Федерации». Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3258.

Основные функции уполномоченного федерального органа можно сгруппировать по отдельным направлениям.

Первое направление (нормотворческое) включает: а) издание в пределах компетенции нормативных правовых актов, регулирующих аудиторскую деятельность; б) организацию разработки и представление на утверждение Правительству РФ федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности.

Второе направление (аттестационное) состоит из организации порядка системы аттестации, обучения и повышения квалификации аудиторов в России.

Третье направление (контрольно-надзорное) — организация системы надзора за соблюдением аудиторскими организациями и индивидуальными аудиторами лицензионных требований и условий; контроль за соблюдением аудиторскими организациями и индивидуальными аудиторами федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности.

Новеллой Закона об аудиторской деятельности (ст. 19) является создание *Совета по аудиторской деятельности* при уполномоченном федеральном органе. Совет учреждается для учета мнения профессиональных участников рынка аудиторской деятельности по вопросам формирования и реализации государственной политики в области аудиторской деятельности, организации разработки системы мер по государственной поддержке становления и развития рынка аудиторских услуг в России. Положение о совете по аудиторской деятельности утверждено приказом Минфина России от 3 июня 2002 г. № 47-н¹. Совет состоит из председателя, заместителей председателя, ответственного секретаря и членов Совета.

Совет по аудиторской деятельности:

1) принимает участие в подготовке и предварительном рассмотрении основных документов аудиторской деятельности и проектов решений уполномоченного федерального органа;

2) разрабатывает федеральные правила (стандарты) аудиторской деятельности, периодически их пересматривает и выносит на рассмотрение уполномоченным федеральным органом;

3) рассматривает обращения и ходатайства аккредитованных профессиональных аудиторских объединений и вносит соответствующие рекомендации на рассмотрение уполномоченного федерального органа;

4) осуществляет иные функции в соответствии с положением о совете по аудиторской деятельности.

Аттестация на право осуществления аудиторской деятельности — следующее направление в деятельности федерального органа

¹ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. № 27.

на государственного регулирования аудиторской деятельности. Согласно п. 1 ст. 15 Закона аттестация на право осуществления аудиторской деятельности — проверка квалификации физических лиц, желающих заниматься аудиторской деятельностью. Аттестация осуществляется в форме квалификационного экзамена. Лицам, успешно сдавшим квалификационный экзамен, выдается квалификационный аттестат аудитора. Квалификационный аттестат аудитора выдается без ограничения срока его действия.

Закон (п. 2 ст. 15) устанавливает *обязательные требования* к претендентам на получение квалификационного аттестата аудитора. К ним относятся: наличие документа о высшем экономическом и (или) юридическом образовании, полученном в российских учреждениях высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию, либо наличие документа о высшем экономическом и (или) юридическом образовании, полученном в образовательном учреждении иностранного государства, и свидетельства об эквивалентности указанного документа российскому документу государственного образца о высшем экономическом и (или) юридическом образовании; наличие стажа работы по экономической или юридической специальности не менее трех лет. Дополнительные требования к претендентам на получение квалификационного аттестата аудитора, а также порядок проведения аттестации на право осуществления аудиторской деятельности, перечень документов, подаваемых вместе с заявлением о допуске к аттестации, количество и типы аттестатов, программы квалификационных экзаменов и порядок их сдачи определяются уполномоченным федеральным органом.

Законом (п. 3 ст. 15) предусмотрено, что каждый аудитор, имеющий квалификационный аттестат, обязан в течение каждого календарного года, начиная с года, следующего за годом получения аттестата, проходить обучение по программам повышения квалификации, утверждаемым уполномоченным федеральным органом. Обучение по программам повышения квалификации осуществляется лицами, имеющими лицензию на осуществление образовательной деятельности. Таким образом, законодатель устанавливает довольно высокие требования к аудиторам.

В ст. 16 Закона дан перечень оснований, а также определен порядок аннулирования квалификационного аттестата аудитора. Примечательно, что аудитор может лишиться аттестата, если он нарушает требование о прохождении обучения по программам повышения квалификации.

§ 6. Государственное регулирование оценочной деятельности

1. Понятие и виды оценочной деятельности. Оценка имущества требуется в самых различных ситуациях — главным образом в тех

случаях, когда в отношении оцениваемого объекта планируется совершение гражданско-правовой сделки. Так, наиболее часто оценка производится для последующей передачи имущества в залог коммерческому банку, в качестве вклада в уставный капитал, при совершении операций с общим имуществом (раздел, выдел доли), в процессе приватизации, банкротства для последующей реализации имущества должника, с целью определения налогооблагаемой базы по налогу на имущество, для определения цены имущества, выставляемого на торги (в том числе в рамках исполнительного производства), для определения величины ущерба, причиненного обладателю прав на имущество, и во многих других случаях.

В ст. 3 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности» (в ред. от 27 июля 2006 г. № 157-ФЗ) под *оценочной деятельностью* понимается профессиональная деятельность субъектов оценочной деятельности, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости¹. Приведенное определение содержит следующие признаки оценочной деятельности:

1. *Профессиональный характер деятельности субъектов*, означающий ее осуществление лицами, имеющими соответствующую подготовку, обладающими необходимым профессиональным уровнем. Деятельность оценщиков должна соответствовать условиям (требованиям), установленным законодательством. Кроме того, данный признак предполагает независимость оценщиков от лиц, в интересах которых производится оценка (ст. 16 Закона). К оценочной деятельности не относится оценка, производимая самим субъектом самостоятельно, без привлечения оценщиков, для своих внутренних нужд (внутрихозяйственная оценка).

2. *Цель такой деятельности* — установление в отношении объекта оценки рыночной или иной стоимости.

3. *Объектами оценки* выступают любые объекты гражданских прав, в отношении которых законодательством установлена возможность их участия в гражданском обороте.

В юридической литературе предпринята попытка сформулировать доктринальное определение оценочной деятельности. Так, по мнению О. М. Заславской, *оценочная деятельность* представляет проведение лицом, обладающим профессиональными познаниями в области оценки имущества, независимой оценки, направленной на установление в отношении исследуемых объектов гражданских прав рыночной или иной стоимости². Соглашаясь в целом с этим

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813. Далее — Закон об оценочной деятельности.

² См.: Заславская О. М. Правовое регулирование оценочной деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград. 2005. С. 7.

определением, отметим, что в данном определении исчезает указание на деятельностный характер оценки. Кроме того, непонятно: оценочная деятельность — это вид предпринимательства или экономической деятельности?

В этом плане Закон об оценочной деятельности не содержит четких формулировок. Однако путем анализа положений Закона можно сделать вывод, что оценочная деятельность есть разновидность предпринимательства со всеми вытекающими отсюда последствиями (признаками).

Виды оценочной деятельности. Оценочную деятельность (оценку) можно подразделить на различные виды. В зависимости от *вида стоимости имущества*, устанавливаемой в ходе оценки, следует выделить оценку, направленную на установление рыночной стоимости, и оценку, направленную на уяснение иной стоимости. При этом под *рыночной стоимостью объекта оценки* в ст. 3 Закона об оценочной деятельности понимается наиболее вероятная цена, по которой данный объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства. В этой же статье Закона перечислены следующие *условия, наличие которых в совокупности означает отсутствие чрезвычайных обстоятельств*:

а) одна из сторон сделки не обязана отчуждать объект оценки, а другая сторона не обязана принимать исполнение;

б) стороны сделки хорошо осведомлены о предмете сделки и действуют в своих интересах;

в) объект оценки представлен на открытом рынке посредством публичной оферты, типичной для аналогичных объектов оценки;

г) цена сделки представляет собой разумное вознаграждение за объект оценки и принуждения к совершению сделки в отношении сторон сделки с чьей-либо стороны не было;

д) платеж за объект оценки выражен в денежной форме.

Статья 7 Закона об оценочной деятельности провозглашает презумпцию установления рыночной стоимости объекта, если в нормативном правовом акте, содержащем требование обязательного проведения оценки какого-либо объекта, либо в договоре об оценке не определен конкретный вид стоимости объекта оценки.

Виды иной стоимости объекта оценки, отличные от рыночной, содержатся в п. 4 Стандартов оценки, обязательных к применению субъектами оценочной деятельности, утвержденных постановлением Правительства РФ от 6 июля 2001 г. № 519 «Об утверждении стандартов оценки»¹. К иным видам стоимости относятся:

а) *стоимость объекта оценки с ограниченным рынком* — стоимость объекта оценки, продажа которого на открытом рынке невозможна или требует дополнительных затрат по сравнению с затратами, необходимыми для продажи свободно обращающихся на рынке товаров;

б) *стоимость замещения объекта оценки* — сумма затрат на создание объекта, аналогичного объекту оценки, в рыночных ценах, существующих на дату проведения оценки, с учетом износа объекта оценки;

в) *стоимость воспроизводства объекта оценки* — сумма затрат в рыночных ценах, существующих на дату проведения оценки, на создание объекта, идентичного объекту оценки, с применением идентичных материалов и технологий, с учетом износа объекта оценки;

г) *стоимость объекта оценки при существующем использовании* — стоимость объекта оценки, определяемая исходя из существующих условий и цели его использования;

д) *инвестиционная стоимость объекта оценки* — стоимость объекта оценки, определяемая исходя из его доходности для конкретного лица при заданных инвестиционных целях;

е) *стоимость объекта оценки для целей налогообложения* — стоимость объекта оценки, определяемая для исчисления налоговой базы и рассчитываемая в соответствии с положениями нормативных правовых актов (в том числе инвентаризационная стоимость);

ж) *ликвидационная стоимость объекта оценки* — стоимость объекта оценки в случае, если объект оценки должен быть отчужден в срок меньше обычного срока экспозиции аналогичных объектов;

з) *утилизационная стоимость объекта оценки* — стоимость объекта оценки, равная рыночной стоимости материалов, которые он в себя включает, с учетом затрат на утилизацию объекта оценки;

и) *специальная стоимость объекта оценки* — стоимость, для определения которой в договоре об оценке или нормативном правовом акте оговариваются условия, не включенные в понятие рыночной или иной стоимости, указанной в стандартах оценки.

С учетом *вида объекта (оцениваемого имущества)* Закон об оценочной деятельности (ст. 5) выделяет оценку:

1) отдельных материальных объектов (вещей);

2) совокупности вещей, составляющих имущество лица, в том числе имущество определенного вида (движимое или недвижимое, включая предприятия);

3) права собственности и иных вещных прав на имущество или отдельные вещи из состава имущества;

4) прав требования, обязательств (долгов);

5) работ, услуг, информации;

¹ СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3026. Далее - Стандарты оценки № 519.

б) иных объектов гражданских прав, в отношении которых законодательством установлена возможность их участия в гражданском обороте.

Используя такой критерий, как наличие (отсутствие) обязанности проведения оценки, различают *обязательную* и *добровольную* оценку. По общему правилу все субъекты имеют право на проведение оценщиком оценки любых принадлежащих им объектов (ст. 6 Закона). Некоторые случаи, когда проведение оценки является обязательным, названы в ст. 8 Закона об оценочной деятельности, которая устанавливает *две группы* таких случаев:

а) при вовлечении в сделку объектов оценки, принадлежащих полностью или частично Российской Федерации, ее субъектам либо муниципальным образованиям;

б) при возникновении спора о стоимости объекта оценки (например, при национализации имущества).

Следует иметь в виду, что установленные ст. 8 Закона об оценочной деятельности случаи касаются лишь обязательности *проведения* оценки, но не ее *результатов*, которые носят *рекомендательный* характер, хотя и могут быть положены в основу соответствующих решений государственного, муниципального органа, суда. Рекомендательный характер носят итоги оценки, проводимой страховой компанией на основании п. 2 ст. 12 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании ответственности владельцев транспортных средств» (в ред. от 30 декабря 2006 г. № 266-ФЗ)¹; судебным приставом-исполнителем в соответствии с п. 1 ст. 52 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве» (в ред. от 3 ноября 2006 г. № 175-ФЗ)². Перечень аналогичных случаев можно продолжить.

Рассматриваемое деление оценки напрямую влияет на возможность судебного оспаривания ее результатов. Общие правила, предусматривающие право заинтересованных лиц оспаривать результаты оценки, содержатся в абз. 3 ст. 6 и ст. 13 Закона об оценочной деятельности. Однако более значительными с практической точки зрения являются разъяснения, данные Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в информационном письме от 30 мая 2005 г. № 92 «О рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании оценки имущества, произведенной независимым оценщиком»³. Как указывается в информационном письме, оспаривание достоверности величины стоимости объекта оценки пу-

¹ Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2002. № 18. Ст. 1720. Далее - Закон об ОСАГО.

² Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3591. Далее — Закон об исполнительном производстве.

³ Вестник ВАС РФ. 2005. № 7.

тем предъявления самостоятельного иска возможно только в том случае, когда законом или иным нормативным актом предусмотрена обязательность такой величины для сторон сделки, государственного органа, должностного лица, органов управления юридического лица. В этом случае оспаривание достоверности величины стоимости объекта оценки возможно только до момента заключения договора (издания акта государственным органом либо принятия решения должностным лицом или органом управления юридического лица).

Интересным является следующее разъяснение. Если законом или иным нормативным актом для сторон сделки, государственного органа, должностного лица, органов управления юридического лица предусмотрена обязательность привлечения независимого оценщика без установления обязательности определенной им величины стоимости объекта оценки, то самостоятельное ее оспаривание путем предъявления отдельного иска не допускается. В таком случае вопрос о достоверности величины оценки может рассматриваться в рамках рассмотрения конкретного спора по поводу сделки, изданного акта или принятого решения (в том числе дела о признании сделки недействительной, об оспаривании ненормативного акта или решения должностного лица, о признании недействительным решения органа управления юридического лица и др.).

Практическую ценность представляют также разъяснения, касающиеся правовых последствий неиспользования величины оценки (когда ее использование является обязательным) либо непривлечения оценщика (когда результаты оценки носят рекомендательный характер). В случае, когда результат оценки обязателен для использования, но при совершении сделки (издании государственным органом акта, принятии должностным лицом или органом управления юридического лица решения) было допущено отступление от стоимости, такие сделка и акт государственного органа должны признаваться судом недействительными, решение должностного лица — незаконным, решение органа юридического лица — не имеющим юридической силы. В то же время непривлечение независимого оценщика в случаях, когда его привлечение обязательно, но результаты носят рекомендательный характер, само по себе не является основанием для признания сделки и акта государственного органа недействительными, решения должностного лица — незаконным, решения органа юридического лица — не имеющим юридической силы.

П. Источники правового регулирования оценочной деятельности. Оценочная деятельность является предметом (объектом) публично-правового и частноправового регулирования. Не случайно в литературе выделяют правовые отношения: а) публично-правового характера — между государством и оценщиком; б) частнопра-

вового характера — между оценщиком и заказчиком оценочных услуг; в) смешанного характера — между оценщиком и саморегулируемыми организациями, созданными с их участием¹. В целом отношения, возникающие по поводу оценочной деятельности, носят смешанный характер, а потому регулируются нормами публичного и частного права. Указанная совокупность норм, регулирующих оценочную деятельность, определяется как комплексный правовой институт.

Оценочная деятельность осуществляется в соответствии с международными договорами Российской Федерации, настоящим Законом, а также другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, регулирующими отношения, возникающие при осуществлении оценочной деятельности (ст. 1 Закона об оценочной деятельности). Основным законодательным актом, непосредственно посвященным оценочной деятельности, является Закон об оценочной деятельности. Данный Закон устанавливает правовые основы регулирования оценочной деятельности, определяя понятие оценочной деятельности, виды стоимости объектов оценки, правовое положение субъектов оценочной деятельности и саморегулируемых организаций оценщиков, основания проведения оценки, требования к документам, составляемым в процессе осуществления оценочной деятельности, и др. (ст. 2 Закона).

Нормы, касающиеся оценочной деятельности, содержатся также в Законе об ООО, Законе об АО, Законе об ипотечных ценных бумагах, Законе об ОСАГО, Законе об исполнительном производстве» и др.

К числу подзаконных нормативных правовых актов регулирования оценочной деятельности относятся *федеральные стандарты оценки*. Глава III Закона об оценочной деятельности предполагает возможность принятия неопределенного числа таких стандартов, но в настоящее время действует только один нормативный акт — Стандарты оценки № 519. Закон об оценочной деятельности предусматривает право саморегулируемой организации оценщиков принимать *стандарты и правила оценочной деятельности*, обязательные для применения оценщиками, являющимися членами соответствующей организации.

Во исполнение п. 2 постановления Правительства от 6 июля 2001 г. № 519 Министерством имущественных отношений РФ утверждены:

Методические рекомендации по определению рыночной стоимости интеллектуальной собственности от 26 ноября 2002 г. № СК-4/21297;

¹ См.: Шайдуллин Р. Ф. Гражданско-правовые особенности регулирования оценочной деятельности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 6.

Методические рекомендации по определению рыночной стоимости права аренды земельных участков от 10 апреля 2003 г. № 1102-р;

Методические рекомендации по определению рыночной стоимости земельных участков от 6 марта 2002 г. № 568-р.

Отдельную группу источников составляют *нормативные акты, регламентирующие профессиональные требования к оценщикам*. Прежде всего это:

постановление Минтруда России от 27 ноября 1996 г. № 11 «Об утверждении квалификационной характеристики по должности «оценщик (эксперт по оценке имущества)». Данное постановление очерчивает круг должностных обязанностей оценщика и знаний, навыков, которыми он должен обладать;

постановление Минтруда России от 24 декабря 1998 г. № 52 «Об утверждении квалификационной характеристики должности «оценщик интеллектуальной собственности»;

Требования к повышению квалификации в области оценочной деятельности, утвержденные постановлением Минимущества России от 22 мая 2003 г. № ЗР-4/10060. Данные Требования, как указано в п. 1, разработаны в целях *лицензирования оценочной деятельности, которое в настоящее время отменено*. Требования могут быть применены только в том случае, если они утверждены саморегулируемой организацией оценщиков, имеющей право устанавливать дополнительные требования к оценщикам — членам этой организации (ст. 24 Закона об оценочной деятельности).

III. Субъекты и объекты оценочной деятельности. К субъектам оценочной деятельности ст. 4 Закона отнесены только *физические лица, непосредственно осуществляющие оценку имущества (оценщики)*. Юридические лица в числе субъектов оценочной деятельности не упоминаются. В то же время согласно абз. 2 данной статьи оценщик может осуществлять оценочную деятельность самостоятельно, занимаясь частной практикой, а также на основании трудового договора между оценщиком и юридическим лицом. Причем такое юридическое лицо вправе непосредственно с заказчиками заключать договоры на проведение оценки, если оно отвечает ряду условий, названных в ст. 15.1 Закона, в частности имеет в своем штате не менее двух оценщиков. В итоге складывается парадоксальная ситуация, когда юридическое лицо, являясь стороной — исполнителем в договоре с заказчиком на проведение оценки имущества, не признается субъектом оценочной деятельности¹.

¹ Иной точки зрения придерживается И. В. Ершова, рассматривая юридические лица любой организационно-правовой формы в качестве оценщиков (см.: Российское предпринимательское право: Учебник/Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. С. 974).

Такая конструкция Закона об оценочной деятельности вряд ли удачна. В соответствии с императивной нормой п. 3 ст. 307 ГК обязательство *не создает обязанностей для лиц*, не участвующих в нем в качестве сторон. В данной ситуации оценщик, работая по трудовому договору с юридическим лицом, не является стороной в договоре между последним и заказчиком. Однако в силу Закона об оценочной деятельности имущественные последствия такого договора имеют самое непосредственное отношение к оценщику (помимо собственно обязанности провести оценку): он несет имущественную ответственность как перед заказчиком, так и перед третьим лицом за убытки, причиненные им вследствие использования итоговой величины стоимости объекта (ст. 24.6 Закона).

Само юридическое лицо, не являясь субъектом оценочной деятельности, не может по логике Закона принимать на себя обязанность проведения оценки, что делает неясным его правовое положение как стороны — исполнителя в договоре на проведение оценки. Представляется, что было бы более правильным (и, главное, соответствующим положениям Гражданского кодекса) законодательно признать субъектами оценочной деятельности и юридические лица, которые, заключив договор с заказчиком, принимали бы на себя обязанность по выполнению оценки (а также ответственность за нарушение договора). В этом случае оценщик, являющийся работником юридического лица, будет отвечать не перед заказчиком, а в порядке регресса перед работодателем, что вполне укладывается в конструкцию ответственности должника — юридического лица за действия своих работников (ст. 402 ГК).

Статья 4 Закона об оценочной деятельности *предъявляет два требования к субъектам оценочной деятельности*: обязательное членство в одной из саморегулируемых организаций оценщиков; страхование своей ответственности. Рассмотрим эти требования более подробно.

Закон содержит значительное число норм (ст. 22, 22.1—22.3, 23 и др.) посвященных саморегулируемым организациям, некоторые из которых фактически представляют собой *дополнительные требования к оценщику*. Так, для вступления в члены саморегулируемой организации заявитель обязан представить документ об образовании, подтверждающий получение профессиональных знаний в области оценочной деятельности¹, а также справку об отсутствии неснятой или непогашенной судимости за преступления

¹ В соответствии со ст. 21 Закона профессиональное обучение оценщиков осуществляется высшими государственными или частными учебными заведениями, специально создаваемыми для этой цели, или на базе факультетов (отделений, кафедр) высших государственных или частных учебных заведений, имеющих право осуществлять такое обучение в соответствии с законодательством.

в сфере экономики, а также за преступления средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие преступления (ст. 24 Закона). Саморегулируемая организация при приеме физических лиц в члены организации вправе предъявить иные требования, связанные с осуществлением оценщиком оценочной деятельности и не противоречащие настоящему Федеральному закону и другим федеральным законам.

В литературе дана неоднозначная оценка статуса саморегулируемой организации оценщиков. Было высказано мнение о том, что оценщиков (физических лиц) фактически принуждают вступать в саморегулируемое объединение. В связи с этим предлагается внести в Закон об оценочной деятельности правило, согласно которому юридическая обязанность быть членом саморегулируемой организации должна распространяться только на оценочные организации¹. Кроме того, считается логичным рассматривать саморегулируемые организации оценщиков в качестве самостоятельного вида субъектов оценочной деятельности.

На наш взгляд, обязательное вступление в члены саморегулируемой организации оценщиков — это необходимое условие деятельности оценщиков — физических лиц. Поэтому правило об обязательном членстве должно действовать и в отношении физических лиц, и в отношении юридических лиц (если последние будут признаны субъектами оценочной деятельности). Что касается статуса саморегулируемых организаций как субъектов оценочной деятельности, то вряд ли можно согласиться с этим мнением. Надо четко проводить разграничение между понятиями «субъекты оценочной деятельности (оценки)», «субъекты оценочных правоотношений», «участники отношений, регулируемых Законом». С этой точки зрения саморегулируемые организации оценщиков не оказывают оценочных услуг и не являются субъектами оценочной деятельности. Напротив, они выступают субъектами оценочных правоотношений, а также участниками общественных отношений, регулируемых Законом.

Далее, в силу со ст. 4 Закона *по договору обязательного страхования ответственности объектом страхования являются* имущественные интересы, связанные с риском ответственности оценщика (страхователя) по обязательствам, возникающим вследствие причинения ущерба заказчику, заключившему договор на проведение оценки, и (или) третьим лицам (ст. 24.7 Закона).

Страховым случаем по договору является установленный вступившим в законную силу решением арбитражного суда или признанный страховщиком факт причинения ущерба действиями (бездействием) оценщика в результате нарушения требований федеральных стандартов оценки, стандартов и правил оценочной

¹ См.: Шайдуллин Р. Ф. Указ. соч. С. 8.

деятельности, установленных саморегулируемой организацией оценщиков, членом которой являлся оценщик на момент причинения ущерба.

Статьей 14 Закона предусмотрены *следующие права оценщика*:

применять самостоятельно методы проведения оценки объекта оценки в соответствии со стандартами оценки;

требовать от заказчика при проведении обязательной оценки объекта оценки обеспечения доступа в полном объеме к документации, необходимой для осуществления этой оценки;

получать разъяснения и дополнительные сведения, необходимые для осуществления данной оценки;

запрашивать в письменной или устной форме у третьих лиц информацию, необходимую для проведения оценки объекта оценки, за исключением информации, являющейся государственной или коммерческой тайной;

в случае если отказ в предоставлении указанной информации существенным образом влияет на достоверность оценки объекта оценки, оценщик указывает это в отчете;

привлекать по мере необходимости на договорной основе к участию в проведении оценки объекта оценки иных оценщиков либо других специалистов;

отказаться от проведения оценки объекта оценки в случаях, если заказчик нарушил условия договора, не обеспечил предоставление необходимой информации об объекте оценки либо не обеспечил соответствующие договору условия работы;

требовать возмещения расходов, связанных с проведением оценки объекта оценки, и денежного вознаграждения за проведение оценки объекта оценки по определению суда.

Наряду с правами оценщик несет ряд *обязанностей* (ст. 15 Закона):

быть членом одной из саморегулируемых организаций оценщиков;

соблюдать при осуществлении оценочной деятельности требования Закона, других федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, федеральные стандарты оценки, а также стандарты и правила оценочной деятельности, утвержденные саморегулируемой организацией оценщиков, членом которой он является;

соблюдать правила деловой и профессиональной этики, установленные саморегулируемой организацией оценщиков, членом которой он является, а также уплачивать взносы, установленные такой саморегулируемой организацией оценщиков;

сообщать заказчику или юридическому лицу, с которым он заключил трудовой договор, о невозможности своего участия в проведении оценки вследствие возникновения обстоятельств, препятствующих проведению объективной оценки;

обеспечить сохранность документов, получаемых от заказчика и третьих лиц в ходе проведения оценки;

представлять заказчику информацию о членстве в саморегулируемой организации оценщиков;

представлять саморегулируемой организации оценщиков информацию о юридическом лице, с которым он заключил трудовой договор, в том числе и информацию о соответствии такого юридического лица условиям, установленным ст. 15.1 Закона об оценочной деятельности, а также сведения о любых изменениях этой информации;

представлять по требованию заказчика страховой полис и подтверждающий получение профессиональных знаний в области оценочной деятельности документ об образовании;

не разглашать конфиденциальную информацию, полученную от заказчика в ходе проведения оценки, за исключением случаев, предусмотренных законодательством;

в случаях, предусмотренных законодательством, предоставлять копии хранящихся отчетов или содержащуюся в них информацию правоохранительным, судебным, иным уполномоченным государственным органам по их требованию;

по требованию заказчика предоставлять заверенную саморегулируемой организацией оценщиков выписку из реестра членов саморегулируемой организации оценщиков, членом которой он является.

Одной из составляющих характеристики статуса оценщика является *специфика его имущественной ответственности*. Как указано в ст. 24.6 Закона, ответственность наступает за убытки, причиненные заказчику или третьим лицам вследствие использования итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанной в отчете оценщика. Представляется, что данная формулировка не корректна, так как ее буквальный смысл позволяет привлечь оценщика к гражданско-правовой ответственности за любое использование итоговой величины стоимости, повлекшее причинение убытков. Дело в том, что одним из условий гражданско-правовой ответственности является неправомерность действий нарушителя. Соответственно для возложения на оценщика ответственности за убытки потерпевший обязан обосновать, в чем именно состоит противоправность действий оценщика, какие нарушения им допущены. В утратившей ныне силу ст. 16.1 Закона об оценочной деятельности в качестве условия ответственности оценщика указывалось на признание недостоверной указанной в отчете итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки. Данное положение совершенно обоснованно было исключено из текста Закона, поскольку оценочная стоимость объекта представляет собой не точную, а *вероятную величину*.

Специалистами в области оценочного дела отмечается, что средств объективного измерения (контроля) отклонения стоимости, определенной оценщиком, от гипотетической «истинной» стоимости не существует, поэтому ориентироваться приходится на контроль за соблюдением оценщиком нормативов, стандартов, правил, процедур и т. д.¹ В связи с этим полагаем, что в качестве условия гражданской-правовой ответственности оценщика можно использовать положение, которое содержится в ст. 24.7 Закона, применительно к характеристике страхового случая — нарушение оценщиком требований федеральных стандартов оценки, стандартов и правил оценочной деятельности, установленных саморегулируемой организацией оценщиков, повлекшее причинение ущерба. Необходимо помнить, что риск ответственности оценщика должен быть им застрахован. Кроме того, имущественные притязания заказчика, третьих лиц обеспечены наличием компенсационного фонда саморегулируемой организации, членом которой является оценщик, и формируемого из обязательных взносов членов организации. Фонд предназначен для компенсации третьим лицам убытков, причиненных оценочной деятельностью членов саморегулируемой организации. В соответствии со ст. 24.8 Закона основанием для обращения взыскания на компенсационный фонд считается установленный решением арбитражного суда или признанный страховщиком факт наступления страхового случая по договору обязательного страхования ответственности.

Как указано в этой статье Закона, требование о получении компенсационной выплаты за счет компенсационного фонда может быть предъявлено к саморегулируемой организации оценщиков только в случае совпадения *следующих условий*: для возмещения ущерба, причиненного оценщиком, недостаточно средств, полученных по договору обязательного страхования ответственности; оценщик отказался удовлетворить требование заказчика или третьего лица о возмещении ущерба либо заказчик или третье лицо не получили от него в разумный срок ответ на предъявленное требование. Размер компенсационной выплаты за счет компенсационного фонда по требованию или требованиям заказчиков либо третьих лиц к одному оценщику по одному страховому случаю не может превышать 600 тыс. руб. (ст. 24.8 Закона).

В ст. 24.6 Закона об оценочной деятельности содержится указание на то, что убытки заказчика, третьего лица возмещаются за счет имущества не только оценщика, но и юридического лица, с которым оценщик заключил трудовой договор. Таким образом, в данной норме юридическое лицо определено как ответственное

¹ См.: Лужанский Б. Система добровольной сертификации методического и информационного обеспечения оценочной деятельности // Финансовая газета. 2006. № 41.

за действия оценщика. Не ясно только, являются ли юридическое лицо и оценщик *солидарно ответственными* либо *ответственность юридического лица носит дополнительный (субсидиарный) характер* по отношению к ответственности самого оценщика. Вместе с тем согласно абз. 2 ст. 24.6 Закона юридическое лицо, с которым оценщик заключил трудовой договор, может указать в договоре на проведение оценки условия принятия на себя обязательства по дополнительному обеспечению обязанности оценщика возместить убытки, причиненные заказчику, заключившему договор на проведение оценки, или имущественный вред, причиненный третьим лицам. В публикациях по данной теме это положение истолковано таким образом, что для возложения на юридическое лицо ответственности за действия оценщика соответствующее указание должно быть прямо предусмотрено в договоре между юридическим лицом и заказчиком на проведение оценки¹.

Полагаем, что в абз. 2 ст. 24.6 Закона идет речь о возможности включения в договор на проведение оценки неких дополнительных условий принятия юридическим лицом на себя обязанности по возмещению убытков за оценщика, а не о том, что без указания на то в договоре ответственность юридического лица не наступает вовсе.

Что касается вида ответственности оценщика и юридического лица, необходимо учитывать следующее. В абз. 1 ст. 24.6 Закона ответственность юридического лица не названа в качестве дополнительной. Структурно-логический анализ нормы позволяет судить о том, что ответственность оценщика и ответственность юридического лица существуют одновременно. Обязательство, возникающее из договора на проведение оценки, связано с предпринимательской деятельностью (по крайней мере как минимум одного субъекта — юридического лица — исполнителя по такому договору), а значит, обязанности должников по нему согласно ст. 322 ГК являются солидарными. В связи с этим юридическое лицо — исполнитель и оценщик являются *солидарно ответственными* перед заказчиком и третьим лицом.

Объекты оценочной деятельности, как отмечалось выше, названы в ст. 5 Закона. Их перечень является открытым, о чем свидетельствует следующая формулировка: «иные объекты гражданских прав, в отношении которых законодательством Российской Федерации установлена возможность их участия в гражданском обороте». Как видим, в составе объектов оценки названы почти все объекты гражданских прав (вещи, в том числе предприятия), имущественные права, работы, услуги, информация.

¹ См.: Глуховская Э. Ответственный оценщик — пережиток прошлого? // Новая бухгалтерия. 2006. Вып. 12.

Среди объектов оценки (по известным причинам) отсутствуют денежные средства. В то же время в Законе (наряду с правом требования) упоминаются обязательства (долги), что не совсем укладывается в классификацию объектов гражданских прав, включая такой их вид, как вещи. В литературе отмечается, что в последнее время набирает популярность оценка бизнеса. Однако бизнес, предприятие и имущественный комплекс суть разные понятия. Бизнес — это и организация предпринимательства на предприятии, и фактические отношения предприятия со своими контрагентами. Поэтому нельзя ставить знак равенства между смежными понятиями «объект оценки» и «объекты гражданских прав».

В отношении ряда объектов Закон об оценочной деятельности (ст. 8) устанавливает обязательность проведения оценки. *Проведение оценки объектов оценки является обязательным:*

1) в случае вовлечения в сделку объектов оценки, принадлежащих полностью или частично Российской Федерации, субъектам РФ либо муниципальным образованиям, в том числе:

при определении стоимости объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям, в целях их приватизации, передачи в доверительное управление либо передачи в аренду;

использовании объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, ее субъектам либо муниципальным образованиям, в качестве предмета залога;

продаже или ином отчуждении объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям;

переуступке долговых обязательств, связанных с объектами оценки, принадлежащими Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям;

передаче объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям, в качестве вклада в уставные капиталы, фонды юридических лиц,

2) при возникновении спора о стоимости объекта оценки, в том числе:

при национализации имущества;

ипотечном кредитовании физических и юридических лиц в случаях возникновения споров о величине стоимости предмета ипотеки;

составлении брачных контрактов и разделе имущества разводящихся супругов по требованию одной из сторон или обеих сторон в случае возникновения спора о стоимости этого имущества;

выкупе или ином предусмотренном законодательством Российской Федерации изъятии имущества у собственников для государственных или муниципальных нужд;

проведении оценки объектов оценки в целях контроля за правильностью уплаты налогов в случае возникновения спора об исчислении налогооблагаемой базы.

Следует отметить, что действие ст. 8 Закона не распространяется на отношения, возникающие при распоряжении государственными и муниципальными унитарными предприятиями, государственными и муниципальными учреждениями имуществом, закрепленным за ними в хозяйственном ведении или оперативном управлении, за исключением случаев, если распоряжение имуществом в соответствии с законодательством допускается с согласия собственника этого имущества, а также на отношения, возникающие в случае распоряжения государственным или муниципальным имуществом при реорганизации государственных и муниципальных унитарных предприятий, государственных и муниципальных учреждений. Кроме того, правило настоящей статьи не применяется на случаи, установленные Федеральным законом от 27 февраля 2003 г. № 29-ФЗ «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта» (в ред. от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ).

Предусмотренный ст. 8 Закона перечень случаев обязательной оценки не является закрытым. Такие же требования могут быть установлены в других федеральных законах. Например, правило об обязательной оценке в целях выяснения обстоятельств причинения вреда и определения размера подлежащих возмещению убытков содержится в п. 2 ст. 12 Закона об ОСАГО. В этом случае потерпевший обязан представить поврежденное имущество или его остатки страховщику для осмотра и организации независимой экспертизы (оценки) для проведения оценки.

IV. Публично-правовой режим оценочной деятельности. Публично-правовые элементы в сфере оценочной деятельности наиболее заметны при определении статуса субъектов оценочной деятельности, случаев обязательности проведения оценки, видов стоимости объекта оценки, подходов к оценке, ее этапов, специфики требований к договору на проведение оценки и отчету оценщика. Многие элементы публичности были рассмотрены в настоящем параграфе; ниже они будут представлены в упорядоченном виде, с добавлением некоторых новых положений.

Итак, *публично-правовой режим оценочной деятельности* проявляет себя в следующем.

^{*} Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 2003. № 9. Ст. 805.

1. Применительно к *статусу субъектов оценочной деятельности* законодательно определяются:

а) обязательность членства в одной из саморегулируемых организаций (Закон подробно нормирует их статус и деятельность) оценщиков и страхования своей ответственности;

б) требования к профессиональной квалификации оценщика; требование отсутствия судимости за определенные преступления.

2. Устанавливаются случаи, когда обязательным является только *привлечение оценщика* (с необязательностью результатов оценки) либо, наряду с привлечением оценщика, *использование* указанной в его отчете *итоговой величины стоимости объекта оценки*

3. Устанавливаются следующие *подходы к оценке*, используемые при ее проведении (п. 5 Стандартов оценки № 519):

затратный подход — совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных на определении затрат, необходимых для восстановления либо замещения объекта оценки, с учетом его износа;

сравнительный подход — совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных на сравнении объекта оценки с аналогичными объектами, в отношении которых имеется информация о ценах сделок с ними;

доходный подход — совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных на определении ожидаемых доходов от объекта оценки. В соответствии с п. 18 Стандартов оценки оценщик при проведении оценки обязан по общему правилу использовать все указанные выше подходы к оценке. В случае отказа от использования каких-либо подходов оценщик обязан обосновать в своем отчете такой отказ.

4. Предъявляются обязательные *требования к содержанию отчета об оценке*. В силу ст. 11 Закона в отчете должны быть указаны:

дата проведения оценки объекта оценки и дата составления отчета;

цели и задачи проведения оценки объекта оценки;

основание для проведения оценщиком оценки;

стандарты оценки для определения соответствующего вида стоимости объекта оценки, обоснование их использования при проведении оценки, перечень использованных при проведении оценки данных с указанием источников их получения, а также принятые при проведении оценки допущения;

последовательность определения стоимости объекта оценки и ее итоговая величина, а также ограничения и пределы применения полученного результата;

перечень документов, используемых оценщиком и устанавливающих количественные и качественные характеристики объекта оценки.

Закон об оценочной деятельности устанавливает принцип *достоверности* итоговой величины стоимости объекта оценки, придавая отчету оценщика *доказательственное значение* (ст. 12). Одновременно Закон устанавливает *оспоримость* сведений, содержащихся в отчете. Согласно абз. 3 ст. 6 Закона об оценочной деятельности правом обжалования результатов оценки обладают только заинтересованные лица. Истец, оспаривающий сведения, содержащиеся в отчете оценщика, должен доказать, какие его гражданские права нарушены произведенной оценкой, а также в чем заключается недостоверность величины стоимости, определенной оценщиком¹. Ключевым при решении вопроса о возможности оспаривания результатов оценки является характер ее обязательности.

5. Государственное регулирование оценочной деятельности и деятельности саморегулируемых организаций оценщиков, в части надзора и нормативно-правового регулирования, осуществляется федеральными органами исполнительной власти, уполномоченными Правительством РФ. В настоящее время таким органом, согласно п. 2 постановления Правительства РФ от 27 августа 2004 г. № 443, является Минэкономразвития России. Раньше, до отмены лицензирования оценочной деятельности, функции по лицензированию оценочной деятельности и контроля за соблюдением лицензионных требований и условий осуществляло Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом². Вместе с тем в соответствии с постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2004 г. № 691 «О Федеральном агентстве по управлению федеральным имуществом» Агентство организует оценку имущества в целях осуществления имущественных и иных прав и законных интересов Российской Федерации, определяет условия договоров о проведении оценки федерального имущества (п. 5.7); осуществляет согласование профессиональных образовательных программ высшего профессионального образования, дополнительного профессионального образования или программ профессиональной переподготовки работников в области оценочной деятельности, а также организует обучение и профессиональную подготовку представителей Российской Федерации в органах управления и ревизионных комиссиях акционерных обществ, акции которых находятся в федеральной собственности, и обучение руководящих работников, специалистов федеральных органов ис-

¹ См.: Воскресенская Е. В. Правовое значение отчета об оценке стоимости имущества // Право и экономика. 2005. № 3.

² СЗ РФ. 2004. № 49. Ст. 4897.

полнительной власти и хозяйствующих субъектов по вопросам, связанным с приватизацией, управлением и распоряжением федеральным имуществом (п. 5.8), и др.

В связи с этим возникает вопрос: насколько целесообразно иметь два уполномоченных федеральных органа в области оценочной деятельности? Даже на первый взгляд их компетенция иногда пересекается.

В соответствии со ст. 19 Закона об оценочной деятельности *функциями уполномоченных федеральных органов являются:*

выработка государственной политики в области оценочной деятельности;

нормативно-правовое регулирование в области оценочной деятельности, утверждение федеральных стандартов оценки;

утверждение в порядке, установленном Правительством РФ, образовательных программ высшего профессионального образования, дополнительного профессионального образования или программ профессиональной переподготовки специалистов в области оценочной деятельности;

ведение единого государственного реестра саморегулируемых организаций оценщиков;

осуществление надзора за выполнением саморегулируемыми организациями оценщиков требований настоящего Закона;

обращение в суд с заявлением об исключении саморегулируемой организации оценщиков из единого государственного реестра саморегулируемых организаций оценщиков.

Регулирование оценочной деятельности осуществляется Национальным советом по оценочной деятельности (далее — Национальный совет) в части разработки федеральных стандартов оценки, саморегулируемыми организациями оценщиков — в части разработки и утверждения стандартов и правил оценочной деятельности. *Национальный совет* — это саморегулируемая некоммерческая организация, созданная оценщиками. В системе саморегулируемых организаций оценщиков Национальный совет занимает высший уровень регулирования. В свою очередь, контроль за осуществлением членами саморегулируемой организации оценщиков оценочной деятельности возложен на эти организации (ст. 18).

Деятельность Национального совета, других саморегулируемых организаций сочетает частноправовые и публично-правовые начала.

Раздел 5. ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ПРАВ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 11

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ ДОГОВОР

§ 1. Предпринимательский договор: понятие, виды и сфера применения

Понятие «предпринимательский договор» широко применяется в учебной и научной литературе¹. Однако оно не получило легальной прописки в действующем законодательстве, а также в правоприменительной практике. Если в советское время термин «хозяйственный договор» часто встречался в нормативных правовых актах, то сейчас используются нейтральные словосочетания. Анализ положений Гражданского кодекса позволяет очертить несколько групп норм, которые в скрытой форме подразумевают предпринимательский договор.

С. И. Виниченко справедливо выделяет нормы Гражданского кодекса, указывающие на принадлежность лиц — участников договорных обязательств к *субъектам предпринимательской деятельности*. Так, законодатель прямо предусматривает необходимость участия коммерческих организаций во всех публичных договорах (ст. 426), договорах финансирования под уступку денежного требования (ст. 825), доверительного управления имуществом (ст. 1015) и коммерческой концессии (ст. 1027).

Вторая группа норм Кодекса содержит правила, согласно которым в качестве стороны обязательства называются *лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность*. Это договор поставки (ст. 506), поставки товаров для государственных нужд (ст. 525), контрактации (ст. 535), хранения на товарном складе (ст. 907).

Третья группа норм определяет *предпринимательские цели* использования передаваемого имущества. Так, по договору финансовой аренды (лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им

¹ См.: Занковский С. С. Предпринимательские договоры / Отв. ред. В. В. Лаптев. М., 2004.

продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей (ст. 665 ГК)¹.

В чем же причина такого положения, сложившегося в «кодексе цивилизованного рынка»? Почему отечественное законодательство игнорирует использование понятия «предпринимательский договор»?

Во-первых, структура и внутренняя логика Гражданского кодекса не позволяют (без ущерба для концептуальной основы продукта цивилистической мысли) разместить общие положения о предпринимательском договоре, равно как нормы о конкретных видах данного договора. В реальной действительности практически невозможно провести разграничение между предпринимательскими и непредпринимательскими договорами, особенно это касается гражданско-правовых договоров с «двойным действием» (например, договоры купли-продажи, мены, аренды, подряда, комиссии, поручения, хранения, страхования и др.).

Эта же проблема возникает и в учебном процессе при преподавании курса предпринимательского (коммерческого) права. Весьма непростая задача — развести особенную часть Гражданского кодекса на две составляющие. Надо четко определить, какие виды гражданско-правовых договоров читаются в курсе гражданского права, а какие — в курсе предпринимательского (коммерческого) права. Пока что такого четкого разграничения нет.

Выход из создавшейся ситуации ученые видят по-разному. Сторонники теории предпринимательского права традиционно предлагают в учебной программе сочетать вопросы государственного (публичного) регулирования предпринимательской деятельности с договорным (частноправовым) обеспечением соответствующих отношений². Отсюда появляются такие темы, как «правовое регулирование предпринимательской деятельности в сфере производства товаров», «правовые основы предпринимательства в строительстве» и др. Иногда авторам учебников и учебных пособий по предпринимательскому праву не удается до конца выдерживать общую линию: наряду с указанными темами в учебную программу курса включаются разделы о договорах, обеспечивающих реализацию товаров, выполнение работ и оказание услуг.

Представители концепции коммерческого права (В. Ф. Пондопуло, Б. И. Путинский и др.) выстраивают учебный курс с учетом собственных научных взглядов на природу коммерческого права. Так, в учебнике Б. И. Пугинского предмет преподава-

¹ См.: Виниченко С. И. Цена как условие гражданско-правового (предпринимательского) договора. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 70–71.

² См.: Анохин В. С. Предпринимательское право: Учебник. С. 222–391.

ния коммерческого права сужен до коммерции в буквальном смысле слова, т. е. до правового регулирования сугубо торговых (торгово-посреднических) и обслуживающих их отношений (перевозка, страхование и т. п./).

По всей вероятности, по причине трудности разграничения преподавания гражданского и коммерческого права в сфере реализации коммерческих (торговых) договоров кафедра гражданского права юридического факультета СПбГУ посчитала негативным опыт передачи так называемых коммерческих вопросов (строительный подряд, перевозка грузов, расчеты между организациями и др.) на кафедру коммерческого права. По мнению А. П. Сергеева, цивилисты вернулись к чтению курса гражданского права в прежнем объеме³. Мы не исключаем, конечно, наличие иных трудностей, послуживших основой для принятия такого решения.

Во-вторых, предпринимательский договор — это не договорный тип, а также не разновидность гражданско-правового договора в контексте Гражданского кодекса. Известно, что классификация договоров представляет собой деление их на определенные группы с учетом тех или иных критериев. Договорный тип есть самостоятельная классификационная единица. Применительно к структуре и содержанию Гражданского кодекса тип договора, как полагает С. А. Хохлов, можно определить как совокупность юридических признаков этого договора, закреплённых в нормах закона, которые образуют правовой институт⁴. В Кодексе выделено 26 типов договоров, из которых лишь шесть (купля-продажа, рента, пожизненное содержание, аренда, подряд, заем и кредит, хранение) разделены на отдельные виды договоров. Остальные типы не имеют видовой классификации.

Следуя традициям римского частного права, в науке гражданского права типичный договор квалифицируется в качестве «именного» (поименованного) и противопоставляется «безымянному» (непоименованному) договору, который не урегулирован правом и имеет свою основу в общих положениях Кодекса и собственно соглашениях сторон⁴. Например, купля-продажа является договорным типом (поименованным договором), она выделена

¹ См.: Путинский Б. И. Коммерческое право России. М., 2000. С. 92–109. 194–219. 220–242.

² См.: Сергеев А. П. Актуальные задачи перестройки курса гражданского права в современных условиях. Преподавание гражданского права в современных условиях: Материалы Всероссийской научно-методической конференции / Под общей ред. Ю. К. Толстого. СПб., 1999. С. 5.

³ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. С. 229.

⁴ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. С. 323–334.

в отдельную главу Гражданского кодекса. Что касается конкретных видов купли-продажи, то к ним применяются общие положения о договорном типе, предусмотренные в § 3 гл. 30 ГК, если иное не предусмотрено правилами настоящего Кодекса об этих видах договоров.

Правило о возможности использования на практике безымянных (непоименованных) договоров содержится в п. 1 ст. 8, п. 2 ст. 421 Гражданского кодекса. Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Конструкция предпринимательского договора *не вписывается* в прокрустово ложе Кодекса. История повторяется. Раньше, в советское время, спорным был вопрос о месте хозяйственного договора в системе гражданско-правовых договоров. Большинство исследователей отрицали существование хозяйственного договора как самостоятельного вида гражданско-правовых договоров. Некоторые из них вообще рассматривали его (договор) в качестве экономического понятия (явления)¹.

Если встать на позицию включения предпринимательского договора в текст Гражданского кодекса, тогда закономерно будет дополнить Кодекс нормами о биржевых, банковских, инвестиционных и инновационных сделках. Но вряд ли это разумно с позиции гражданско-правового регулирования общественных отношений. Все указанные сделки являются гражданско-правовыми и вполне укладываются в рамки определенных типов и видов договоров. Ведь понятно, что при их классификации используется та- кой критерий, как сфера применения (действия) договора.

Тем не менее понятие «предпринимательский договор» имеет право на жизнь, и не только в научных дискуссиях. Правовой режим предпринимательского договора обладает достаточно большой спецификой, позволяющей выделить его и противопоставить непредпринимательскому («потребительскому») договору. Однако легализация предпринимательского договора возможна в Предпринимательском (коммерческом) кодексе. Не случайно разработчики проекта Предпринимательского кодекса России включили в его структуру раздел «предпринимательские договоры». То же самое наблюдается в Хозяйственном кодексе Украины.

О необходимости такой легитимизации коммерческого договора говорят некоторые представители теории коммерческого права². Правда, при этом отрицают какую-либо возможность приня-

¹ См.: Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972. С. 22.

² См.: Илюшина М. Н., Чельшев М. Ю. Коммерческое право: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Илюшиной. Казань, 2001. С. 154–155.

тия коммерческого кодекса. Для представителей коммерческого права последнее (как и предпринимательское право) — составная часть гражданского права.

Симптоматично, что в законодательстве промышленно развитых стран коммерческие (торговые) договоры получили легальное закрепление в торговых кодексах. На базе дуализма частного права в ряде государств произошло размежевание гражданского и торгового кодексов.

Итак, *предпринимательский договор* — это правовая категория, имеющая как общие, так и специальные признаки договора. На наш взгляд, вряд ли удачны попытки рассматривать предпринимательский (хозяйственный) договор в качестве экономического понятия. Конечно, если очень постараться, то можно в нем (договоре) обнаружить экономические признаки, поскольку предпринимательский договор есть порождение и проявление внутренних свойств товара, в частности эквивалентно-возмездного обмена на основе волеизъявления товаровладельцев¹. Но в таком случае экономическую природу следует искать во всех юридических понятиях и конструкциях². И не только. В поисках научной истины ученые-юристы все чаще глобально увлечены комплексными экономико-правовыми исследованиями и соответственно разработками экономико-правовых понятий. Наблюдается и обратная тенденция, когда представители экономической науки используют юридическую терминологию и интерпретируют ее с позиции собственной науки.

Предпринимательский договор — это прежде всего *волевой акт*, т. е. взаимное соглашение двух и более сторон. Именно волевые действия составляют сущность любого договора. Задолго до принятия Гражданского кодекса 1994 г. О. А. Красавчиков справедливо писал: «Договор, напомним еще и еще раз, — соглашение сторон»³. И лишь затем договор представляет собой юридический факт (сделку) и гражданское правоотношение.

¹ См.: Быков А. Г. План и хозяйственный договор. М., 1975. С. 9; Федоров И. В. Хозяйственный договор — особый вид гражданско-правового договора: Труды Томского государственного университета им. В. В. Куйбышева. Т. 219. Томск, 1971. С. 44 и др.

² На наш взгляд, нельзя смешивать, скажем, экономическое понятие и экономический признак (аспект), равно как юридическое понятие и юридический признак. Например, качество продукции (работ, услуг) — это технико-экономическое понятие. Но у него имеется правовой аспект: соответствие качества продукции требованиям стандартов и условиям заключенного договора.

³ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции. Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1980. С. 10.

Имеется мнение, согласно которому предпринимательский договор является собирательным понятием¹. В этом качестве он охватывает ряд гражданско-правовых договоров (самостоятельных правовых институтов). Такое мнение вызывает обоснованные возражения.

Собирательное понятие нейтрализует специфические свойства предпринимательского договора, а главное — утрачивается смысл выделения в обособленную группу. Зачем исследовать правовой режим предпринимательского договора, если последний есть обиходное либо собирательное понятие? Мы (вслед за другими авторами) утверждаем, что предпринимательский договор не укладывается в существующую систему договорных институтов.

Конструкция предпринимательского договора сложна для научного исследования. Такие классификационные единицы, как «тип» и «вид», могут использоваться при квалификации предпринимательского договора. В отличие от классификации гражданско-правовых договоров типология предпринимательского договора базируется на других критериях. Более того, для выделения предпринимательского договора в самостоятельный договорный тип необходимо применять несколько (в совокупности) критериев. Возможно, такой подход повлечет за собой критические замечания, хотя бы по причине использования разного рода оснований для классификации договора. Но не надо забывать, что указанный подход часто применяется в правовых исследованиях. Достаточно вспомнить, что при делении права на публичное и частное целесообразно использовать группу критериев.

Каковы же критерии отнесения договора к разряду предпринимательского?

Первый критерий — это отношения (связи), складывающиеся в сфере предпринимательской деятельности. По поводу предпринимательской деятельности возникают, как известно, различного рода общественные отношения: а) предпринимательские (горизонтальные); б) предпринимательские (вертикальные); в) корпоративные.

Предпринимательский договор как индивидуальный акт регулирует прежде всего горизонтальные имущественные отношения².

¹ Д. М. Генкин считал хозяйственный договор не более чем обиходным термином, служащим для обозначения всех применяемых в хозяйственной деятельности социалистических организаций гражданско-правовых договоров (см.: Гражданское право стран народной демократии / Под ред. Д. М. Генкина. М., 1958. С. 39).

² По мнению М. Ф. Казанцева, гражданско-правовой договор по своей природе является правовым актом и в этом качестве стоит в одном понятийном ряду с законом, иными нормативными и ненормативными правовыми актами (см.: Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 4, 12). Данная точка зрения не бесспорна.

В этом качестве он является разновидностью гражданско-правового договора.

Спорен вопрос о возможности договорной регламентации управленческих связей. Здесь речь идет об административных договорах, которые характеризуются следующими признаками:

а) они опосредуют горизонтальные административные отношения¹;

б) договор оформляет, как правило, связь типа «орган управления — орган управления»;

в) посредством договора реализуются властно-организационные функции органов управления;

г) договор регулирует отношения сторон на основе их юридического равенства (эта точка зрения не бесспорна);

д) административный договор является средством реализации правоспособности (компетенции) органа управления².

Не вдаваясь в какую-либо дискуссию по этому вопросу, что мы согласны с позицией тех ученых, которые отстаивают существование административного договора. К их числу, по мнению Д. Н. Бахраха, относятся: договоры о делегировании полномочий; договоры в сфере управления государственной собственностью; договоры, обеспечивающие государственные нужды (государственные контракты); финансовые и налоговые соглашения; различного рода концессии и инвестиционные соглашения³.

Тема административных договоров, особенно в свете проблемы предпринимательского договора, заслуживает пристального внимания. Каждый из названных видов административного договора — предмет самостоятельного исследования. Например, взгляд на государственный контракт как разновидность административного договора разделяется не всеми учеными. Высказывается и противоположное мнение, согласно которому государственный контракт содержит преимущественно признаки гражданско-правового договора с некоторыми элементами административного характера.

Мы считаем, что *государственный контракт* есть в первую очередь административный договор, обеспечивающий федеральные и иные публичные интересы (с цивилистическими элементами).

В науке гражданского права (в противовес представителям административного права) широкое распространение получила точ-

¹ Ряд авторов утверждают, что административный договор регулирует и вертикальные отношения.

² См.: Договор в народном хозяйстве (вопросы общей теории) / Сулейменов М. К., Покровский Б. В., Жакенов В. А. и др. Алма-Ата, 1987. С. 145.

³ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 341; Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. С. 184.

ка зрения о возможности подразделения гражданско-правовых договоров на *имущественные* и *организационные*. Указанная классификация основана на выделении в системе общественных отношений, регулируемых нормами гражданского права, особого вида — организационных отношений. По мнению сторонников данной теории, организационный гражданско-правовой договор охватывает своим регулированием те общественные отношения, которые отдельные ученые относят к административным. Соответственно место административного договора занимает гражданско-правовой договор. Таким образом, цивилисты вступают в теоретический спор с представителями как хозяйственного (предпринимательского) права, так и административного.

Внутрифирменные (внутрихозяйственные) отношения не являются объектом предпринимательского договора. И не только. В рамках возникающих производственных отношений (например, межцеховых) заключаются договоры (соглашения), которые носят неправовой характер. М. Ф. Казанцев называет такое соглашение производственным неправовым договором, направленным на регулирование неправовых отношений в производственной сфере, т. е. в сфере общественной жизни¹.

В тех случаях, когда речь идет о внешних корпоративных отношениях (например, о взаимоотношениях учредителей (участников) коммерческой организации), резонно возникает вопрос о принадлежности учредительного договора к разряду предпринимательского.

Второй критерий принадлежности того или иного договора к предпринимательскому — субъектный состав. Договор является предпринимательским, если обе стороны — субъекты предпринимательской деятельности. Причем под субъектами предпринимательской деятельности надо понимать индивидуальных предпринимателей и коммерческие организации, основная цель которых — извлечение прибыли, а также некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы (п. 3 ст. 50 ГК).

Напротив, если в гражданско-правовом договоре одна сторона — субъект предпринимательской деятельности, а другая представлена в лице физического лица, то такой договор нельзя, на наш взгляд, отнести к предпринимательскому. Простой пример: покупатель, осуществляющий покупки в магазине розничной торговли, заключает гражданско-правовой договор с коммерческой организацией (универсамом). Такой договор следует считать потребительским, а не предпринимательским, даже если в после-

¹ См.: Казанцев М. Ф. Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005. С. 56.

дующем покупатель решит перепродать приобретенный товар в целях извлечения дохода. Другое дело, когда физическое лицо (без статуса индивидуального предпринимателя) систематически приобретает продукты для дальнейшей их реализации с целью получения прибыли, тогда в силу п. 4 ст. 23 ГК гражданин не вправе ссылаться на то, что он не является предпринимателем.

Следовательно, в каждой конкретной ситуации надо усматривать признаки предпринимательского договора или, напротив, увидеть отсутствие таковых.

Принадлежность участников договора к субъектам предпринимательской деятельности прослеживается на примере договора простого товарищества. В соответствии с п. 2 ст. 1041 ГК сторонами договора простого товарищества, заключаемого для осуществления предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации. Некоммерческие организации вправе участвовать в названном договоре, если они осуществляют предпринимательскую деятельность. Круг участников договора простого товарищества во всех иных случаях не ограничен.

Третий критерий отнесения договора к группе предпринимательского — предпринимательская цель использования передаваемого имущества. Как отмечалось ранее, данный критерий применяется, например, при заключении договора финансовой аренды (лизинга). Аналогичные свойства договора применяется и в других случаях.

Подводя итоги сказанному, можно сформулировать следующее определение понятие предпринимательского договора. *Предпринимательский (частноправовой договор)* есть двух или многостороннее соглашение субъектов предпринимательской деятельности, направленное на осуществление предпринимательских целей в сфере предпринимательской деятельности. Эти признаки не распространяются на *административный (публичный) предпринимательский договор*. Где здесь особый субъектный состав и наличие предпринимательских целей? Речь может идти только о сфере предпринимательской деятельности.

Таким образом, *предпринимательский договор* — комплексный правовой институт, сочетающий нормы частноправовых и публичных начал. Поэтому можно утверждать, что предпринимательский договор представляет собой межотраслевое (комплексное) понятие.

Виды предпринимательских договоров. С учетом теоретического положения о том, что предпринимательский договор является *договорным типом*, который не вписывается в классификацию гражданско-правовых договоров в рамках Гражданского кодекса, можно сформулировать критерии его деления на отдельные виды. Прежде всего отметим, что в зависимости от деления предпринимательства на производственную, посредническую и финансовую

деятельность все предпринимательские договоры *необходимо подразделить* на договоры в сфере: 1) производственного предпринимательства; 2) посреднической деятельности; 3) финансовой деятельности.

Используя такой критерий, как *направленность договора* на тот результат, который стороны желали бы иметь, вступая в обязательство, можно выделить предпринимательские договоры:

а) о передаче товаров в собственность, в хозяйственное ведение или в оперативное управление (поставка товаров, в том числе для государственных нужд, контрактация, энергоснабжение, продажа недвижимости, продажа предприятия);

б) по передаче имущества в пользование (прокат, аренда транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда (лизинг), коммерческая концессия); по выполнению работ (строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, подрядные работы для государственных нужд, выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ);

в) возмездного оказания услуг (перевозка, хранение, доверительное управление имуществом).

Причем все названные виды предпринимательских договоров объединяет общая (единая) сфера применения — *производственное предпринимательство*.

Правовыми формами реализации посреднической деятельности являются поручение, комиссия, агентирование. С точки зрения направленности на правовой результат рассматриваемые договоры (за исключением поручения) относятся к предпринимательским договорам возмездного оказания услуг. Поручение является по общему правилу безвозмездным предпринимательским договором, если иное не предусмотрено законом, другими правовыми актами или договором (п. 1 ст. 972 ГК).

В сфере *финансового предпринимательства* используются такие правовые формы, как заем и кредит, финансирование под уступку денежного требования, банковский вклад, банковский счет, расчеты.

Принимая во внимание направленность договора, следует особо выделить предпринимательские договоры на *учреждение различных образований*. К их числу следует отнести: договор простого товарищества (договор о совместной деятельности), учредительные договоры.

Как отмечалось выше, наряду с производственным, посредническим и финансовым предпринимательством в экономической литературе выделяют *консультационное предпринимательство*. Поэтому считаем, что в данной сфере применяются в основном такие правовые формы реализации консультативного предпринимательства, как предпринимательские договоры возмездного оказания услуг (аудиторских, информационных, консалтинговых,

юридических)¹. Договор с адвокатом не может считаться предпринимательским.

Существуют и иные виды предпринимательского договора. Наиболее юридически значимой является классификация договоров на поименованные и непоименованные (безыменные), типизированные и нетипизированные. Последние, в свою очередь, подразделяются на смешанные, комплексные и комбинированные².

Смешанный договор — это договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (п. 3 ст. 421 ГК). В связи с этим возникает вопрос: почему договор может быть смешанным только по волеизъявлению сторон? Что мешает рассматривать договор смешанным в силу моделирования его по принципу смешения, но на уровне закона? Выходит, что, если договор финансирования под уступку денежного требования (ст. 824 ГК), хотя и содержит элементы нескольких договоров, он тем не менее является самостоятельным, а не смешанным³. В литературе распространена точка зрения, согласно которой смешанный договор не может быть самостоятельным, поскольку полностью подчинен правовому режиму договоров, элементы которых он содержит. На наш взгляд, в рамках законодательной модели договора могут «ужиться» вместе и самостоятельность, и смешанность.

Комплексным является договор, содержащий элементы, нормы различных отраслей права. Классическим примером такого договора является соглашение о разделе продукции, сочетающем в себе частноправовые и публично-правовые элементы⁴. Другой пример: государственный контракт на поставку товаров для государственных нужд (ст. 526 ГК).

Соответственно *комбинированным* считается договор, в котором сочетаются, с одной стороны, элементы смешанного договора, с другой — комплексного. В реальной действительности такая ситуация возможна.

Безусловно, указанными видами не заканчивается классификация предпринимательского договора. Продолжая деление договора,

¹ См.: Чумаков А. А. Гражданско-правовое регулирование договора на оказание аудиторских услуг; Кратенко М. В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005.

² См.: Казанцев М. Ф. Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. С. 64.

³ См.: Ярошевич И. А. Гражданско-правовое регулирование договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 13.

⁴ См.: Мулявин М. К. Соглашение о разделе продукции: гражданско-правовые признаки и правовые основы заключения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2007. С. 8. 12-13.

можно выделить общепринятые в Гражданском кодексе виды гражданско-правового договора (консенсуальный и реальный, возмездный и безвозмездный, основной и предварительный, свободный и обязательный, публичный и др.)¹.

§ 2. Особенности порядка заключения предпринимательского договора

Порядок заключения договора есть процедура оформления и согласования воли участников договорных отношений. Современное гражданское законодательство (в силу известных причин) не содержит общих положений (норм), регламентирующих порядок заключения предпринимательского договора. Однако это не означает, что в Гражданском кодексе отсутствуют правила, устанавливающие особенности заключения отдельных видов предпринимательских договоров. Применительно к тем или иным типам и видам гражданско-правовых договоров Кодекс очерчивает круг специфических вопросов, связанных с заключением договоров в сфере предпринимательства (например, договора поставки).

Общие положения о порядке заключения договора содержатся в гл. 28 ГК, их необходимо использовать с учетом действия актов предпринимательского законодательства, а также применения судебной и хозяйственной практики.

Договор считается заключенным при соблюдении двух условий: а) сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора; б) достигнутое сторонами соглашение по своей форме соответствует требованиям, предъявляемым к договорам такого рода (ст. 432 ГК).

Договор заключается посредством направления оферты, т. е. предложения заключить договор одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. По общему правилу (ст. 433 ГК РФ) договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта². В тех случаях, когда в соответствии с законом для заключения договора необходимо также передать имущество, такой договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (ст. 224 ГК). В свою очередь, договор, подлежащий государственной реги-

¹ Именно в этом направлении сосредоточил исследование вопроса о классификации предпринимательского договора С. С. Занковский (см.: Занковский С. С. Предпринимательские договоры. С. 24–43).

² По своей правовой природе оферта и акцепт представляют собой односторонние сделки, в то время как заключаемый договор не является суммой оферты и акцепта, а есть самостоятельный юридический факт (см.: Драчев Е. В. Теоретические и практические проблемы заключения гражданско-правового договора по законодательству Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 8 и др.).

страции, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом.

Наряду с общим порядком заключения договора в литературе (на основе анализа положений Гражданского кодекса) выделяют другие способы заключения договоров в сфере предпринимательства: заключение договора в обязательном порядке; заключение договора путем присоединения; заключение договора на торгах¹. *Во-первых*, надо согласиться с необходимостью проводить разграничения понятий «порядок заключения договора» и «способ заключения договора». Порядок заключения договора есть процедура, состоящая из двух стадий: оферты и акцепта. Способ заключения указывает на то, каким образом договор подлежит заключению. *Во-вторых*, как общий, так и специальные способы заключения договора предусмотрены Гражданским кодексом безотносительно к тем или иным типам или видам заключаемых гражданско-правовых договоров. Другой вопрос, что специальные способы нацелены на заключение предпринимательского договора. Например, в силу п. 1 ст. 426 ГК *публичным договором* признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанность по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т. п.). При этом не все заключаемые публичные договоры можно однозначно отнести к разряду предпринимательских. Как отмечалось при характеристике предпринимательского договора, обязательное требование — наличие специального субъектного состава. Если на стороне покупателя, скажем, выступает физическое лицо без статуса индивидуального предпринимателя, такой договор нельзя признать предпринимательским.

Равным образом это относится и к договору присоединения. Статья 426 ГК под *договором присоединения* признает договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Более подробно остановимся на анализе норм Гражданского кодекса, которые посвящены заключению договора в обязательном порядке (ст. 445 ГК), и на торгах (ст. 447 ГК).

Итак, *правило о заключении договора в обязательном порядке* сформулировано в ст. 445 ГК. В нем идет речь о двух ситуациях

¹ См.: Коммерческое право: Учебник / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. С. 203–204 (автор главы 5 — Макарова О. А.).

когда обязанная сторона выступает в роли: а) акцептанта, т. е. лица, получившего предложение заключить договор; или б) оферента, когда сама (сторона) направляет контрагенту предложение о его заключении. Однако в любом случае правом обратиться в суд о разногласиях по отдельным условиям договора, а также о понуждении заключить договор обладает лицо, которое вступает в договорные отношения со стороной, обязанной заключить договор. Данная норма содержится в п. 4 т. 445 ГК.

Заключение договора в обязательном порядке — наглядный пример ограничения принципа свободы договора. В литературе принято деление договоров на свободные и обязательные¹. *Свободные* — это такие договоры, заключение которых всецело зависит от усмотрения сторон. Заключение же *обязательных договоров* является обязательным для одной или обеих сторон. Среди обязательных договоров особое значение имеют так называемые публичные договоры (ст. 426 ГК).

К числу обязательных договоров следует отнести и *основной договор*, подлежащий обязательному заключению на основании предварительного договора (ст. 429 ГК).

Как отмечалось выше, публичные договоры нельзя смешивать с публично-правовыми (административными) договорами. Элемент «публичности» в публичном договоре означает нечто иное, как учет в нем (договоре) публичного интереса государства, субъектов Федерации. Это выражается в следующем:

а) коммерческой организации запрещается отказываться от заключения договора;

б) коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора (за исключением случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами);

в) в случае отказа от заключения договора потребителю предоставляется возможность обязать коммерческую организацию заключить с ним договор при помощи суда;

г) условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным ст. 426 ГК, ничтожны;

д) Правительство РФ может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т. п.).

В рамках рассматриваемого вопроса о предпринимательском договоре надо отметить, что далеко не всегда публичный договор является предпринимательским. Одним из основных признаков публичных договоров, использованных в ст. 426 ГК РФ, служит

¹ См.: Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 598-601.

его строго ограниченный субъектный состав: потребитель и коммерческая организация.

Статья 426 ГК прямо называет коммерческую организацию в качестве участника публичного договора. В связи с этим М. И. Брагинский пишет: «Однако применительно к ст. 426 ГК приведенное понятие «коммерческая организация» охватывает также предпринимательскую деятельность граждан¹. Такой вывод подкрепляется ссылкой на п. 3 ст. 23 ГК, в соответствии с которым к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, применяются правила Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения.

Надо согласиться с М. И. Брагинским в том, что таких правовых актов, о которых идет речь в п. 3 ст. 23 ГК, нет. Что касается существа правоотношений, то оно требует распространения правил о публичном договоре на индивидуальных предпринимателей. В противном случае данная норма оказалась бы блокированной по причине отсутствия в законе прямого указания на индивидуальную предпринимательскую деятельность.

Правовой режим субъектов предпринимательства независимо от формы предпринимательской деятельности (коллективная или индивидуальная) обладает общими чертами. Эти универсальные признаки проявляются на разных этапах предпринимательского процесса.

Обязательное заключение договора в рамках ст. 445 ГК допускается в случаях, предусмотренных специальными законами. Так, Закон о монополиях устанавливает общее правило (ст. 8), в соответствии с которым субъекты естественных монополий не вправе отказываться от заключения договора с отдельными потребителями на производство (реализацию) товаров, в отношении которых применяется регулирование в силу данного Закона, при наличии у субъекта естественной монополии возможности произвести (реализовать) такие товары.

Закон о защите конкуренции (п. 1 ст. 23 ГК) уполномочивает антимонопольный орган давать хозяйствующим субъектам обязательное для исполнения предписание о заключении (об изменении условий договоров или о расторжении) договора с другим хозяйствующим субъектом при наличии и соблюдении условий, предусмотренных в настоящей статье.

Итак, договоры, заключаемые естественными монополиями, относятся к категории публичных. Такого рода договоры содержат

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 205.

все признаки, необходимые для их квалификации в качестве публичных договоров.

Другое дело: случай применения ст. 23 Закона о защите конкуренции. Здесь далеко не всегда имеет место заключение публичного договора. Уполномоченный орган вправе давать хозяйствующим субъектам указания на обязательное заключение договора не только по причине *публичного характера договора*. Так, злоупотребление монопольным положением на товарном рынке со стороны предприятия-монополиста может привести к установленным Законом правовым последствиям. В частности, антимонопольный орган вправе давать хозяйствующим субъектам соответствующие указания на обязательное заключение договора.

Рассматриваемый случай можно привести в качестве примера заключения обязательного договора.

Заключение договоров поставки товаров для государственных нужд — следующий пример. Правовое регулирование этих договоров осуществляется нормами § 4 гл. 30 ГК и специальных законов, которые применяются в части, не противоречащей Гражданскому кодексу¹.

Гражданское законодательство проводит разграничение между понятиями «государственный контракт на поставку товаров для государственных нужд» (ст. 526 ГК) и «договор поставки товаров для государственных нужд» (ст. 525, 529 ГК). Однако в силу п. 2 ст. 525 ГК государственные контракты и договоры поставки товаров для государственных нужд являются разновидностью договоров поставки, а потому к ним применимы и соответствующие нормы (§ 3 гл. 30 ГК). Кроме того, указанные договоры порождают обязательства по возмездному отчуждению имущества, т. е. охватываются общим понятием купли-продажи. Тем самым в части, не урегулированной специальным законодательством, к ним могут применяться общие положения § 1 гл. 30 ГК о купле-продаже². Это краткое предисловие о сущности данной проблемы.

В соответствии со ст. 526 ГК по *государственному контракту* на поставку товаров для государственных нужд поставщик (ис-

¹ См.: Федеральные законы от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»; от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве»; от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе»; от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд». Первоначальный текст документа опубликован: СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 3; 1997. № 12. Ст. 1381; 1998. № 7. Ст. 798; 2001. № 353. Ст. 2302; 1996. № 1. Ст. 6; 1999. № 19. Ст. 2302; 1994. № 32. Ст. 3303. Далее — Закон о поставках, Закон о материальном резерве, Закон об оборонном заказе, Закон о закупках.

² См.: Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2002. С. 74-75.

полнитель) обязуется передать товары государственному заказчику либо по его указанию иному лицу, а государственный заказчик обязуется обеспечить оплату поставленных товаров. Несмотря на то что в Гражданском кодексе имеется прямое указание на принадлежность государственного контракта к договору поставки, тем не менее в литературе вопрос о юридической природе государственного контракта вызывает разночтение среди ученых.

По мнению И. В. Елисеева, «государственный контракт является особым типом гражданско-правового договора, стоящим в одном ряду с предварительными и публичными договорами. Поэтому его следовало бы урегулировать в части первой ГК в качестве контракта на обеспечение государственных нужд независимо от характера этих нужд, равно как и независимо от того, в какой сфере хозяйственной деятельности он подлежит заключению»¹. Одним словом, государственный контракт есть особый тип гражданско-правового договора со всеми последствиями.

О. Н. Колесник считает, что особенности государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд дают основания для рассмотрения его в качестве особого вида гражданско-правового договора, правовой режим которого характеризуется наличием публично-правовых элементов (нормативная база, предмет, состав участников, цели, особенности порядка заключения, исполнения контракта и ответственности сторон)². Как видим, государственный контракт уже рассматривается в качестве особого вида гражданско-правового договора.

Некоторые представители науки административного права рассматривают государственный контракт как разновидность административного договора, без какой-либо примеси гражданского права³.

Распространена точка зрения, согласно которой государственные контракты как правовые формы реализации государственных заказов сочетают в себе элементы административно-правового и гражданско-правового договоров⁴. Здесь (по понятным причинам) на передний план выходит административный аспект.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). М., 2003. С. 107.

² См.: Колесник О. Н. Государственный контракт на поставку продукции для федеральных нужд в Федеральной пограничной службе Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 8—9.

³ См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. С. 341; Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. С. 184.

⁴ См.: Алехин А. П., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации. Учебник. Часть 1. Сущность и основные институты административного права. М., 1994. С. 68; Демин А. В. Административные договоры. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1996. С. 20.

Высший Арбитражный Суд РФ не остался в стороне от затронутой темы и в своем информационном письме заметил, что «указанные договоры не следует рассматривать в качестве обычных предпринимательских договоров. Поэтому при рассмотрении споров нужно учитывать особенности этих отношений»¹. Суд прямо называет государственный контракт предпринимательским договором, хотя при этом не указывает на принадлежность контракта к определенному договорному типу (виду). Тем самым Суд оставил простор для ученых в поисках научной истины и определения юридической природы государственного контракта.

Л. И. Шевченко, в диссертации «Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики» 2001 г. делает следующий вывод: «Государственный контракт не является обычным гражданско-правовым, предпринимательским договором. Выявленные особенности, характерные для государственного контракта, позволяют рассматривать его как гражданско-правовой договор, включающий в себя отдельные элементы административно-правовые (публичные). Таким образом, основной упор сделан на гражданско-правовую природу государственного контракта, но с публичными элементами.

На наш взгляд, *государственный контракт* есть в первую очередь административный договор, обеспечивающий федеральные и иные публичные интересы. Однако в нем (контракте) гармонично переплетаются элементы двух начал: публичного и частного права.

Такая трактовка государственного контракта не вписывается в лоно Гражданского кодекса. Не случайно в Хозяйственном кодексе Украины гл. 20 посвящена хозяйственным договорам, а в ст. 183 специально выделены особенности заключения хозяйственных договоров по государственному заказу. Логика Хозяйственного кодекса позволяет рассматривать государственный контракт в качестве хозяйственного договора.

В Российской Федерации данный вопрос решается иначе, в русле цивилистической доктрины. Гражданский кодекс практически дает однозначный ответ: государственный контракт есть разновидность договора поставки.

Заключение государственных контрактов на поставку товаров для государственных нужд осуществляется по правилам и специальных законов.

Во-первых, заключение контрактов входит в функциональные обязанности (компетенцию) государственных заказчиков, являю-

¹ См.: Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 августа 1994 г. № С1-оп-587 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебной-арбитражной практике» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1994. № 11. С. 67.

щихся прежде всего федеральными органами исполнительной власти. Поэтому для государственного заказчика, разместившего заказ, принятый поставщиком (исполнителем), заключение государственного контракта обязательно (п. 1 ст. 527 ГК).

Во-вторых, заключению государственного контракта предшествует подготовительная (предварительная) стадия, на которой государственный заказчик осуществляет квалифицированный отбор хозяйствующих субъектов — потенциальных поставщиков для участия в торгах (конкурсе), а затем организует конкурсные процедуры по выявлению победителей, чья продукция в большей степени соответствует общественным потребностям, с кем и заключаются государственные контракты.

Государственный заказчик — сторона, которая направляет поставщику (исполнителю) предложение о заключении государственного контракта. Поставщик вправе принять (акцептовать) такое предложение. И только в этом случае, повторим, заключение контракта является обязательным для государственного заказчика. Итак, вначале следует стадия размещения заказа, затем — стадия его принятия поставщиком и лишь потом появляется обязанность поставщика заключить государственный контракт.

В рассматриваемой ситуации государственный контракт становится договором, заключаемым в обязательном порядке (ст. 445 ГК).

Что касается поставщика (исполнителя), то в силу п. 2 ст. 527 ГК заключение государственного контракта является обязательным лишь в случаях, установленных законом, и при условии, что государственным заказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены поставщику (исполнителю) в связи с выполнением государственного контракта. К числу таких поставщиков относятся:

а) лица, занимающие доминирующее положение на рынке соответствующих товаров (абз. 1 п. 2 ст. 5 Закона о поставках);

б) казенные предприятия, для которых Правительством РФ введен режим обязательного заключения государственных контрактов (п. 7 ст. 3 Закона о поставках); государственные унитарные предприятия — в отношении размещения оборонного заказа (п. 3 ст. 3 Закона об оборонном заказе); предприятия, в объеме производства которых государственный оборонный заказ превышает 70% — в отношении материальных ценностей в государственный резерв (п. 4 ст. 9 Закона о материальном резерве)¹.

Следовательно, в указанных выше случаях принятие государственного заказа обязательно для поставщиков, если государст-

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). М., 2003. С. 110.

венный заказ обеспечивает необходимый уровень рентабельности производства товаров. Это важное условие принятия заказа.

В отношении договора поставки товаров для государственных нужд следует обратить внимание на несколько моментов. Прежде всего указанный договор заключается между поставщиком, который принял государственный заказ, и покупателем. В соответствии с п. 1 ст. 529 конкретный покупатель может быть указан в государственном контракте. В этом случае государственный заказчик выдает поставщику извещение о прикреплении к нему другого покупателя либо направляет отгрузочную разнарядку с указанием получателя товаров (п. 2. ст. 529).

С рассматриваемой точки зрения договор поставки товаров для государственных нужд относится к разряду предпринимательских договоров. Но вряд ли его следует признавать договором, заключаемым в обязательном порядке. Более того, покупатель вправе полностью или частично отказаться от заключения такого договора без каких-либо мотивов (ст. 530 ГК). Напротив, если покупатель согласен на заключение договора поставки товаров на условиях, содержащихся в извещении о прикреплении покупателя к поставщику и проекте договора, то поставщик обязан заключить договор. При уклонении поставщика от заключения договора поставки товаров для государственных нужд покупатель имеет право обратиться в суд с требованием о понуждении поставщика заключить его (договор) на условиях проекта договора.

Заключению договора на торгах посвящены ст. 447—449 ГК. Торги представляет собой один из способов заключения договора в условия рыночной экономики. Однако в специальной литературе можно встретить и иное определение торгов¹. Данный вопрос приобрел особое значение в сфере биржевой деятельности.

Торги — форма торговли (состязательная форма закупки), при которой покупатель объявляет конкурс для продавцов с определенными технико-экономическими характеристиками². Обращает на себя внимание то, что торги есть форма торговли; причем состязательная форма закупки.

Но с точки зрения гражданского законодательства (п. 4 ст. 447 ГК) торги проводятся в форме аукциона или конкурса. Поэтому вряд ли корректно в определении торгов ограничиваться лишь одной формой — конкурсом. Различие между аукционом и конкурсом заключается в следующем. На аукционе лицо признается выигравшим торги, если оно (лицо) предложило наиболее

¹ См.: Сахабутдинова Д. Н. Торги как субинститут договорного права и юридическая процедура. Казань, 2007; Волков К. Н. Торги как способ заключения договора. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

² См.: Беляков А. З. Правовые и экономические основы биржевой торговли и брокерской деятельности. М., 1992. С. 191.

высокую цену. В свою очередь, на конкурсе побеждает лицо, которое по заключению конкурсной комиссии предложило лучшие условия. Выбор формы торгов определяется собственником продаваемой вещи или обладателем реализуемого имущественного права, т. е. организатором торгов (ст. 447 ГК).

Рассмотрим некоторые спорные вопросы торгов на примере проведения конкурса. Конкурс представляет собой совокупность гражданско-правовых сделок. Конкурсное правоотношение проходит несколько стадий:

а) объявление конкурса (направление извещения о проведении конкурса);

б) предложения лиц, изъявивших желание участвовать в конкурсе (оферты);

в) сравнительная оценка предложений;

г) принятие оценочного решения (акцепт по одной из поступивших оферт), заключение договора. Каждая стадия конкурса порождает для его участников соответствующие права и обязанности. Надо согласиться с точкой зрения, что *конкурс представляет собой сложный юридический состав*, который может включать в себя два и более юридических факта¹. В связи с этим прав М. И. Брагинский, утверждая, что «юридический состав в одних случаях действительно состоит из двух юридических фактов. Однако при определенных случаях их может оказаться более»². Но во всех случаях юридическим фактом является договор.

Коротко проанализируем стадии конкурсных правоотношений (права и обязанности организатора, а также участников конкурса).

1. Извещение о проведении конкурса. В литературе встречается несколько точек зрения на юридическую природу извещения о проведении конкурса.

Первая — извещение является офертой. Пункт 1 ст. 435 ГК устанавливает два основных требования к оферте: она должна быть адресована двум или нескольким конкретным лицам, а также содержать существенные условия договора. Первый признак присущ извещению как при закрытых торгах (конкретными адресатами являются все приглашенные — абз. 2 п. 1 ст. 448 ГК), так и при открытых (адресность выражается в подтверждении извещением воли организатора заключить договор с любым и каждым, что характерно для публичной оферты). Требования к содержанию оферты и извещения принципиально различаются.

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 182; Гражданское право. Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 2002. С. 612.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 182.

Согласно п. 2 ст. 448 ГК извещение о проведении конкурса должно содержать сведения:

о времени, месте, форме торгов;
предмете (существо задания);

порядке проведения (в том числе об оформлении участия в конкурсе — место, срок и процедура представления предложений участников и др.);

порядке определения лица, выигравшего конкурс (критерии и порядок оценки предложений участников конкурса, порядок и сроки объявления результатов конкурса и др.).

Если предметом конкурса является право на заключение договора, то в извещении должен быть указан предоставляемый для этого срок.

Извещение может содержать и другие (необязательные) условия конкурса, которые специально не названы в п. 2 ст. 448 ГК (определяются свободным усмотрением самого организатора конкурса; количество и характер подобных условий зависят от особенностей конкурса). Необязательные условия могут касаться: порядка представления работы под девизом, когда имя автора сохраняется в тайне до оценки его работы, или за подписью автора; количества экземпляров, предоставляемых на конкурс работ; необходимости и срока предварительного представления проспекта работ и т. д. Однако вопрос о наличии в извещении *существенных условий договора* остается открытым. Указание на предмет договора в извещении, несомненно, имеется. Кроме цены в извещении о проведении конкурса могут указываться и иные условия.

М. И. Брагинский отмечает: «Заведомо известно, то и другое составляют существенные условия договора, заключенного в результате торгов, и должны содержаться в предложении, исходящем именно от участника. Следовательно, извещение по самой своей сущности не может считаться офертой по отношению к договору, который предполагают заключить»¹. Нетрудно обнаружить, что указанные в извещении условия (даже о предмете) в договор, который предстоит заключить, не войдут, потому офертой извещение не является.

Вторая точка зрения — извещение о проведении конкурса является приглашением делать оферты. Подобное мнение высказал И. Б. Новицкий, сопоставив два возможных решения вопроса о природе объявления о предстоящих публичных торгах: «организация публичного торга представляет собой не предложение договора, а лишь приглашение делать предложение: должностное лицо... может или принять наиболее подходящее предложение, или

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 182.

прекратить торг, не приняв ни одного предложения, если ни одно из них не достигнет определенного лимита»¹.

Извещение о проведении торгов не является офертой, но его нельзя относить к простому приглашению делать оферты. В правильности такого утверждения убеждает п. 3 ст. 448 ГК, в котором установлена ответственность за отказ от проведения конкурса. При отсутствии иного в законе или в извещении организатор вправе отказаться от открытого конкурса не позднее чем за 30 дней до даты проведения. В противном случае на нем лежит обязанность возместить участникам реальный ущерб. При отказе от проведения закрытого конкурса, когда бы такой отказ ни поступил, организатор обязан возместить реальный ущерб приглашенным участникам торгов (норма носит императивный характер). Конструкция извещения в качестве приглашения делать оферту исключает наступление подобной ответственности.

Третья точка зрения — извещение о проведении конкурса является односторонней сделкой² — представляется наиболее обоснованной. Согласно п. 2 ст. 154 ГК односторонней считается сделка, для совершения которой необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (в данном случае организатора конкурса). Направление извещения о проведении конкурса, как любая односторонняя сделка, влечет соответствующие юридические последствия:

между организатором конкурса и лицом, получившим соответствующее извещение, возникает обязательственное правоотношение, в силу которого организатор конкурса обязуется его провести в указанный в извещении срок и на предусмотренных в нем условиях, определить выигравшего, подписать протокол. При этом обязательство по проведению конкурса подкрепляется мерами ответственности на случай отказа от его проведения (п. 3 ст. 448 ГК). Следует отметить, что указанную ответственность несет именно организатор конкурса (даже в том случае, когда от проведения конкурса отказался его заказчик);

поскольку извещение о проведении конкурса — сделка односторонняя, оно не влечет у адресата (лица, получившего такое извещение) возникновения каких-либо обязанностей, но влечет возникновение права на участие в конкурсе. Такое лицо вправе требовать от организатора торгов принятия и рассмотрения своего предложения.

2. Предложения лиц, изъявивших желание участвовать в конкурсе (оферты). Предложение, сделанное лицом, изъявляющим та-

¹ Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 153.

² См.: Гражданское право. Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 611.

ким образом желание участвовать в конкурсе, в любом случае не может считаться односторонней сделкой (как полагают некоторые ученые) — в каком бы виде оно ни было бы представлено на рассмотрение. Подобное предложение должно рассматриваться, на наш взгляд, как оферта, поскольку отвечает признакам именно оферты (адресовано конкретным лицам, содержит существенные условия договора), а потому здесь применимы общие правила ст. 435, 436 ГК. Согласно п. 1 ст. 435 ГК офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Оферта не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта (если иное не оговорено в самой оферте либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано). Оферта связывает направившее ее лицо с момента получения адресатом (организатором конкурса), потому не может быть отозвана во время проведения конкурса, за исключением случаев, указанных в ст. 436 ГК. Она может быть обеспечена банковской гарантией (в частности, на тот случай, если все же будет отозвана до истечения срока). При поступлении извещения об отзыве оферты ранее или одновременно с самой офертой последняя считается неполученной.

В соответствии с п. 4 ст. 448 ГК участники торгов вносят задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении конкурса. Задаток обеспечивает обязательство заключить договор в случае, если конкурс будет выигран. Обязательства участника (на возникновение которых и направлен конкурс) на данной стадии носят условный характер (условием их возникновения является победа в конкурсе). Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Кроме того, задаток также возвращается участникам, не выигравшим конкурс. Сумма задатка лица, выигравшего торги, засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору.

3. Сравнительная оценка предложений. Для конкурсов характерна состязательность (участники конкурируют за право заключить договор, организатор стремится выбрать наиболее выгодные предложения, отвечающие условиям торгов). Конкурс используется для выбора поставщиков, исполнителей или специалистов из числа лиц, удовлетворяющих определенным квалификационным требованиям. В числе таких требований порядок проведения конкурса предусматривает по общему правилу наличие у участников необходимых возможностей (финансовых средств, оборудования, трудовых ресурсов, профессиональных навыков, необходимого опыта и др.). Согласно п. 4 ст. 447 ГК выигравшим торги по конкурсу считается лицо, которое по заключению конкурсной ко-

миссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия. Как отмечалось выше, извещение о проведении конкурса должно содержать сведения о порядке определения лица, выигравшего конкурс (критерии и порядок оценки предложений участников конкурса, порядок и сроки объявления результатов конкурса и др.).

Организатор обязан определить победителя конкурса. От имени организатора данную функцию выполняет конкурсная комиссия — *постоянный или временный орган, создаваемый заказчиком или организатором*. Подзаконные нормативные акты, соглашения, заключаемые юридическими лицами между собой, конкретизируют положения Гражданского кодекса в зависимости от предмета торгов. В любом случае порядок определения победителя конкурса должен строиться: на принципах компетентности, объективности и заинтересованности в качественном отборе конкурсной комиссией; заранее установленных критериях оценки и отбора, независимости членов конкурсной комиссии и привлеченных экспертов, их защищенности от давления извне; сохранности коммерческой и иных тайн и др.¹ Отказ от определения победителя конкурса может рассматриваться как отказ от проведения конкурса (с наступлением соответствующих последствий). Решения конкурсной комиссии могут быть обжалованы в суд.

4. Принятие оценочного решения (акцепт по одной из поступивших оферт), переговоры, заключение договора. На наш взгляд, решение, определяющее выигравшее лицо, одновременно представляет собой акцепт оферты победившего в конкурсе участника. Организатор конкурса и победивший участник подписывают протокол о результатах торгов, который имеет силу договора (п. 5 ст. 448 ГК). Их обязательства подписать протокол носят взаимный характер и обеспечиваются суммой задатка. Если лицо, выигравшее конкурс, откажется подписать протокол, оно утрачивает задаток. Организатор конкурса, уклонившийся от подписания протокола, обязан возратить задаток в двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах в части, превышающей сумму задатка.

В Гражданском кодексе особо выделены случаи, когда конкурс объявляется не на заключение договора, а только на право его заключить. Здесь протокол о результатах конкурса приобретает черты предварительного договора. При этом договор между сторонами должен быть подписан в срок, предусмотренный в извещении о проведении конкурса, а при отсутствии такого указания — в течение 20 дней (п. 5 ст. 448 ГК). В случае уклонения

¹ См.: Бобылов Ю. Конкурсы и торги для размещения крупных НИОКР и создания сложных технических систем // Проблемы теории и практики управления. 1998. № 5. С. 113.

одной из сторон от заключения договора другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, причиненных уклонением от его заключения.

Таким образом, *конкурс* как форма торгов представляет собой сложный юридический состав, который образуется двумя и более юридическими фактами, его структура, кроме того, может усложняться за счет совершения ряда вспомогательных действий (переговоров и др. — они не имеют юридического значения). Выводы, сделанные в отношении конкурса, в большей степени распространяются и на аукционы.

§ 3. Особенности изменения и расторжения предпринимательского договора

Общие положения об изменении и расторжении гражданско-правового договора содержатся в гл. 29 ГК. В Кодексе названы основания изменения и расторжения договора (ст. 450, 451), порядок и последствия такого изменения и расторжения (ст. 452, 453).

Изменение договора — это акт (юридический факт), который влечет за собой изменение тех обстоятельств, которые ранее возникли на основании изменяемого договора¹. Поэтому способы и формы изменения договора должны соотноситься с соответствующими нормами об изменении обязательств, включая специальные правила об изменении предпринимательского договора. В свою очередь, *расторжение договора* есть акт, направленный на прекращение действия частично или полностью неисполненного договора, в том числе возникших из него обязательств на будущее время². Главное отличие изменения договора от его расторжения выражается в правовых последствиях. Расторжение договора всегда влечет полное и безусловное прекращение обязательств сторон. При изменении договора обязательства сторон сохраняются в измененном виде.

В соответствии со ст. 450 ГК изменение или расторжение договора возможны:

- 1) по соглашению сторон, если иное не предусмотрено Кодексом, другими законами или договором;
- 2) по решению суда при наличии следующих условий:
 - а) по требованию одной из сторон;
 - б) при существенном нарушении договора другой стороной;

¹ См.: Стребкова О. С. Изменение и расторжение договора в отношениях между коммерческими организациями. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 10.

² См.: Соменков С. А. Расторжение договора по гражданскому законодательству Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 6.

в) в иных случаях, предусмотренных Кодексом, иными законами либо договором;

3) в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон.

Статья 451 ГК предусматривает новое основание для изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

Однако данные основания, условия и порядок изменения или расторжения договора не раскрывают тех особенностей, которые связаны с осуществлением хозяйствующими субъектами предпринимательской деятельности. Искать эти особенности надо в Особой части Гражданского кодекса.

Итак, применительно к поставке товаров обратимся к ст. 523 ГК. В ней речь идет об одностороннем отказе от исполнения договора поставки (полностью или частично) или одностороннем его изменении в случае *существенного нарушения* договора одной из сторон. При этом нарушение договора поставки поставщиком предполагается существенным в случаях:

поставки товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок; неоднократного нарушения сроков поставки товаров.

Существенным нарушением договора поставки покупателем являются: а) неоднократное нарушение сроков оплаты товаров; б) неоднократная невыборка товаров.

Другая особенность связана с исчислением убытков при расторжении договора поставки (ст. 524 ГК). Согласно п. 1 ст. 524 покупатель может предъявить продавцу требование о возмещении убытков в виде *разницы* между установленной в договоре ценой и ценой по совершенной взамен сделке, если в разумный срок после расторжения договора вследствие нарушения обязательства продавцом покупатель купил у другого лица по более высокой, но разумной цене товар взамен предусмотренного договором. Указанная разница есть простой способ исчисления убытков. Такие убытки получили название «абстрактные» в зарубежном законодательстве и литературе. Пункты 2 и 3 ст. 524 ГК содержат правила поведения сторон договора и процедуру исчисления убытков.

При регулировании поставки товаров для государственных и муниципальных нужд Гражданский кодекс устанавливает следующее правило: «В случаях, предусмотренных законом, государственный или муниципальный заказчик вправе полностью или частично отказаться от товаров, поставка которых предусмотрена государственным или муниципальным контрактом, при условии возмещения поставщику убытков, причиненных таким отказом». При причинении таким расторжением или изменением убытков

покупателю возникшие в результате отказа убытки возмещаются государственным или муниципальным заказчиком (ст. 534 ГК).

Некоторые особенности изменения или расторжения договора энергоснабжения закреплены в ст. 546 ГК. Так, в случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо, энергоснабжающая организация вправе отказать от исполнения договора в одностороннем порядке по основаниям, предусмотренным ст. 523 ГК, за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами. В рассматриваемой ситуации говорится об одностороннем отказе от исполнения договора или одностороннем его изменении в случае *существенного нарушения* договора одной из сторон.

Перечень подобного рода случаев изменения или расторжения предпринимательского договора можно продолжить.

§ 4. Исполнение предпринимательского договора: понятие, принципы

Как известно, термин «договор» имеет несколько значений. В частности, договор есть документ, обязательство, средство индивидуального регулирования общественных отношений. В этом смысле можно использовать словосочетание «исполнение предпринимательского договора».

Глава 22 ГК содержит нормы об исполнении обязательств. В то же время Кодекс не дает определение понятия «исполнение обязательств». Статья 309 гласит: «Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями». Анализ содержания данной статьи позволяет ученым сформулировать принцип надлежащего исполнения обязательств. Однако до сих пор в литературе спорным является вопрос об определении понятия «исполнение обязательств».

В. С. Толстой, автор специального исследования, дает следующее определение исполнения обязательства: «Исполнение обязанности в обязательственном правоотношении представляет собой совершение должником действия, которого вправе требовать от него кредитор»¹. Далее ученый задает вопрос: какова природа соответствующих действий? И сам же дает ответ: «Таким образом, во всех случаях действие по исполнению обязанности является сделкой, а следовательно, юридическим актом».

Итак, *исполнение обязательства* есть сделка (совокупность гражданско-правовых сделок).

Ряд ученых отмечают, что исполнение договора выражается не только в совершении тех или иных действий, но в воздержании от совершения действий, которые составляют его предмет¹. В данном случае имеет место пассивное исполнение обязанности.

Иной позиции по этому вопросу придерживается О. А. Красавчиков, по мнению которого исполнение обязательства не является сделкой, поскольку правовые последствия наступают независимо от того, было действие направлено на достижение этих последствий или нет².

Мы присоединяемся к позиции тех ученых, которые рассматривают исполнение обязательства в качестве правомерного волевого действия, направленного на прекращение обязанности должника. Исполнение обязательства (равно исполнение предпринимательского договора) является сделкой (совокупностью гражданско-правовых сделок).

Данный вывод приобретает практическое значение, поскольку к исполнению обязательства применяются общие положения о сделках, в том числе правила об их недействительности (ст. 166—181 ГК).

Принципы надлежащего и реального исполнения обязательств — составная часть теории и практики правового регулирования исполнения обязательств (в нашем случае — исполнения предпринимательского договора). И хотя указанные принципы не получили легальной прописки в ст. 1 ГК, тем не менее они выводятся из содержания отдельных норм Кодекса. Другой вопрос: каково соотношение этих принципов между собой?

В литературе существуют разные точки зрения на указанное соотношение.

Одни ученые рассматривают надлежащее исполнение как более широкую категорию, а реальное исполнение — одно из частных требований. Поэтому принципы надлежащего и реального исполнения обязательств соотносятся между собой как целое и часть.

Для других исследователей надлежащее и реальное исполнение (равно и соответствующие принципы) имеют иное соотношение. Реальное исполнение охватывает надлежащее исполнение обязательств.

Вряд ли можно согласиться с такими подходами к вопросу о соотношении надлежащего и реального исполнения обязательств. По крайней мере нельзя упрощенно рассматривать это соотношение (что больше или меньше). Реальное и надлежащее

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 335.

² См.: Советское гражданское право: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. С. 471.

¹ Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973. С. 22.

исполнение — разноплановые явления; они могут пересекаться между собой. Но при этом отсутствует какая-либо возможность соотношения их как части и целого (либо наоборот). Прав М. И. Брагинский, утверждая, что сущность реального исполнения заключается в совершении определенного действия, а надлежащего исполнения — в качественной характеристике действия (бездействия)¹. Правда, здесь возникает вопрос: о каких действиях идет речь в отношении реального исполнения?

Считаем, что *реальное исполнение* означает совершение обязанным лицом реальных действий по исполнению договора. Эти действия не сводятся только к обязанности исполнить обязательство в полном соответствии с условиями договора о предмете. Реальное исполнение предполагает также совершение должником других действий, как то: отгрузка продукции, оплата ее покупателем и др.

В свою очередь, *надлежащее исполнение обязательства* есть количественная и качественная характеристика совершаемых должником действий. Надлежащее исполнение включает в себя следующие элементы: а) исполнение обязательства надлежащему лицу и надлежащим лицом; б) исполнение надлежащим предметом; в) исполнение в надлежащем месте; г) исполнение в надлежащий срок.

Например, поставщик обязан передать покупателю оговоренный в договоре товар, т. е. совершить определенные действия. Именно в этом проявляются свойства принципа реального исполнения обязательства. Однако с точки зрения надлежащего исполнения поставляемый товар должен отвечать определенным количественным и качественным показателям. В противном случае можно говорить о поставке товара ненадлежащего качества. Другой пример: покупатель обязан оплатить за проданный товар; иначе говоря, реально совершить конкретные действия. С позиции же надлежащего исполнения обязательства такая оплата должна быть совершена в определенной сумме, в определенной форме расчетов и в определенный срок. Перечень примеров можно продолжить.

В отечественной литературе утвердилось мнение, согласно которому принцип реального исполнения обязательства сводится к следующему положению. Денежная компенсация не может заменить реального исполнения должником своих договорных обязательств. В практическом плане это означает обязанность участников экономических отношений исполнять обязательство в полном соответствии с условиями договора о предмете. Причем уплата неустойки (штрафа, пени) или возмещение убытков не ос-

вобождают стороны от исполнения обязательства в натуре, кроме случаев, предусмотренных законодательством или договором.

По нашему мнению, требование об исполнении обязательства в натуре есть одно из проявлений принципа реального исполнения. Но едва ли можно ставить знак равенства между ними. Так, указанное требование есть процессуальная форма обращения лица за защитой своих нарушенных прав. Присуждение к исполнению обязанности в натуре — один из способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК).

Всфере предпринимательства имеет ряд особенностей исполнения обязательств. Так, исполнение обязательства с множественностью лиц по общему правилу является солидарным, если законом или договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 322 ГК). Действительно, солидарный порядок исполнения в большей степени соответствует природе предпринимательства, нежели долевое исполнение обязательства¹. В соответствии с п. 1 ст. 323 ГК при солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, причем как полностью, так и в части долга. Солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью (п. 2 ст. 323 ГК).

Другая особенность исполнения обязательств в области предпринимательских отношений *связана со сроком исполнения.* Статья 314 ГК устанавливает общие правила о сроке исполнения обязательств, а ст. 315 регламентирует досрочное исполнение обязательств. Кодекс дифференцирует режим досрочного исполнения обязательств с учетом наличия или отсутствия предпринимательской деятельности. Так, досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, когда возможность исполнить обязательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства. Иначе говоря, в предпринимательской сфере досрочное исполнение обязательств не является, с точки зрения Гражданского кодекса, общим правилом поведения сторон — участников договорных отношений. Более того, досрочное исполнение обязательств должником далеко не всегда приносит выгоду кредитору. Напротив, в большинстве случаев кредитор лишается определенных материальных благ, таких, например, как проценты за пользование кредитом, арендная плата. Поэтому, если должник досрочно исполнит обязательства и тем самым нарушит требования закона, он должен возместить кредитору понесенные им убытки.

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 335—336.

¹ См.: Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. С. 197.

Положения Гражданского кодекса о месте исполнения обязательств также отражают характер и специфику предпринимательства. Так, исполнение обязательств предпринимателя передать товар или иное имущество должно быть произведено в месте изготовления или хранения имущества, если это место было известно кредитору в момент возникновения обязательств.

Специфика исполнения предпринимательского договора дает о себе знать на стадиях исполнения конкретных договоров. Например, при поставке товаров Гражданский кодекс устанавливает правила: о периодах такой поставки (ст. 508), доставке товаров (ст. 510), восполнении недоставки товаров (ст. 511), принятии товаров покупателем (ст. 513). Статья 528 регламентирует порядок одностороннего отказа от исполнения договора поставки. В частности, односторонний отказ от исполнения договора поставки (полностью или частично) допускается в случае существенного нарушения договора одной из сторон (абз. 4 п. 2 ст. 450 ГК).

Отдельная статья Гражданского кодекса (ст. 531) посвящена исполнению государственного контракта. В тех случаях, когда в соответствии с условиями государственного контракта поставка товаров осуществляется непосредственно государственному заказчику или по его указанию (отгрузочной разрядке) другому лицу (получателю), отношения сторон по исполнению государственного контракта регулируются по правилам ст. 506—523 ГК. При поставке товаров получателям, указанным в отгрузочной разрядке, оплата товаров производится государственным заказчиком, если иной порядок расчетов не предусмотрен государственным контрактом.

Таким образом, *исполнение предпринимательского договора* имеет свою специфику, которая получила закрепление как в общих нормах (правилах), так и специальных. Причем не всегда Кодекс, иные федеральные законы отдельно выделяют положения об исполнении обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Наглядный пример — правила Гражданского кодекса о перемене лиц в обязательстве.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие, виды и основания для применения ответственности

Юридическая ответственность — одна из правовых форм государственного принуждения, обеспечивающего правовую систему общества¹. Это всегда отрицательная реакция государства на противоправные действия (бездействие) правонарушителя. Указанная реакция выражается в лишениях, предусмотренных санкцией юридических норм².

Спорными среди ученых-юристов являются вопросы о соотношении таких понятий, как «санкция», «государственное принуждение», «юридическая ответственность». Нет единства взглядов в конструкции правонарушения как основания юридической ответственности, а также по поводу классификации правовых санкций (юридической ответственности)³.

В реальной действительности структура правовых норм неодинакова, и ее нельзя подогнать под какую-либо умозрительную схему. Нормы, смоделированные по типу «гипотеза — диспозиция — санкция», можно обнаружить преимущественно в уголовном и административном законодательстве, а не только в законодательных памятниках Запада и России раннебуржуазного периода⁴. Большая группа норм включает два элемента: гипотезу и диспозицию (санкцию). В свою очередь, встречаются одночленные нормы: нормы-диспозиции, нормы-санкции. Но в любом случае диспозиция, с одной стороны, и санкция — с другой, — самостоятельные нормы в правовой структуре. Диспозиция является нормой регулятивной, санкция — охранительной. Структура правовой нормы (трех-, двух-, одночленная) определяется путем анализа правовых предписаний, а также выявления их связи с другими нормами.

¹ См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник М., 2000. С. 468; Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник. С. 444.

² См.: Теория государства и права: Учебник/Отв. ред. В. Д. Перевалов. С. 266.

³ См.: Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственность (социологический и юридический аспекты). Д., 1983; Малеев Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985.

⁴ См.: Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. С. 186—187.

Санкции содержатся и в нормах действующего законодательства, и в договорах. В связи с этим нелогично рассматривать санкцию как часть юридической нормы, когда речь идет о договоре¹. Договорные санкции, не предусмотренные законодательством, не вписываются в учение о построении правовых норм. Этот серьезный факт не следует игнорировать при разработке теории о структуре юридической нормы.

В нашем понимании, санкция есть *правовое средство*, указывающее на неблагоприятные (имущественные, организационные) последствия для субъектов предпринимательской деятельности в случае совершения ими правонарушения посредством применения предусмотренных законодательством и (или) договором правовых охранительных мер.

Механизм реализации санкции предполагает принудительное обеспечение исполнения юридических норм и договоров. Причем такое обеспечение осуществляется в различных формах. Например, принудительный характер санкции сохраняется и в случаях, когда предприятие-должник добровольно исполняет свою обязанность перед кредитором в части неустойки, возмещения убытков и т. д., без вмешательства каких-либо юрисдикционных органов. Представляется недопустимым смешение понятий «принудительность» и «обязательность», хотя и близких по содержанию, но имеющих существенное различие. Так, принцип обязательности применения имущественных санкций указывает на необходимость (обязательность) предприятия-кредитора применять санкции при несоблюдении должником договорных обязательств.

Итак, *юридическая ответственность* — применение к правонарушителю мер государственного принуждения, выражающихся для него в лишениях (обременениях), предусмотренных санкцией юридических норм или заключенного договора. С нашей точки зрения, категории «санкция» и «юридическая ответственность» — не синонимы². Понятие «санкция» шире понятия «меры ответственности» и включает также меры защиты. Меры ответственности характеризуются лишением правонарушителя прав без получения каких-либо выгод и компенсаций. Например, гражданско-право-

¹ По мнению Н. В. Кузнецова, возложение мер гражданско-правовой ответственности, не предусмотренных законом, противоречит действующему гражданскому законодательству, а также традициям отечественной цивилистики (см.: Кузнецов И. В. Меры гражданско-правовой ответственности. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 5, 11). Весьма любопытное утверждение! Выходит, что в договоре стороны не могут установить меры гражданско-правовой ответственности.

² Обзор точек зрения о взаимосвязи ответственности и санкции см.: Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1973. С. 5—15.

вая ответственность связана с возложением на нарушителя неблагоприятных имущественных обязанностей, ущемляющих его права и интересы в определенных законодательством или договором объемах¹.

В сфере предпринимательской деятельности применяются все известные законодательству отраслевые виды юридической ответственности: административная, гражданско-правовая, материальная, уголовная и др. Причем применение одного вида ответственности не исключает применение другого, т. е. возможно их параллельное применение.

Каждый вид юридической ответственности обладает как общими, так и специальными признаками. Так, для гражданско-правовой ответственности свойственны прежде всего компенсационная направленность и имущественный характер соответствующих мер.

Компенсационная направленность является основной функцией гражданско-правовой ответственности, что вытекает из эквивалентно-возмездного характера гражданско-правовой ответственности².

Во-первых, с экономико-правовых позиций меры ответственности должны обеспечить охрану отношений, регулируемых основными нормами гражданского права. Нарушение этих регулятивных норм серьезно ущемляет экономические интересы кредитора. Обеспечение восстановления нарушенных прав предприятия-кредитора путем компенсации нанесенных ему убытков — непосредственная цель мер гражданско-правовой ответственности. В этом плане справедливо утверждение А. А. Собчака, отмечающего, что гражданско-правовые меры ответственности прямо не преследуют цели осуждения и наказания правонарушителей. Воспитательное воздействие на нарушителей обязательств, по мнению автора, выражается косвенно, через выполнение компенсационной функции³.

Во-вторых, одно дело уголовная, административная и дисциплинарная ответственность, другое — гражданско-правовая. Если для первых основное содержание заключается в наказании нарушителя, в возложении на него обязанности претерпевать определенные лишения, то для второй это не является целью. Меры гражданско-правовой ответственности призваны обеспечивать нормальные условия деятельности участников экономических от-

¹ См.: Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер: Учебное пособие. Свердловск, 1980. С. 62.

² См.: Белых В. С. Гражданско-правовое обеспечение качества продукции, работ и услуг. Сб. науч. тр. / Отв. ред. и сост. О. А. Герасимов. С. 164.

³ См.: Собчак А. А. О спорных вопросах общей теории правовой ответственности // Правоведение. 1968. № 1. С. 50.

ношений (гражданского оборота), не нарушающих своих обязательств, за счет возложения обязанности возместить им ущерб.

Авторы, упускающие эти различия, по справедливому высказыванию С. Н. Братуся, распространяют карательный характер уголовной ответственности на гражданско-правовые отношения. Образно говоря, они «криминализируют» гражданско-правовую ответственность, стараясь найти в ней те черты, которые присущи уголовному праву и примыкающему к нему административному праву¹.

Среди многочисленных точек зрения на сущность гражданско-правовой ответственности наиболее привлекательным является мнение В. И. Кофмана о том, что *гражданско-правовая ответственность* представляет собой санкцию, заключающую в лишении правонарушителя известного комплекса прав без получения им каких-либо выгод и компенсаций². В ходе реализации гражданско-правовой ответственности появляется новая обязанность, до правонарушения не существовавшая.

Именно такой подход к определению гражданско-правовой ответственности позволяет провести разграничение между мерами ответственности и мерами защиты субъективных прав и обеспечения исполнения юридических обязанностей (меры защиты)³. Так, виндикация как способ защиты гражданских прав хотя и носит компенсационный характер, однако не является мерой гражданско-правовой ответственности, поскольку владеющий несобственник лишается имущества, которое ему не принадлежит. Здесь уже нет новой обязанности и новых обременений.

Гражданско-правовая ответственность может быть подразделена на отдельные виды: договорная, внедоговорная, солидарная, долевая, субсидиарная. Каждый вид ответственности имеет свой правовой режим.

Формы (меры) гражданско-правовой ответственности — следующий классификационный ряд. В юридической литературе высказаны различные взгляды, порой диаметрально противоположные и неопределенные. Одна группа ученых стремится к заметному расширению данных форм путем включения (наряду с неустойкой и убытками) других мер гражданско-правовой ответственности. По распространенному мнению, к мерам гражданско-правовой ответственности относится потеря задатка (Н. Д. Егоров, О. С. Иоф-

¹ См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 93, 224, 226.

² См.: Советское гражданское право: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. С. 479-480.

³ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций: В 2 т. Т. 1. С. 377—381; Стоякин Г. Я. Меры защиты в советском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973; Кожевников С. Н. Меры защиты в советском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968.

фе, О. Н. Садиков и др.). Б. И. Путинский считает, что наряду с возмещением убытков, взысканием неустойки меры имущественной ответственности включают в себя меры конфискационного характера, а также отдельные нетипичные меры ответственности¹.

Иногда в порыве научного спора ряд ученых предлагают считать мерой гражданско-правовой ответственности принудительную ликвидацию юридического лица по основаниям, предусмотренным ст. 61 ГК.

Мы разделяем опасение В. В. Витрянского о необоснованном расширении понятия гражданско-правовой ответственности. В действительности некоторые новые формы ответственности можно отнести к традиционным мерам гражданско-правовой ответственности. Например, потеря задатка, равно и обязанность по уплате двойной суммы задатка, рассматривается в качестве штрафа (законной неустойки).

В настоящее время можно говорить о *трех самостоятельных формах* гражданско-правовой ответственности: взыскание неустойки, возмещение убытков, взимание (уплата) процентов годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства.

Меры ответственности (равно и меры защиты) можно классифицировать по различным основаниям.

Меры защиты следует подразделить на две большие группы: восстановительные и пресекательные.

Восстановительные меры — это присуждение к исполнению обязанности, реституция, виндикация, кондиция и др.

К *пресекательным мерам* защиты относятся: устранение нарушений права собственности, не связанных с владением; запрещение деятельности, создающей опасность причинения вреда в будущем, и др.² Они применяются, как правило, при являющемся характере нарушения.

Кроме того, имеется и третья группа — это *меры, направленные на признание права (или факта)*. В эту группу входят такие меры, как признание наличия или отсутствия права, признание сделки недействительной, признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления (ст. 12 ГК).

Меры ответственности и меры защиты можно условно подразделить на две подгруппы: меры, обеспечивающие правопорядок, и меры, охраняющие имущественные интересы отдельных субъектов³. Так, осуществление предпринимательской деятельно-

¹ Обзор точек зрения по этому вопросу см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. С. 511—513.

² См.: Кархалев Д. Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 7.

³ См.: Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. С. 63.

сти без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя или без государственной регистрации в качестве юридического лица влечет наложение *административного штрафа* в размере от 5 до 20 МРОТ (п. 1 ст. 14.1 КоАП).

В силу п. 2 ст. 14.1. КоАП осуществление предпринимательской деятельности без специального разрешения (лицензии), если такое разрешение обязательно, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 20 до 25 МРОТ с конфискацией изготовленной продукции, орудий производства и сырья или без таковой; на должностных лиц — от 40 до 50 МРОТ с конфискацией продукции (орудий производства и сырья или без таковой); на юридических лиц — от 400 до 500 МРОТ с конфискацией. С точки зрения Кодекса об административных правонарушениях конфискация продукции, орудий производства и сырья есть мера административного наказания, т. е. мера административной ответственности.

Применение административных штрафов к субъектам предпринимательской деятельности, в частности, преследует прежде всего основную цель — *охрану публичных интересов государства*. Однако косвенно, через преломление основной цели, такое применение административного штрафа, других мер административного наказания направлено на обеспечение правовой защиты прав и свобод других предпринимателей.

К мерам, охраняющим имущественные интересы отдельных субъектов, можно отнести, например, взыскание неустойки за просрочку поставки продукции или возмещение убытков, вызванных поставкой продукции ненадлежащего качества, поставкой некомплектной продукции.

Основанием для применения юридической ответственности является юридический факт, т. е. противоправное действие (бездействие). С учетом отраслевой принадлежности различают административный проступок, гражданское правонарушение, налоговое правонарушение, уголовно наказуемое деяние (преступление) и т. д. Наряду с понятием «основание ответственности» в литературе используются такие понятия, как «состав правонарушения», «условия наступления ответственности».

Основными элементами состава правонарушения являются: объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона. Обычно такая классификация элементов имеет место в уголовном праве, административном праве и некоторых других отраслях публичного права. В науке гражданского права состав гражданского правонарушения рассматривается как совокупность отдельных условий (элементов) правонарушения.

Гражданско-правовая ответственность наступает при наличии: а) противоправности, т. е. действия (бездействия), нарушаю-

щего требования закона, иных нормативных актов, обычаев делового оборота; б) вреда (вредоносности) у кредитора (или потерпевшей стороны); в) причинно-следственной связи между противоправным поведением лица и возникшим вредом; г) вины. Не всегда для применения гражданско-правовой ответственности необходимо наличие всей совокупности указанных условий. Например, взыскание неустойки происходит независимо от вреда и причинной связи. В тех случаях, когда речь идет об ответственности лица, не исполнившего или ненадлежащим образом исполнившего обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности (п. 3 ст. 401 ГК), то она (ответственность), в том числе в форме взыскания неустойки, наступает без вины.

Итак, подведем *некоторые итоги*.

1. Понятия «санкция», «ответственность» соотносятся между собой как род и вид.

2. Следует различать меры защиты и меры ответственности. Однако нельзя ставить знак равенства между мерами защиты и способами защиты. Способы защиты гражданских прав (ст. 12 ГК) включают в себя и меры защиты, и меры ответственности.

3. Способ правовой защиты есть категория материального (гражданского) права. Надо проводить различие между способом защиты и процессуальной формой. Например, широко известен такой способ защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права (виндикация). В литературе и на практике используется такая процессуальная форма, как «виндикационный иск». Поэтому вряд ли допустимо отождествлять понятия «виндикационный иск» и «виндикация как способ защиты гражданских прав».

4. Некоторые способы защиты могут состоять из ряда мер защиты и мер ответственности. Например, восстановление положения, существовавшего до нарушения, обеспечивается такими мерами защиты, как реституция, виндикация, хотя ст. 12 ГК называет в качестве самостоятельного способа защиты признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности.

5. Способы защиты, содержащиеся в ст. 12 Кодекса, не носят закрытого характера. Иные способы правовой защиты (помимо основного перечня) могут быть предусмотрены федеральным законом. На практике это положение Гражданского кодекса вызывает определенные сложности. Например, в ГК нет такого способа защиты, как признание договора незаключенным. Вместе с тем, анализируя отдельные статьи Кодекса, можно прийти к выводу о наличии данного способа. В силу п. 1 ст. 432 ГК договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой

форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Напротив, если такое соглашение не достигнуто, договор считается незаключенным. Возникает вопрос: в каком порядке можно признать договор незаключенным?

§ 2. Неустойка: понятие, виды и порядок взыскания

Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения (п. 1 ст. 330 ГК).

В литературе предлагается внести существенное изменение в устоявшееся понятие. Д. А. Гришин обосновывает тезис о том, что наряду с денежной неустойкой существует и имущественная неустойка¹. Аналогичной точки зрения придерживается Е. В. Горячева².

Мы согласны с тем, что в настоящее время нет значительных препятствий к применению имущественной неустойки (если внести соответствующее изменение в редакцию ст. 330 ГК). Вопрос в другом: зачем это надо? Возможно, с тем чтобы взыскивать неустойку в виде пени из расчета одна коробка яиц за день просрочки обязательства.

Приведем другое кардинальное предложение. В последних публикациях по проблемам юридической ответственности в свете Закона о защите прав потребителей было высказано мнение о нецелесообразности существования и применения неустойки любого вида. Так, Ю. В. Романец, исходя из эквивалентно-возмездного характера отношений, входящих в предмет гражданско-правового регулирования, отмечает, что «если потерпевший не несет убытков в результате нарушения договора, накладывать на неисправную сторону имущественное обременение в форме неустойки нет оснований»³. По мнению названного автора, сохранение неустойки особенно алогично применительно к потребительским договорам. Данные предложения Ю. В. Романец аргументирует анализом соответствующих норм английской и американской правовых систем.

Думается, что восприятие российским правом некоторых элементов и черт других правовых систем, в том числе англо-амери-

¹ См.: Гришин Д. А. Неустойка: вопросы теории и практики. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7, 14 и др.

² См.: Горячева Е. В. Ответственность предпринимателей за нарушение договорных обязательств. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2004. С. 8.

³ Романец Ю. В. Гражданско-правовые средства охраны интересов потребителей в отношениях с предприятиями. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1993. С. 21.

канской, — закономерный процесс¹. Однако важно не допускать огульности, механического переноса указанных элементов в лоно отечественной правовой системы. При этом следует учитывать наметившееся между различными правовыми системами сближение по ряду принципиальных вопросов. Этот процесс усиливает преемственность в праве, позволяет установить элементы, сходные для нескольких или даже для всех типов правовых систем. Задача ученого-юриста — в том, чтобы обнаружить общие закономерности и по возможности использовать их при разработке рекомендаций по совершенствованию национальной правовой системы.

На наш взгляд, неустойка как способ обеспечения договорных обязательств должна быть сохранена (за исключение нормативной, исключительной и альтернативной). В рыночной экономике нет места неустойки, размер которой устанавливается в каком-либо нормативном акте. Единственной формой такого установления должен быть договор. Стороны вправе по обоюдному согласию определить объем имущественной ответственности за нарушение договорных условий. Государство не должно вмешиваться в этот процесс и определять объем ответственности.

Но пока в российском законодательстве неустойка существует и не «думает покидать» его. Неустойка традиционно обладает *двойственной природой*. С одной стороны, она является мерой гражданско-правовой ответственности, с другой — одним из способов обеспечения обязательств. Тезис о двойственной природе неустойки является хрестоматийным, без доказательств.

В литературе появились некоторые аспекты природы неустойки. Так, Б. М. Гонгало определяет неустойку как способ обеспечения обязательств, а взыскание неустойки «как меру ответственности. По мнению ученого, «наличие неустойки в законе или договоре стимулирует должника к исполнению своих обязанностей под страхом того, что в случае нарушения обязательства произойдет взыскание неустойки, т. е. наступит ответственность»². На наш взгляд, такой поворот в оценке двойкой природы неустойки заслуживает внимания.

Взыскание неустойки как меры гражданско-правовой ответственности связано с выполнением ее *компенсационной функции*. Однако это не исключает штрафного характера неустойки. Мы согласны с мнением, что в настоящее время сохраняется двойственность характера неустойки, но *двойственность компенсационно-штрафная*, а не оценочно-штрафная. Правоприменение искажает экономическую природу неустойки, ее компенсационную

¹ Обзор литературы по этому вопросу см.: Бельх В. С. Качество товаров в английском договоре купли-продажи. М., 1991. С. 46—47; Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 28—39.

² См.: Гонгало Б. М. Гражданско-правовое регулирование обеспечения обязательств. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 11.

направленность, толкая участников гражданского оборота определять размер неустойки с учетом будущих расходов (убытков).

Виды неустойки. С учетом основания возникновения выделяют законную и договорную неустойку. В соответствии с п. 1 ст. 332 ГК *законной* именуется неустойка, определенная законом, независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон. Размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает (п. 2 ст. 332). Следовательно, законная неустойка может устанавливаться императивной либо диспозитивной (более правильно, на наш взгляд, императивно-диспозитивной) нормой.

Договорной является неустойка, устанавливаемая соглашением сторон. Ее размер, условия взыскания определяются в договоре, если в законе отсутствует норма о законной неустойке за соответствующее правонарушение. Договорная неустойка — это новая, неизвестная закону дополнительная санкция. Когда в договоре стороны устанавливают *повышенный размер* неустойки (повышенная санкция) по сравнению с размером законной неустойки, такую неустойку принято именовать «смешанной», поскольку она возникает из закона и договора. Резонно возникает вопрос об уменьшении размера неустойки. Прежде всего отметим, что стороны не вправе уменьшать размер законной неустойки.

В силу ст. 333 ГК, если подлежащая уплате неустойка *явно несоразмерна* последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку. Итак, уменьшение размера неустойки возможно только в судебном порядке. По этому поводу в литературе были высказаны разные мнения.

В последние годы распространенным является мнение о том, что уменьшение неустойки — это не право, а обязанность суда. Более того, судебная практика также свидетельствует о наметившейся тенденции рассматривать уменьшение неустойки в качестве обязанности суда.

Считаем, что такая позиция не соответствует буквальному толкованию правила ст. 333 ГК, а Высший Арбитражный Суд РФ в информационном письме от 14 июля 1997 г. № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. I)¹ вышел за пределы судебного толкования. На наш взгляд, при наличии оснований для применения ст. 333 ГК арбитражный суд *вправе*, а не обязан уменьшать размер неустойки независимо от того, заявлялось ли такое ходатайство ответчиком. Процессуальная обязанность суда касается одного вопроса: заявлялось ходатайство ответчиком или нет. Однако при отсутствии ходатайства суд обязан рассмотреть материалы дела по существу и при наличии доказательств явной

несоразмерности последствиям нарушения обязательства вправе уменьшить размер неустойки. Одним словом, критерий явной несоразмерности не есть обязательное условие для уменьшения размера неустойки. Нельзя право суда превращать в его обязанность, даже если очень хочется. Выход прост: необходимо внести изменения в ст. 333 ГК.

Далее, в рамках ст. 333 ГК суд вправе уменьшить размер и законной, и договорной неустойки. Поэтому встречающиеся иногда в литературе возражения в отношении законной неустойки необоснованны. Статья 333 называет неустойку без ее дифференциации на виды.

Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства (ст. 331 ГК). В данном случае речь идет о договорной неустойке и об увеличении размера законной неустойки. Указанное соглашение может быть оформлено в основном обязательстве либо в дополнительном соглашении. Чаще всего стороны выбирают первый вариант. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке (п. 2 ст. 162 ГК).

В зависимости от методов исчисления неустойки принято различать: собственно неустойку (неустойку в узком смысле), штраф, пеню. С точки зрения Гражданского кодекса (ст. 330) законодатель рассматривает указанные термины в качестве синонимов. При этом штраф как форму неустойки нельзя смешивать со штрафом как публично-правовой санкцией, применяемой в административном и уголовном праве¹. Равным образом пеня отличается от процентов за пользование чужими денежными средствами и от процентов, начисляемых на сумму займа (кредита) в качестве платы.

Пеня — это определенная денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору за каждый день (или иной период) просрочки. По общему правилу пеня определяется в процентном отношении к сумме просроченного платежа. Например, при уклонении или отказе покупателя от оплаты государственного или муниципального имущества на него налагаются пени в размере 5% суммы платежа за каждый день просрочки (п. 10 ст. 23 Закона о приватизации). Иногда пени устанавливаются пени в твердой сумме за каждый день просрочки.

Таким образом, различие между пеней, с одной стороны, и штрафом и собственно неустойкой — с другой, можно выделить достаточно отчетливо в связи с тем, что метод исчисления пени специфичен. Однако реальных различий между штрафом и собст-

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный)/ Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. С. 655.

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9.

венно неустойкой практически нет: одно и то же явление обозначается различными терминами.

В литературе отмечается некоторое различие между штрафом и собственно неустойкой. Считается, что размер штрафа определяется, как правило, в твердой денежной сумме, а собственно неустойки — в процентном отношении к сумме неисполненного или ненадлежащего исполненного обязательства. Эти различия носят микроскопический характер и не влияют на общую оценку штрафа и собственно неустойки.

С учетом того, как *неустойка соотносится с убытками*, неустойку подразделяют на зачетную, штрафную, исключительную, альтернативную. По общему правилу (п. 1 ст. 394 ГК) если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой. Такая неустойка именуется *зачетной*. Законом или договором могут быть предусмотрены случаи, когда: допускается взыскание только неустойки, но не убытков (исключительная неустойка); убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки (штрафная неустойка); по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки (альтернативная неустойка). Так, штрафная неустойка применяется крайне редко, поскольку она выходит за пределы принципа полного возмещения убытков (п. 1 ст. 15 ГК). Штрафная неустойка предусмотрена ст. 622 ГК для своевременного возврата арендованного имущества арендодателю.

Исключительная неустойка — пример ограниченной ответственности должника (п. 1 ст. 400 ГК). Она встречается в транспортном законодательстве и связана с уплатой денежной суммы (неустойки). Распространено мнение о том, что если бы предприятия общественного транспорта возмещали клиентам убытки в полном объеме, они бы разорились.

Порядок взыскания неустойки. Прежде всего надо выяснить вопрос о принадлежности неустойки к конкретному виду (видам). Если неустойка отсутствует в законе, тогда есть возможность установить ее в договоре. В противном случае сторона (стороны) лишены основания для ее взыскания. Однако в отношении законной неустойки, равно и договорной, действует общее правило: кредитор вправе отказаться от ее взыскания без какой-либо мотивации. Главное здесь — экономическая заинтересованность хозяйствующих субъектов в использовании правовых санкций. В то же время стороны не могут в договоре предусмотреть условие об отказе во взыскании законной или договорной неустойки. Такой отказ сторон не влечет прекращения этих прав (п. 2 ст. 9 ГК).

Далее важно установить (с учетом методов исчисления) применяемый в конкретной ситуации вид неустойки (зачетная,

штрафная, альтернативная, исключительная). Неустойка может быть исчислена путем:

- а) определения процентного отношения к сумме неисполненного или ненадлежащим образом исполненного обязательства;
- б) установления процента от суммы несвоевременно исполненного обязательства за каждый день просрочки;
- в) установления неустойки в виде твердой денежной суммы;
- г) иным образом.

Законодатель устанавливает в ряде нормативных актов ограничения в размере подлежащей взысканию неустойки. Здесь тоже используются разные способы ограничения. Например, в силу ст. 97 Устава железнодорожного транспорта РФ за просрочку доставки грузов или не принадлежащих перевозчику порожних вагонов, контейнеров перевозчик (при перевозках в прямом смешанном сообщении — перевозчик соответствующего вида транспорта, выдавший груз) уплачивает пени в размере 9% платы за перевозку грузов, доставку каждого порожнего вагона, контейнера за каждые сутки просрочки (неполные сутки считаются за полные), но *не более чем в размере платы за перевозку данных грузов, доставку каждого порожнего вагона, контейнера*.

Допускается сочетание штрафа и пени за одно и то же нарушение, т. е. так называемая двойная ответственность. Так, в соответствии с п. 4 ст. 16 Закона о материальном резерве за несвоевременное выполнение указаний федерального органа исполнительной власти, осуществляющего управление государственным резервом, и его территориальных органов об отгрузке материальных ценностей государственного резерва организация, осуществляющая ответственное хранение указанных ценностей, уплачивают штраф в размере 100% стоимости не отгруженных в срок материальных ценностей и *пеню в размере 0,5% их стоимости за каждый день просрочки до полного выполнения обязательства*. Однако в литературе высказано мнение о недопустимости «двойной ответственности» со ссылкой на судебную арбитражную практику.

В Гражданском кодексе нет правила, прямо запрещающего применение двойной ответственности. Это касается и практики взыскания неустойки одновременно с процентами за пользование чужими денежными средствами (см.: постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 1998 г. № 5345/97).

В Гражданском кодексе отсутствует также запрет об аккумуляровании (объединении) разных санкций (в нашем случае — неустойки) за различные виды правонарушений. Поэтому можно утверждать, что в случае нарушений условий договора о качестве, комплектности, сроков поставки, должник обязан уплатить неустойку за эти нарушения, если они предусмотрены

договором. При явной несоразмерности взыскиваемых санкций должник вправе обратиться в суд с требованием об уменьшении их размера.

§ 3. Убытки: понятие, виды и порядок взыскания

Многоликость исследуемого явления вызвала в литературе оживленную дискуссию. По мнению одних ученых, убытки — это «денежная оценка того ущерба, который причинен неисправным должником»¹, других (О. С. Иоффе, В. И. Кофман, Е. А. Тарновская) — убытки существуют объективно, независимо от правовой оценки их возникновения². Отсюда *убытки* есть неблагоприятные изменения в имуществе лица, выражающиеся в произведенных им расходах, в утрате или повреждении его имущества, недополучении доходов, которые оно должно было получить.

Бесспорно, что убытки — отрицательные последствия в имущественной сфере потерпевшего, выраженные в денежной оценке.

Возмещение убытков как универсальная мера (форма) гражданско-правовой ответственности применяется в обязательственных правоотношениях. Общая обязанность возместить убытки неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств или нанесенного вреда возникает в силу прямого указания закона (п. 1 ст. 393 ГК).

Итак, надо проводить различие между понятиями «убытки» и «возмещение убытков». Убытки — это прежде всего экономическая категория, представляющая собой неблагоприятные имущественные потери. Возмещение убытков есть мера гражданско-правовой ответственности³.

Легальное определение понятия убытков сформулировано в ст. 15 ГК. Под *убытками* понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Как видим, в ст. 15 сформулировано экономическое понятие убытков. При этом возникновение убытков тесно связано с правонарушением, т. е. убытки в контексте ст. 15 — результат

¹ Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. С. 365.

² См.: Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 101 — 102; Советское гражданское право: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. С. 485.

³ О разграничении экономического и правового понятия «убытки» см.: Ливанова С. Э. Проблемы возмещения убытков и пути их решения. Курган, 2006. С. 6-11.

конкретного правонарушения. Такая связь дает возможность рассматривать убытки в качестве экономико-правового явления.

В зависимости от характера имущественных последствий убытки подразделяются на два вида: реальный ущерб и упущенная выгода.

Реальный ущерб выражается в уменьшении того имущества, которое находилось в наличии у потерпевшей стороны. Например, устранение дефектов в поставленной продукции силами покупателя приводит к увеличению общей суммы затрат на изготовление продукции. При определении расходов по устранению дефектов в сумму реального ущерба включаются: затраты производственных работ; переменная часть расходов по содержанию и эксплуатации оборудования, стоимость израсходованных материалы. К реальному ущербу относятся и расходы, произведенные потерпевшим лицом. Так, в состав убытков при возврате некачественной продукции входят: стоимость доставки продукции от склада к месту погрузки; стоимость погрузки продукции; сумма проводимых платежей и сборов, уплаченных перевозчику при отправлении продукции; расходы по экспертизе продукции ненадлежащего качества. Иначе говоря, *реальный ущерб* — это не только утрата или повреждение имущества, но и реальные расходы, которые лицо произвело либо должно произвести для восстановления своих нарушенных прав.

Возможность требовать возмещения расходов, которые лицом должны быть понесены в будущем, составляет одну из существенных новелл Гражданского кодекса 1994 г. По старому законодательству истец вправе был рассчитывать на компенсацию расходов, фактически понесенных им на день предъявления претензии (иска). Расходы, которые он мог понести или понесет в будущем, не подлежали взысканию. Новый же подход к составу убытков путем включения будущих расходов отвечает современным требованиям развития международного частного права. В силу ст. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА компенсации подлежит и будущий ущерб, который установлен с разумной степенью достоверности¹. На практике эта новелла Гражданского кодекса не получила широкого применения, хотя она в большей степени способствует защите прав и законных интересов потерпевшего лица.

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если должник (причинитель вреда) не нарушил бы право кредитора (потерпевшего лица). В ст. 15 ГК отличительным при-

¹ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб. нормативных актов: гражданские и торговые кодексы: Учебное пособие / Под ред. В. К. Пучинского, М. И. Кулагина. М., 1986. С. 223-248.

знаком понятия «упущенная выгода» является словосочетание «при обычных условиях гражданского оборота». Поэтому важно раскрыть содержание установленного Гражданским кодексом критерия в целях его практического использования.

Термин «оборот» в буквальном смысле слова означает движение чего-либо: денег, имущества и т. д. В юридической науке различают: экономический оборот, коммерческий оборот, гражданский оборот. Так, О. А. Красавчиков под «гражданским оборотом» понимает совокупность возникающих из правомерных действий гражданско-правовых обязательств, направленных на передачу имущества, выполнение работ, оказание услуг или уплату денег¹. Выходит, что понятие «гражданский оборот» тесно связано со сферой обмена, распределения и перераспределения материальных ресурсов, т. е. с движением благ.

Вместе с тем термин «упущенная выгода» применяется и при нарушении должником договорных обязательств, и в случае возникновения обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. Например, при причинении увечья или иного повреждения здоровья ответственные за вред обязаны возместить потерпевшему заработок (доход), утраченный им вследствие потери трудоспособности, а также расходы, вызванные повреждением здоровья (ст. 1085 ГК). В данном случае упущенной выгодой является утраченный заработок потерпевшего, а реальным ущербом — дополнительные расходы.

В законодательстве встречаются и другие виды убытков (например, вред, прямой действительный ущерб). Исследователи данной проблемы предлагают также использовать в научной сфере такие термины, как «прямые и косвенные убытки», «необходимые и случайные убытки», «конкретные и абстрактные», «имущественные и моральные», и др.² Вместе с тем не всегда использование тех или иных видов убытков, не вписывающихся в прокрустово ложе Гражданского кодекса, идет на пользу правоприменительной практике. Напротив, появление новых терминов зачастую порождает путаницу в хозяйственной и судебной практике. Не надо торопить законодателя к такому заимствованию.

Это относится прежде всего к так называемым номинальным убыткам и абстрактным убыткам. Например, в праве Англии и США потерпевшая сторона имеет право на присуждение ей номинальных убытков (обычно 1 доллар в США, 2 фунта стерлин-

¹ См.: Советское гражданское право: В 2 т. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. С. 413—414.

² Обзор различных точек зрения см.: Кучерова О. И. Убытки по российскому гражданскому праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2006; Дегтярев С. Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. М., 2003.

гов — в Англии), даже если в результате неисполнения договора она не понесла убытков. Иски о взыскании номинальных убытков призваны, с одной стороны, в известной мере символизировать защиту от неправомерных действий виновной стороны, с другой — преследуют сугубо практические цели. Так, в практическом плане решение суда о присуждении номинальных убытков за неисполнение условий договора может выполнять одну из двух функций: а) истец вправе, например, заявить иск об убытках, рассчитывая на присуждение ему только номинальных убытков с целью создания прецедента в «пробном деле» при длительных коммерческих отношениях; б) предъявление иска об убытках и присуждение истцу лишь номинальных убытков дает ему возможность компенсировать все судебные издержки по заявленному иску¹. Возникает вопрос: следует ли в российском законодательстве вводить в оборот термин «номинальные убытки»? На наш взгляд, нет. Зачем вводить в оборот так называемые фиктивные убытки? Тем более известно, что «номинальные убытки» присуждаются даже при отсутствии имущественных потерь, вызванных неисполнением договорных обязательств контрагентом.

В свою очередь, категория «абстрактные убытки» получила закрепление в ст. 75—76 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 г.), в которой участвуют более 40 государств. Убытки, исчисленные абстрактным методом, определяются как разница между договорной и текущей ценой на момент расторжения договора. При этом могут быть взысканы также дополнительные убытки согласно ст. 74 Конвенции. Положения об абстрактных убытках воспроизведены и в Принципах международных коммерческих договоров. Правда, указанные Положения уже носят всеобщий характер и применяются ко всем видам договорных обязательств.

Национальное право многих государств Европы использует конструкцию абстрактных убытков. Так, данный способ исчисления убытков нашел «юридическую прописку» в Германском гражданском уложении (абз. 2 (376); Швейцарском обязательственном законе (абз. 3 ст. 191, абз. 2 ст. 215), английском Законе о купле-продаже товаров 1979 г.

Статьи 50 и 51 Закона о купле-продаже товаров предусматривают, что должник имеет право взыскать разницу между договорной и рыночной ценой, когда предметом договора является товар, имеющий биржевую или рыночную цену. В этом случае покупатель может предъявить иск о возмещении ему убытков неправомерным поведением продавца, в частности непередачей товара. Исчисление разницы между договорной и рыночной це-

¹ См.: Ансон В. Договорное право / Под общей ред. О. Н. Садикова. М., 1984. С. 60.

ной производится на момент, когда в соответствии с договором должна произойти передача товара, если такой момент передачи не был установлен, то в момент отказа от его передачи.

В связи с этим нельзя отождествлять понятия «будущие расходы» (в контексте ст. 15) и «абстрактные убытки». Это разные и не совпадающие понятия. *Будущие убытки* представляют собой часть реального ущерба, что вытекает из смысла ст. 15 Кодекса.

Что касается «абстрактных убытков», то в тексте Гражданского кодекса нет аналогичных норм ни в Общих положениях об обязательствах, ни в положениях, посвященных договору. Однако в части второй Кодекса можно встретить нормы о конкретных и абстрактных убытках (например, ст. 524 ГК), которые схожи по содержанию с правилами, сформулированными в ст. 75–76 Венской конвенции. Статья 524 посвящена исчислению убытков при расторжении договора поставки.

В праве европейских стран различают также деление убытков на предвиденные (прямые) и непредвиденные (косвенные). Так, Французский гражданский кодекс (ст. 1150) устанавливает правило о возмещении только тех убытков, которые предусмотрены или которые можно было предвидеть при заключении договора. В ст. 1151 говорится о возможности взыскания лишь прямых, а не косвенных убытков.

Существенные особенности проблема установления причинной связи между нарушением ответчиком договорных обязательств и возникшими убытками имеет в англо-американском праве. Своеобразие англо-американского права в подходе к определению причинно-следственной обусловленности проявляется в установлении субъективного момента, а именно «предвиденности» (*foreseeability*) возникновения ущерба стороной, нарушившей договор, а не направлено на установление объективного характера связи. В зависимости от степени «предвиденности» убытки подразделяются на прямые и косвенные. Прямыми считаются такие убытки, которые ответчик предвидел при нарушении договора. Они возникают в соответствии с обычным ходом вещей как вероятный результат договорных обязательств. В свою очередь, в характеристике косвенных убытков отсутствуют эти признаки¹.

Порядок взыскания убытков. Определяя понятие и виды убытков, ст. 15 ГК не раскрывает механизма (порядка) возмещения убытков. Вместе с тем именно порядок возмещения убытков вызывает значительные трудности на практике.

В настоящее время такой порядок получил закрепление во Временной методике определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (одобрена

¹ См.: Бельх В. С. Качество товаров в английском договоре купли-продажи. С. 60.

государственной комиссией Совета Министров СССР по экономической реформе 21 декабря 1990 г.)¹. Названная Методика официально не отменена, а потому применяется в части, не противоречащей действующему законодательству. Она является универсальной, особенности ее применения в различных отраслях экономики могут быть определены соответствующими министерствами и ведомствами. В свое время отраслевые методики были приняты в Министерстве черной металлургии, Минтяжмаше, Минторге. Несмотря на то что на территории России указанные министерства упразднены сохранена специфика производства продукции, выпускаемой различными предприятиями.

Временная методика устарела, но до сих пор нет новой. Однако ее отсутствие отражается на состоянии правоприменительной практики. Нередко арбитражные суды при рассмотрении конкретных дел о возмещении убытков просят заявителя уточнить и объяснить методику расчета убытков, причиненных неисполнением контрагентом договорных обязательств.

Тезис о том, что убытки подлежат взысканию лишь постольку, поскольку должник уплатил истцу неустойку, не служит доказательством наличия убытков и возможности их возмещения. Неустойка уплачивается по своим правилам, убытки возмещаются по своим правилам.

Вот почему на уровне предприятий и организаций целесообразно издавать локальные акты, регламентирующие порядок фиксации обстоятельств, имеющих юридическое значение, сбора соответствующей информации, а также оформление претензионно-исковых материалов. Такой документ может оказать помощь работникам предприятия (организации) методическую помощь в определении размера и доказывании убытков, причиненных нарушением контрагентами договорных обязательств, и в конечном итоге привести к сокращению имущественных потерь.

Деление убытков на реальный ущерб и упущенную выгоду недостаточно для разработки метода их исчисления. Впервые на необходимость детальной группировки состава убытков обратили внимание представители концепции хозяйственного права (В. К. Мамутов, В. В. Овсиенко, В. Я. Юдин)². На основе изучения большого эмпирического материала названные авторы разработали ряд рекомендаций по определению размера убытков и порядка их взыскания.

Новый Гражданский кодекс обходит стороной многие принципиальные вопросы, связанные с возмещением убытков как мерой

¹ Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1991. № 8. Далее — Временная методика.

² См.: Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность. Киев, 1978. С. 116.

гражданско-правовой ответственности. В связи с этим отметим следующее.

Во-первых, убытки определяются исходя из характера последствий нарушения договорного обязательства, а не содержания самого нарушения. Одно и то же нарушение (например, поставка продукции ненадлежащего качества) может вызвать различные последствия: уменьшение объема производства, рост себестоимости, снижение качества продукции и др. И, наоборот, разные нарушения могут привести к одинаковым последствиям (п. 6 Временной методики).

Во-вторых, при расчете размера убытков, причиненных неисполнением договорных обязательств, убытки каждого вида необходимо рассчитывать отдельно, а полученные результаты суммировать. Как показывает анализ судебной и хозяйственной практики, такой подход к возмещению убытков, к методике их доказывания оправдан.

На практике иски о возмещении как реального ущерба, так и упущенной выгоды предъявляются крайне редко. Одна из основных причин — отсутствие на предприятиях (в организациях) надлежащей организации данной работы, неразработанность приемов, способов ее выполнения. Именно организационные проблемы, а не трудности доказывания убытков и сложности определения их размера объясняют главным образом крайне редкое предъявление предприятиями исков о возмещении убытков¹. Однако большинство авторов видят причину редкого применения норм о возмещении убытков в трудностях их доказывания².

При рассмотрении споров о взыскании убытков арбитражный суд должен учитывать, что каждая сторона обязана доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований или возражений (ст. 65 АПК). Истец обязан предъявить доказательства, свидетельствующие об убытках, в частности: доказать и обосновать размер убытков, причинную связь между убытками и невыполнением ответчиком своих договорных обязательств. Без этих документов спор не может объективно рассматриваться в арбитражном суде. Ответчик вправе доказывать на общих условиях в арбитражном суде, что истец не предоставил необходимых документов либо не принял мер к предотвращению убытков или к уменьшению их размера.

¹ См.: Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. С. 222—225.

² Обзор литературы и судебной практики по проблемам определения, доказывания и возмещения убытков см.: Дегтярев С. Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе: Учебно-практическое пособие. С. 40—183.

В качестве доказательств наличия убытков кредиторы используют первичные и другие документы, отражающие факт образования ущерба. Отсутствие необходимых документов лишает арбитражный суд возможности взыскивать убытки. Отсюда становятся понятными предположения некоторых ученых по разработке примерного перечня первичных документов, подтверждающих убытки от нарушения договорных обязательств и методики их расчета¹. Актуален вопрос о разработке и внедрении на предприятиях системы оперативной и достоверной информации об убытках.

В юридической литературе высказывались предложения по упрощению порядка расчета убытков. Например, М. Г. Масевич предлагала взыскивать убытки сразу после нарушения обязательства, исчисляя их в примерной сумме с учетом будущих расходов, вызванных неисполнением обязательства². Такая точка зрения подвергалась справедливой критике. Отмечалось, что следует не упрощать расчеты, отказываясь от учета фактически понесенных убытков, а совершенствовать его³.

§ 4. Ответственность за неисполнение денежного обязательства

За пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежат уплате *проценты на сумму этих средств* (п. 1 ст. 395 ГК). Предусмотренные названной статьей проценты за пользование чужими денежными средствами вызвали и в литературе, и в судебной практике многочисленные споры. Не останавливаясь на обсуждении тех или иных вопросов, связанных с практикой применения ответственности за нарушение денежного обязательства (что составляет предмет самостоятельного изучения), отметим, что проценты годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежных обязательств являются, на наш взгляд, *самостоятельной формой гражданско-правовой ответственности*.

У *процентов*, в отличие от неустойки и убытков, свой, *особый правовой режим*. Причем режим процентов как формы гражданско-правовой ответственности предопределяется главным образом

¹ См.: Лесник Н. Я., Брагинский М. И. О возмещении убытков, причиненных нарушением договора поставки // Советское государство и право. 1967, № 8. С. 94; Овсиенко В. В. Возмещение недополученной прибыли // Советское государство и право. 1970. № 2. С. 66.

² См.: Масевич М. Г. Гражданско-правовая ответственность предприятий и ее эффективность // Советское государство и право. 1965. № 8. С. 86.

³ Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность. С. 120—121; Тарновская Е. А. Эффективность правового регулирования материально-технического снабжения. Л., 1976. С. 120—121.

не способом исчисления размера процентов, а содержанием и природой денежного обязательства. Поэтому законодатель не случайно определил место института ответственности за неисполнение денежного обязательства в гл. 25 ГК. По крайней мере ничто не препятствовало законодателю прямо указать, что проценты по ст. 395 ГК являются неустойкой либо убытками. Напротив, в п. 2 ст. 395 ГК специально оговаривается соотношение между убытками и указанными процентами. Кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков в части, превышающей сумму процентов, причитающуюся ему на основании п. 1 ст. 395. По отношению к убыткам проценты за пользование чужими денежными средствами (как и неустойка) носят зачетный характер. Следовательно, проценты едва ли можно рассматривать в качестве убытков, если последние соотносятся с годовыми процентами.

Другой аргумент против признания процентов видом неустойки. Во-первых, если признать проценты законной (зачетной) неустойкой, тогда следует распространить все правила о неустойке на годовые проценты. Так, в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК иной размер процентов может быть установлен законом или договором. Иначе говоря, стороны вправе предусмотреть в договоре размер процентов как больший, так и меньший (по сравнению с учетной ставкой банковского процента). Вместе с тем исходя из смысла п. 2 ст. 332 ГК размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает. С точки зрения Гражданского кодекса уменьшение размера законной неустойки не допускается.

Во-вторых, ни при каких обстоятельствах проценты не могут носить штрафного характера по отношению к убыткам и взыскиваться сверх них¹.

В-третьих, проценты в определенных случаях могут быть начислены при отсутствии договорных отношений.

В-четвертых, размер процентов устанавливается Банком России и фиксируется в рассылках им телеграммах, а не законом (как это имеет место в отношении законной неустойки).

Мы солидарны с мнением, согласно которому суд не вправе уменьшить размер суммы требований, исчисленной на основе учетной ставки (ставки рефинансирования) в соответствии со ст. 395 ГК². В связи с этим нельзя согласиться с позицией высших судебных органов России, допускающей применение ст. 333 ГК к взысканию повышенных процентов в случае, если они явно несоразмерны последствиям нарушения обязательства³. Судебные

¹ Иной взгляд по этому вопросу см.: Кузнецов Н. В. Указ. соч. С. 7.

² См.: Гришин Д. А. Указ. соч. С. 11, 12 и др.

³ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1998. № 11.

инстанции занимают по этому вопросу несколько непоследовательную позицию, одновременно рассматривая проценты в качестве особой гражданско-правовой ответственности. Если же проценты представляют собой самостоятельную форму ответственности, тогда возникает вопрос: почему на них надо распространять правило ст. 333 ГК? Ведь одно дело неустойка, другое — проценты, уплачиваемые за неправомерное пользование чужими денежными средствами. Здесь, как в известной рекламе, надо почувствовать разницу. Она (разница) есть, и причем существенная.

И последнее замечание. Указанные проценты не являются *платой за пользование чужими денежными средствами*, как утверждают ряд ученых⁴. Надо, действительно, проводить различие между процентами как формой гражданско-правовой ответственности и процентами в смысле платы за пользование денежными средствами. В первом случае проценты подлежат взысканию по правилам ст. 395 ГК, во втором — по правилам ст. 809 ГК «Проценты по договору займа». Проценты годовых, предусмотренные ст. 395, уплачиваются при наличии основания для наступления гражданско-правовой ответственности (правонарушение и вина должника). В свою очередь, проценты по договору займа уплачиваются за сам факт пользования чужими денежными средствами.

Между рассматриваемыми процентами есть прямая связь и взаимообусловленность. Так, по договору займа, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, независимо от уплаты процентов, установленных п. 1 ст. 809 ГК. При этом на проценты, являющиеся платой по договору займа, проценты не начисляются, если иное прямо не предусмотрено законом или договором (п. 15 постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Данное различие имеет практическое значение. Как отмечалось выше, судебная практика не допускает суммирования процентов годовых и неустойки за одно и то же нарушение. Напротив, если проценты в контексте ст. 395 ГК рассматривать в качестве платы за пользование чужими денежными средствами, то «взыскание процентов не препятствует взысканию наряду с ними договорной или законной неустойки»⁵.

⁴ См.: Розенберг М. Г. Правовая природа процентов годовых по денежным обязательствам (практические и теоретические аспекты применения новых положений ГК РФ): Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. А. Л. Маковский. С. 309—333; Кмить С. А. Проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 9, 20—24.

⁵ Кмить С. А. Указ. соч. С. 23.

Размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо — в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором.

РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

1. Основная литература (ко всем разделам)

- Андреева Л. В. Коммерческое право России: Учебник. М., 2006.
- Андреева Л. В. Коммерческое право России: проблемы правового регулирования. М., 2004.
- Анохин В. С. Предпринимательское право: Учебник. М., 1999.
- Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник. М., 2000.
- Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2005.
- Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс: Учебник. М., 1997.
- Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2002.
- Жилинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М., 1999.
- Каминка А. И. Очерки торгового права. М., 2002.
- Каминка А. И. Основы предпринимательского права. Пг., 1917.
- Коммерческое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. В. Ф. Попондопуло. СПб., 2005.
- Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992.
- Лебедев К. К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб., 2002.
- Мартемьянов В. С. Хозяйственное право: Учебник. В 2 т. Т. 1. М., 1994.
- Международное коммерческое право: Учебное пособие / Под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2004.
- Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право России: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006.
- Попондопуло В. Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994.
- Предпринимательство: Учебник для вузов / Под ред. В. Я. Горфинкеля, Г. Б. Поляка, В. А. Швандара. М., 1999.
- Предпринимательское право: Практический курс / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. М., 2007.
- Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. М., 2006.
- Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. М., 2006.
- Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие. М., 2002.
- Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник. М., 1999.
- Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2 т. Т. 2 / Отв. ред. О. М. Олейник. М., 2002.
- Предпринимательское право: Курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн. М., 1994.
- Пугинский Б. И. Коммерческое право России: Учебник. М., 2005.
- Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отиюкова. М., 2006.

- Сафиуллин Д. Н. Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР. Свердловск, 1990.
- Семеусов В. А., Тюкавкин А. А., Пахаруков А. А. Правовые проблемы предпринимательской (экономической) деятельности. Иркутск, 2001.
- Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. М., 1975.
- Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. М., 1995.
- Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. К. Макутова. Киев, 2002.
- Хозяйственное право: Общие положения / Под ред. В. В. Лаптева. М., 1983.
- Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В. В. Лаптева. М., 1983.
- Хозяйственное право / Отв. ред. В. С. Мартемьянов: Учебник. В 2 т. Т. 2. М., 1994.
- Хозяйственное право: Учебное пособие / Отв. ред. В. П. Грибанов, О. А. Красавчиков. М., 1977.
- Якушев В. С. Избранные труды по гражданскому и хозяйственному праву / Предис. и сост. В. С. Белых. Екатеринбург, 2007.

2. Специальная литература

Глава 1

- Белых В. С. Предпринимательское право в системе права России // Правоведение. 2001. № 1.
- Белых В. С. Теория хозяйственного права в условиях становления и развития рыночных отношений в России // Государство и право. 1995. № 11.
- Белых В. С. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации. СПб., 2005.
- Быков А. Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Предпринимательское право в рыночной экономике / Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. М., 2004.
- Быков А. Г. Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11: «Право». 1993. № 6.
- Исаев И. А. Становление хозяйственно-правовой мысли в СССР. М., 1986.
- Кузнецова О. А. Презумпции в российском гражданском праве. Пермь, 2002.
- Лаптев В. В. Введение в предпринимательское право. М., 1994.
- Лаптев В. В. Хозяйственное право — право предпринимательской деятельности // Государство и право. 1993. № 1.
- Отнюкова Г. Д. К вопросу о содержании курса предпринимательского права // Предпринимательское право. 2005. № 2.
- Ровный В. В. Понятие и признаки предпринимательства. Иркутск, 1998.
- Ровный В. В. Гражданско-правовая природа предпринимательства. Иркутск, 1996.
- Семеусов В. А. Предпринимательство, право и наука. Иркутск, 2004.
- Семякин М. Н. Экономика и право: проблемы теории, методологии и практики / Под общ. ред. А. И. Татаркина. М., 2006.
- Сулейменов М. К. Предпринимательское право в системе права // Бизнес, менеджмент и право. 2007. № 1.
- Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория: Учебное пособие. М., 2005.
- Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970.

- Чорновол Е. П. Формы и виды предпринимательской деятельности // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 3.
- Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., 2000.

Глава 2

- Белых В. С. Кодификация или консолидация предпринимательского законодательства: что делать? // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 3.
- Богдановская И. Ю. Закон в английском праве. М., 1987.
- Гурова Т. В. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. № 3.
- Зивс С. Л. Источники права. М., 1981.
- Зыкин И. С. Обычай и обыкновения в международной торговле. М., 1983.
- Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М., 1985.
- Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987.
- Марченко М. Н. Источники права: Учебное пособие. М., 2005.
- Попондопуло В. Ф. Предпринимательское законодательство и проблемы его совершенствования // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 3.
- Обычай в праве: Сб. СПб., 2004.
- Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997.
- Ровный В. В. Обычай в частном праве. Иркутск, 2004.
- Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора: Сб. науч. тр. / Отв. ред. В. К. Макутов. Донецк, 2005.
- Шиткина И. С. Правовое регулирование деятельности коммерческих организаций внутренними (локальными) документами. М., 2003.
- Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

Главы 3, 4

- Абова Т. Е. Производственные кооперативы в России. Правовые проблемы теории и практики // Государство и право. 1998. № 8.
- Белов В. А., Пестерева Е. В. Хозяйственные общества. М., 2002.
- Виницкий Д. В. Корпоративные объединения со сложной структурой: понятие и особенности налогообложения // Бизнес, менеджмент и право. 2003. № 3.
- Виницкий Д. В. Субъекты налогового права. М., 2000.
- Герасимов О. А. Правовое положение финансово-промышленных групп в Российской Федерации. Екатеринбург, 2007.
- Ильин М. С., Тихонов А. Г. Финансово-промышленная интеграция и корпоративные структуры: мировой опыт и реалии России. М., 2002.
- Комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» / Под ред. Б. М. Гонгало, П. В. Крашенникова. М., 2006.
- Кашанина Т. В. Корпоративное право: Учебник. М., 2006.
- Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005.
- Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» / Под общ. ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1996.
- Корпоративное право: Учебник / Отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2007.

- Кочетков Г. Б., Сулян В. Б. Корпорация: американская модель. СПб., 2005.
- Лаптев В. В. Субъекты предпринимательского права. М., 2003.
- Лаптев В. В. Акционерное право. М., 1999.
- Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение. М., 1997.
- Макарова О. А. Корпоративное право: Учебник. М., 2005.
- Метелева Ю. А. Правовое положение акционера в акционерном обществе. М., 1999.
- Михайлов Н. И. Правовая организация финансово-промышленных групп в России: состояние и перспективы. М., 2005.
- Осинцев Д. В. Лицензионно-разрешительная система в Российской Федерации. Екатеринбург, 1999.
- Петухов В. Н. Комментарий к Закону о финансово-промышленных группах. М., 2002.
- Пилецкий А. Е. Теоретические проблемы предпринимательской правосубъектности в смешанной экономике. М., 2005.
- Портной К. Правовое положение холдингов в России. М., 2004.
- Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности / Отв. ред. В. С. Белых. Екатеринбург, 2002.
- Семеусов В. А. Малое предпринимательство в России: Учебное пособие. Иркутск, 2001.
- Терещенко Л. К., Игнатюк Н. А. Предпринимателю о разрешительных процедурах. М., 2005.
- Торкановский Е. Финансово-промышленные группы: перспективы и проблемы // Хозяйство и право. 1996. № 4, 5.
- Тотьев К. Ю. Предпринимательское право. Публично-правовой статус предпринимателя: Учебное пособие. М., 2003.
- Федеральный закон «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»: Научно-практический комментарий. М., 2003.
- Шиткина И. С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление. М., 2006.
- Шиткина И. С. Правовое регулирование холдинговых компаний // Бизнес, менеджмент и право. 2003. № 3.
- Шиткина И. С. Предпринимательские объединения. М., 2001.

Глава 5

- Анохин В. С. Правовое регулирование процедуры по делам несостоятельности (банкротстве). Воронеж, 2003.
- Белых В. С., Дубинчин А. А., Скуратовский М. Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие. М., 2001.
- Белых В. С. Правовые основы банкротства юридических лиц: Учебное пособие. Екатеринбург, 1996.
- Баренбойм П. Правовые основы банкротства: Учебное пособие. М., 1995.
- Васильев Е. А. Правовое регулирование конкурсного производства: Учебное пособие. М., 1989.
- Карелина С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства). М., 2002.
- Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»: Постатейный научно-практический / Под ред. В. Ф. Попондопуло. М., 2003.
- Конкурсное производство: Учебно-практический курс / Под ред. В. В. Яркова. СПб., 2006.

- Кузнецова И. Ю. Несостоятельность (банкротство) субъектов предпринимательской деятельности. Саратов, 2001.
- Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. М., 2004.
- Пахаруков А. А. Правовое регулирование конкурсного производства юридических лиц (вопросы теории и практики). М., 2003.
- Попондопуло В. Ф., Слепченко Е. В. Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде. СПб., 2004.
- Попондопуло В. Ф. Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): Учебное пособие. М., 2001.
- Правовые проблемы несостоятельности (банкротства) / Под ред. С. А. Карелиной. М., 2004.
- Рубцова Н. В. Процедуры банкротства юридических лиц: Учебное пособие. Новосибирск, 2003.
- Степанов В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999.
- Телюкина М. В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» М., 2002.
- Телюкина М. Основы конкурсного права. М., 2004.
- Тосунян Г. А., Видулин А. Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». М., 2000.

Глава 6

- Вещные права в Республике Казахстан. Алматы, 1989.
- Заменгоф З. М. Правовой режим имущества хозяйственных органов. М., 1972.
- Зинченко С. А., Лапач В. А., Шапсугов Д. Ю. Проблемы объектов гражданских прав. Ростов н/Д, 2001.
- Ершова И. В. Имущество и финансы предприятия: правовое регулирование: Учебно-практическое пособие. М., 1999.
- Ершова И. В. Правовой режим государственного имущества в хозяйственном обороте: теоретические основы и пути совершенствования. М., 2001.
- Ефимова Л. Г. Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право. 1997. № 1, 2.
- Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения. М., 2000.
- Латышев А. Н. Проблема вещных прав в гражданском праве. Екатеринбург, 2003.
- Маттеи У., Суханов Е. А. Основные положения права собственности. М., 1999.
- Мурзин Д. В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. М., 1998.
- Правовой режим имущества субъектов предпринимательской деятельности: Сб. науч. тр. / Отв. ред., сост. В. С. Белых. М., 2006.
- Романов О. Е. Предприятие и иные имущественные комплексы как объекты гражданских прав. СПб., 2004.
- Степанов С. А. Недвижимое имущество в гражданском обороте. М., 2004.
- Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. М., 1991.
- Хохлов С. А. Регулирование денежных отношений // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. № 8.
- Шевченко Г. Н. Правовое регулирование ценных бумаг: Учебное пособие. М., 2003.
- Шенникова Л. В. Вещные права в гражданском праве России: Учебное пособие. М., 1996.

Глава 7

Белых В. С. Приватизация государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации: экономико-правовые вопросы // Государство и право. 1996. № 10.

Ратников К. Ю. Новый способ приватизации и продажи акций российских компаний и банков за рубежом. Американские и глобальные депозитарные расписки. М., 2001.

Савас Э. С. Приватизация: ключ к рынку / Пер. с англ. М., 1992.

Скворцов О. Ю. Приватизационное право: Учебное пособие. М., 2000.

Главы 8, 9

Белых В. С. Гражданско-правовое обеспечение качества продукции, работ и услуг: Сб. науч. тр. / Отв. ред., сост. О. А. Герасимов. Екатеринбург, 2007.

Белых В. С. Правовая концепция качества продукции, работ и услуг в условиях перехода к рыночной экономике // Стандарты и качество. 1993. № 1.

Белых В. С. Качество товаров в английском договоре купли-продажи. М., 1991.

Белых В. С., Виниченко С. И. Правовое регулирование цен и ценообразования в Российской Федерации: Учебно-практическое пособие. М., 2002.

Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М., 1991.

Брославский Л. И. Правовые основы стандартизации и качества. М., 1991.

Бублик В. А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения. Екатеринбург, 1999.

Вершинин А. П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001.

Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.

Вилкова С. А. Основы технического регулирования: Учебное пособие. М., 2006.

Губин Е. П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.

Гусева Т. А., Чапкевич Л. Е. Комментарий к Федеральному закону «О техническом регулировании» (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006.

Даурова Т. Монополистическая деятельность: понятие, виды, ответственность // Закон. 1996. № 3.

Дойников И. В. Государственное предпринимательство: Учебник. М., 2000.

Еременко В. И. Конкурентное право Российской Федерации. М., 2001.

Карягин Н. Е., Михайлов А. В., Чельшев М. Ю. Комментарий к законодательству о государственном регулировании предпринимательской деятельности: Научно-практический. СПб., 2003.

Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования. М., 2006.

Майфат А. В. Особенности инвестирования в предпринимательскую деятельность. Вопросы теории и правоприменения. Екатеринбург, 2001.

Международное публичное право: Учебник / Отв. ред. К. А. Бекяшев, 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004.

Мороз С. П. Теоретические проблемы инвестиционного права: гражданско-правовой аспект. Алматы, 2003.

Паращук С. А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии). М., 2002.

Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 2-е изд. М., 2004.

Семеусов В. А. Иностранные инвестиции и право в России. Иркутск, 2003.

Слепов В. А., Николаева Т. Е. Ценообразование: Учебное пособие / Под ред. В. А. Слепова. М., 2000.

Тотьев К. Ю. Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий): Учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003.

Халфина Р. Об антимонопольном законодательстве // Экономика и жизнь. 1991. № 9.

Храброва И. А. Государственное регулирование интеграционных процессов в корпоративном секторе // Бизнес, менеджмент и право. 2003. № 3.

Цены и ценообразование: Учебник для вузов / Под ред. И. К. Салимжанова. М., 2001.

Цыганов С. И., Манина А. Я. Иностранные инвестиции в России: проблемы национальной экономической безопасности. Екатеринбург, 2000.

Шретер В. Недобросовестная конкуренция. СПб., 1914.

Глава 10

Азарков М. М. Основы банковского права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах. М., 1994.

Агеев Ш. Р., Васильев Н. М., Катырин С. Н. Страхование: теория, практика и зарубежный опыт. М., 1998.

Андреев В. К. Рынок ценных бумаг. Правовое регулирование. Курс лекций. М., 1998.

Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1996.

Белых В. С., Кривошеев И. В. Страхование: Краткий учебный курс. М., 2004.

Белых В. С., Виниченко С. И. Биржевое право: Краткий учебный курс. М., 2001.

Белых В. С., Скуратовский М. Л. Гражданский кодекс и банковское законодательство // Хозяйство и право. 1997. № 4.

Банковское право: Учебное пособие / Отв. ред. А. А. Травкин. М., 2005.

Батлер У. Э., Гашу-Батлер М. Е. Корпорации и ценные бумаги по праву России и США. М., 1997.

Бердникова Т. А. Оценка ценных бумаг. М., 2001.

Бердникова Т. Б. Рынок ценных бумаг и биржевое дело: Учебное пособие. М., 2000.

Биржевая деятельность: Учебник / Под ред. А. Г. Грязновой, Р. В. Корнеевой, В. А. Галанова. М., 1995.

Братко А. Г. Центральный банк в банковской системе России. М., 2001.

Вексельное право: Учебно-практический курс / Отв. ред. В. В. Ярков. СПб., 2006.

Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции: Россия и международный опыт (сравнительно-правовой комментарий). М., 2001.

Гвозденко А. А. Основы страхования: Учебник. М., 1998.

Гейвандалов Я. А. Центральный банк Российской Федерации: юридический статус, функции, правомочия. М., 1997.

Граве К. А., Луц Л. А. Страхование. М., 1960.

Дегтярева О. И., Кандинская О. А. Биржевое дело: Учебник. М., 1997.

Дедиков С. В. Договоры имущественного и морского страхования: сравнительное исследование // Хозяйство и право. 2006. № 4.

Дедиков С. В. Генеральный полис // Хозяйство и право. 2006. № 9.

- Еременко В. И. Страховое право: Учебное право. Новосибирск, 2000.
- Ефимова Л. Банковское право: Учебное и практическое пособие. М., 1994.
- Комментарий к Федеральному закону «О рынке ценных бумаг» / Под ред. В. А. Вайпана. М., 2005.
- Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М., 1998.
- Новоселова Л. А. Вексель в хозяйственном обороте. Комментарий практики рассмотрения споров. М., 1997.
- Олейник О. М. Основы банковского права. Курс лекций. М., 1997.
- Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1997.
- Серебровский В. И. Избранные труды. М., 1997.
- Синенко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг. М., 2002.
- Суйц В. П., Ахметбеков А. Н., Дубровина Т. А. Аудит: общий, банковский, страховой. М., 2001.
- Тосунян Г. А. Теория банковского права: В 2 т. М., 2004.
- Тосунян Г. А., Викулин А. Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»: Учебно-практическое пособие. М., 2003.
- Фархутдинов И. З., Трапезников В. А. Инвестиционное право: Учебно-практическое пособие. М., 2006.
- Фогельсон Ю. Б. Комментарий к страховому законодательству. М., 1999.
- Худяков А. И. Страховое право. СПб., 2004.
- Шахов В. В., Медведев В. Г., Миллерман А. С. Теория и управление рисками в страховании. М., 2002.
- Шевченко Г. Н. Правовое регулирование ценных бумаг: Учебное пособие. М., 2003.
- Шеленкова Н. Б. Российское биржевое законодательство: Опыт краткого критического анализа // Государство и право. 1995. № 7.
- Шминова М. Я. Основы страхового права. М., 1993.
- Шинкаренко И. Э. Страхование ответственности: Справочник. М., 1999.
- Шихов А. К. Страховое право: Учебное пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2006.

Глава 11

- Белых В. С. Предпринимательский договор: понятие, виды и сфера применения // Цивилистические исследования. Вып. первый: Сб. науч. тр. памяти проф. И. В. Федорова / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М., 2004.
- Болингер В. Ф. Внешнеторговый бартер (правовые аспекты): Учебное пособие. Екатеринбург, 1993.
- Быков А. Г. План и хозяйственный договор. М., 1975.
- Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967.
- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М., 1997.
- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. вторая. Договоры о передаче имущества. М., 2000.
- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002.
- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. четвертая. Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услуг в сфере транспорта. М., 2003.
- Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972.

- Гражданско-правовой договор и его функции: Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1980.
- Договор в народном хозяйстве (вопросы общей теории). Алма-Ата, 1987.
- Завидов Б. Д. Договорное право России: Научно-практическое пособие. М., 1998.
- Занковский С. С. Предпринимательские договоры. М., 2004.
- Иванов В. В. Общая теория договора. М., 2006.
- Казанцев М. Ф. Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005.
- Сафиуллин Д. Н., Губин Е. П., Суханов Е. А. Хозяйственный договор. Общие положения. Свердловск, 1986.
- Скворцов О. Ю. Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. М., 2006.
- Толстой В. С. Исполнение обязательств. М., 1973.
- Федоров И. В. Хозяйственный договор — особый вид гражданско-правового договора: Тр. Томского гос. ун. им В. В. Куйбышева. Т. 219. Томск, 1971.
- Хохлов С. А. Договорная работа: Учебное пособие. Свердловск, 1986.

Глава 12

- Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. М., 1975.
- Белых В. С. Формы и способы защиты прав хозяйственных организаций: Учебное пособие. Свердловск, 1985.
- Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976.
- Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб., 2000.
- Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. М., 1995.
- Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999.
- Дегтярев С. Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе: учебно-практическое пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003.
- Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.
- Защита прав инвесторов / Под ред. В. В. Яркова. М., 1998.
- Зверева Е. А. Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств. М., 1999.
- Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер: Учебное пособие. Свердловск, 1980.
- Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991.
- Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1973.
- Либанова С. Э. Проблемы возмещения убытков и пути их решения. Курган, 2006.
- Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985.
- Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность. Киев, 1978.
- Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000.
- Самощенко И. С., Фарушкин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971.

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	3

Раздел 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. ПРЕДМЕТ И СИСТЕМА КУРСА	8

§ 1. Предпринимательская деятельность как предмет правового регулирования	8
§ 2. Понятие предпринимательского права и его место в структуре российского права	23
§ 3. Принципы предпринимательского права	27
§ 4. Методы предпринимательского права	37
§ 5. Правоотношения, возникающие в сфере предпринимательской деятельности	41

Глава 2. ИСТОЧНИКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА	47

§ 1. Понятие и виды источников предпринимательского права	47
§ 2. Предпринимательское законодательство и основные направления его совершенствования	49
§ 3. Обычаи делового оборота как источник предпринимательского права	55
§ 4. Применение норм международного права	60
§ 5. Роль судебной практики в правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности	66

Раздел 2. СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 3. ПРАВОВОЙ СТАТУС ОТДЕЛЬНЫХ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	73

§ 1. Субъекты предпринимательской деятельности: понятие и виды	73
§ 2. Индивидуальная форма предпринимательства	79
§ 3. Коллективные формы предпринимательства	89
§ 4. Субъекты малого предпринимательства	156
§ 5. Предпринимательские объединения	163
§ 6. Некоммерческие организации как субъекты предпринимательской деятельности	183

Глава 4. СОЗДАНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА	191

§ 1. Порядок и способы создания субъектов предпринимательства	191
§ 2. Государственная регистрация субъектов предпринимательства	194
§ 3. Реорганизация субъектов коллективного предпринимательства	196
§ 4. Ликвидация субъектов коллективного предпринимательства	203

Глава 5. НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО) СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	211

§ 1. Понятие, критерии и признаки несостоятельности (банкротства)	211
§ 2. Правовой статус участников правоотношений несостоятельности (банкротства)	217
§ 3. Процедуры несостоятельности (банкротства)	234

Раздел 3. ИМУЩЕСТВО СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 6. ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ИМУЩЕСТВА СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	259

§ 1. Понятие и виды имущества субъектов предпринимательской деятельности	259
§ 2. Правовые формы принадлежности имущества субъектам предпринимательской деятельности	268
§ 3. Правовой режим отдельных видов имущества	279

Глава 7. ПРИВАТИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО И МУНИЦИПАЛЬНОГО ИМУЩЕСТВА	302
§ 1. Понятие и основные цели приватизации	302
§ 2. Законодательство о приватизации	306
§ 3. Субъекты и объекты приватизационных правоотношений	308
§ 4. Порядок и способы приватизации	311

Раздел 4. ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ И ИНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 8. МЕХАНИЗМ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	317

§ 1. Государственное регулирование предпринимательской деятельности: понятие, виды, основания и пределы	317
§ 2. Методы, средства и формы государственного регулирования предпринимательской деятельности	320
§ 3. Государственный контроль за предпринимательской деятельностью	329

Глава 9. ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФУНКЦИОНАЛЬНЫХ ВИДОВ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	336

§ 1. Антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности	336
§ 2. Техническое регулирование	376
§ 3. Государственное регулирование ценообразования	392
§ 4. Государственное регулирование инновационной деятельности	417
§ 5. Государственное регулирование инвестиционной деятельности	431
§ 6. Государственное регулирование внешнеэкономической деятельности	457

Глава 10. ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТРАСЛЕВЫХ ВИДОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	470

§ 1. Государственное регулирование банковской деятельности	470
§ 2. Государственное регулирование биржевой деятельности	492
§ 3. Государственное регулирование страховой деятельности	505
§ 4. Государственное регулирование профессиональной предпринимательской деятельности на рынке ценных бумаг	534
§ 5. Государственное регулирование аудиторской деятельности	550
§ 6. Государственное регулирование оценочной деятельности	564

Раздел 5. ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ПРАВ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Глава 11. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ ДОГОВОР	583

§ 1. Предпринимательский договор: понятие, виды и сфера применения	583
§ 2. Особенности порядка заключения предпринимательского договора	594
§ 3. Особенности изменения и расторжения предпринимательского договора	608
§ 4. Исполнение предпринимательского договора: понятие, принципы	610

Глава 12. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	615

§ 1. Понятие, виды и основания для применения ответственности	615
§ 2. Неустойка: понятие, виды и порядок взыскания	622
§ 3. Убытки: понятие, виды и порядок взыскания	628
§ 4. Ответственность за неисполнение денежного обязательства	635

РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

1. Основная литература (ко всем разделам)	639
2. Специальная литература	640