

Предпринимательское право
(правовая основа предпринимательской деятельности)

С. Э. Жилинский

Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности)

*Допущено Министерством образования и науки
Российской Федерации в качестве учебника
для студентов вузов, обучающихся
по специальности «Юриспруденция»*

8-е издание, пересмотренное и дополненное



Издательство НОРМА
Москва, 2007

УДК 347(075.8)
ББК 67.404я73
Ж72

Об авторе

Станислав Эдуардович Жилинский — доктор юридических наук, профессор-консультант кафедры правового обеспечения рыночной экономики Российской академии государственной службы при Президенте РФ, заслуженный деятель науки РФ, член Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ, автор более 100 работ по теории государства и права, конституционному, гражданскому и предпринимательскому праву.

Тема 13 подготовлена кандидатом юридических наук С. С. Жилинским.

Жилинский С. Э.

Ж72 Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) : учеб. для вузов / С. Э. Жилинский. — 8-е изд., пересмотр, и доп. — М.: Норма, 2007. — 944с.

Учебник посвящен вопросам правового регулирования предпринимательской деятельности. В нем рассматриваются система действующих нормативных правовых актов и практика их реализации. Все вопросы излагаются в рамках вузовской учебной программы. Законы и иные нормативные правовые акты приведены по состоянию на 1 февраля 2007 г.

Восьмое издание учебника подготовлено с учетом последних изменений в законодательстве.

Для студентов, аспирантов и преподавателей вузов, предпринимателей, депутатов и членов законодательных (представительных) органов власти, государственных и муниципальных служащих, а также всех, кто самостоятельно изучает правовые проблемы современной российской экономики.

УДК 347(075.8)
ББК 67.404я73

ISBN 978-5-468-00080-9

© Жилинский С. Э., 2006
© Жилинский С. Э., 2007, с изменениями
© Яковлев В. Ф., предисловие, 2007
© ООО «Издательство НОРМА», 2007

Содержание

<i>В. Ф. Яковлев. Предисловие</i>	9
Введение	11
Тема 1. Экономика, рынок, право	27
§ 1. Экономика как система: основные черты и функции.....	27
§ 2. Соотношение макро- и микроэкономики.....	34
§ 3. Содержание и структура рынка.....	38
§ 4. Рынок как объект правового регулирования.....	47
Тема 2. Общество, предпринимательство, право	62
§ 1. Понятие и функции предпринимательства.....	62
§ 2. Правовая характеристика российского предпринимательства.....	65
§ 3. Предпринимательство и общество.....	84
§ 4. Юридические критерии рыночных экономических отношений.....	91
Тема 3. Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности	97
§ 1. Понятие и структура правовой основы предпринимательства.....	97
§ 2. Нормативно-правовая основа предпринимательства. Понятие предпринимательского права.....	99
§ 3. Законность и правопорядок в предпринимательской деятельности.....	115
Тема 4. Субъекты предпринимательской деятельности	130
§ 1. Понятие и виды субъектов предпринимательства.....	130
§ 2. Организационно-правовые формы предпринимательских организаций.....	156
§ 3. Порядок учреждения, реорганизации и ликвидации предпринимательских организаций.....	162
§ 4. Лицензирование деятельности субъектов предпринимательства.....	212
§ 5. Правовая культура и правосознание предпринимателя.....	219
§ 6. Правовое воспитание предпринимателей.....	234
Тема 5. Объекты гражданских прав предпринимателей	245
§ 1. Понятие и виды объектов гражданских прав. Классификация вещей.....	245
§ 2. Ценные бумаги и их рынок.....	256

§ 3. Информация. Персональные данные. Служебная и коммерческая тайна.....	285
§ 4. Интеллектуальная собственность.....	305
Тема 6. Собственность — экономическая основа предпринимательства.....	330
§ 1. Право собственности: понятие, значение, содержание.....	330
§ 2. Формы и виды собственности.....	337
§ 3. Основания приобретения и прекращения права собственности.....	347
§ 4. Защита права собственности и других вещных прав.....	353
Тема 7. Приватизация государственной и муниципальной собственности.....	359
§ 1. Понятие и правовое содержание приватизации. Особенности приватизации в России.....	359
§ 2. Нормативно-правовая основа приватизации государственного и муниципального имущества.....	365
§ 3. Правовое регулирование процесса приватизации.....	379
Тема 8. Гражданско-правовой договор — основная юридическая форма предпринимательской деятельности.....	406
§ 1. Договор в системе оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей предпринимателей.....	406
§ 2. Понятие, значение и нормативная основа договора.....	412
§ 3. Заключение, изменение и расторжение договора.....	424
§ 4. Обеспечение исполнения договоров.....	442
§ 5. Расчеты в договорных и иных предпринимательских отношениях.....	447
Тема 9. Роль в предпринимательстве органов государственной власти и органов местного самоуправления.....	469
§ 1. Государство и муниципальные образования как субъекты гражданского права и предпринимательской деятельности.....	469
§ 2. Властные полномочия органов государственной власти и органов местного самоуправления в отношении хозяйствующих субъектов.....	484
§ 3. Взаимодействие органов государственной власти и органов местного самоуправления с хозяйствующими субъектами. Особые экономические зоны. Концессии.....	495
§ 4. Техническое регулирование, регулирование единства измерений и обращения с отходами.....	519
§ 5. Государство и малое предпринимательство.....	534
§ 6. Защита прав потребителей.....	542

Тема 10. Правовые гарантии конкуренции	548
§ 1. Конкуренция и монополия как объективные свойства рыночной экономики и необходимость государственно-правового воздействия на них.....	548
§ 2. Нормативно-правовая основа конкуренции.....	558
§ 3. Правовые меры защиты конкуренции.....	576
§ 4. Роль государства в обеспечении правовых гарантий конкуренции.....	598
Тема 11. Естественные монополии	608
§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа.....	608
§ 2. Государственное регулирование и контроль в сферах естественных монополий.....	629
§ 3. Юридическая ответственность за нарушение законодательства о естественных монополиях.....	643
Тема 12. Банковская деятельность	647
§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа банковской деятельности.....	647
§ 2. Содержание банковской деятельности и роль Центрального банка Российской Федерации как органа государственного управления ею.....	651
§ 3. Банковская тайна.....	670
Тема 13. Инвестиционная деятельность	675
§ 1. Инвестиции и инвестиционная деятельность: понятие и значение.....	675
§ 2. Нормативно-правовая основа инвестиционной деятельности.....	680
§ 3. Особенности инвестиционного правоотношения.....	683
§ 4. Инвестиционная деятельность и государство.....	687
Тема 14. Финансово-промышленные группы	693
§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа.....	693
§ 2. Создание и ликвидация финансово-промышленных групп.....	704
§ 3. Управление деятельностью финансово-промышленных групп.....	718
§ 4. Финансово-промышленные группы и государство.....	722
Тема 15. Холдинги	731
§ 1. Понятие, объективные предпосылки возникновения и развития, место в системе участников предпринимательских отношений.....	731
§ 2. Нормативно-правовая основа создания и деятельности холдингов.....	735
§ 3. Холдинги и государство.....	747

Тема 16. Товарные биржи	751
§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа.....	751
§ 2. Учреждение биржи и управление ею.....	762
§ 3. Особенности биржевой торговли.....	768
§ 4. Товарные биржи и государство.....	781
Тема 17. Торгово-промышленные палаты	786
§ 1. Понятие, нормативно-правовая основа и система торгово-промышленных палат.....	786
§ 2. Образование и прекращение деятельности торгово-промышленных палат. Управление ими.....	792
§ 3. Правовой статус торгово-промышленных палат и практика его реализации.....	796
§ 4. Торгово-промышленные палаты и государство.....	802
Тема 18. Реклама	806
§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа рекламы.....	806
§ 2. Правовая характеристика содержания и распространения рекламы.....	818
§ 3. Саморегулирование, государственный контроль и юридическая ответственность в сфере рекламы.....	838
Тема 19. Несостоятельность (банкротство) предпринимателей	846
§ 1. Понятие, причины и нормативно-правовая основа несостоятельности (банкротства).....	846
§ 2. Общая правовая характеристика банкротства и его предупреждение.....	862
§ 3. Разбирательство дел о банкротстве в арбитражных судах. Наблюдение.....	895
§ 4. Финансовое оздоровление.....	907
§ 5. Внешнее управление.....	911
§ 6. Конкурсное производство.....	920
§ 7. Мировое соглашение.....	933
Заключение	938
Принятые сокращения	941

Предисловие

Предлагаемый вниманию читателей учебник «Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности)» посвящен весьма актуальной в настоящее время проблеме. В нем автор на основе анализа действующего законодательства и большого фактического материала раскрыл значение правового регулирования предпринимательской деятельности, подробно рассмотрел содержание специфической формы деятельности, направленной не только на извлечение прибыли, но и в конечном счете на удовлетворение спроса потребителей.

Данная работа имеет особую ценность благодаря тому, что в ней предметно показана связь экономики и права, исследованы нормы Гражданского кодекса Российской Федерации, многих законов и других правовых актов, регулирующих экономические отношения, принятых в его развитие.

При этом автор не ограничивается анализом тех или иных законодательных положений, а детально рассматривает проблемы, которые ждут своего решения. Это относится, в частности, к совершенствованию законодательства о предпринимательстве.

Большой практический интерес представляют темы, в которых раскрывается роль государства в правовом регулировании предпринимательской деятельности, в том числе формы и методы этого регулирования, содействие развитию малого предпринимательства, судебная защита прав потребителей.

Значение экономических преобразований, проводимых в настоящее время в России, трудно переоценить, особенно сейчас, в ситуации выхода из экономического кризиса. Поэтому рассмотрение широкого круга проблем, правового обеспечения их решения придает настоящей работе современное звучание. Наряду с общими вопросами соотношения экономики и права, собственности, ее приватизации и другими автор раскрывает роль гражданско-правового договора как основной юридической формы предпринимательства, понятие, содержание и правовую основу банковской деятельности, правовые гарантии

конкуренции и ограничения монополизма. Специальные темы посвящены естественным монополиям, товарным биржам, торгово-промышленным палатам, холдингам, несостоятельности (банкротству).

Исследование названных выше проблем безусловно будет представлять интерес для всех работников, занимающихся правоприменительной деятельностью, практикующих юристов, а также для преподавателей, аспирантов и студентов юридических и экономических высших учебных заведений.

В. Ф. Яковлев,
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор,
советник Президента РФ по правовым вопросам

Введение

1. Напряженнейшими усилиями государства, общества и всех граждан удалось остановить опаснейший кризис в нашей стране, получивший весьма символическое название системного, достичь стабилизации, постепенно переходящей в развитие. В работе по преодолению его последствий, недопущению рецидива и дальнейшему подъему экономики необходимо учитывать особенности этого кризиса. Системный кризис означает, во-первых, что в большей или меньшей мере им поражены все без исключения сферы и институты общества и государства. Во-вторых, системность кризиса свидетельствует о наличии объективно обусловленных взаимозависимых кризисных явлений, их определенной иерархии, глубины и распространенности, когда кризис одних элементов неизбежно порождает кризис других, другие — кризис третьих и так далее до бесконечности. Познание структуры кризиса, его причинно-следственных связей позволяет упорядочить и сделать управляемыми различные кризисные явления, разорвать их порочный круг и тем самым добиться сначала общественной стабилизации, а затем поступательного движения вперед.

Поиск выхода из кризиса, преодоление его последствий стали общенациональной задачей. Без ее решения тщетны попытки развить гражданское общество, укрепить государственность, достичь благосостояния людей. Общественная активность наиболее отчетливо наблюдается во время периодически проходящих выборов органов представительной и законодательной власти Российской Федерации, ее субъектов, Президента РФ, глав (президентов) субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления. Каждый из участников этой сложной и ответственной политической кампании предлагает свои рецепты экономического, социального, политического, духовного возрождения России.

Заботой об искоренении существующих негативных тенденций проникнуты послания Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 8 июля 2000 г. «Какую Россию мы строим»¹, от

3 апреля 2001 г. «Не будет ни революций, ни контрреволюций», от 18 апреля 2002 г. «России надо быть сильной и конкурентоспособной»², от 16 мая 2003 г., от 26 мая 2004 г., от 25 апреля 2005 г. и от 10 мая 2006 г. — без названия (далее — Послание с указанием года, послания Президента РФ)³.

Для процесса преодоления последствий системного кризиса и недопущения его повторения имеют определяющее значение два фактора. Первый — опора на право, законодательство: лишь через создание и неуклонную реализацию законодательства, адекватно отражающего происходящие в обществе процессы, можно достичь цивилизованного прогрессивного реформирования России. Таково категорическое установление Конституции страны, принятой на референдуме 12 декабря 1993 г. и объявившей Российскую Федерацию демократическим федеративным правовым социальным и светским государством.

Второй фактор — правильный выбор точки приложения главных усилий. Соответствующие попытки, как бы сами по себе они ни были велики, не приведут к успеху при их распыленности по всем пораженным кризисом структурам общества и государства. Системный кризис логично требует, чтобы не менее системными были и меры по его ликвидации. Сферой такого сосредоточения главных усилий по выходу из кризиса является экономика, и в первую очередь ее фундамент — производство. Без эффективно действующего отечественного производства не может быть обеспечено устойчивое функционирование самой экономики как целого, невозможно достичь надежного удовлетворения спроса на товары, работы и услуги, политической и социальной стабильности, включая недопущение конфронтации между федеральными органами государственной власти и органами власти субъектов Федерации, а также между последними и органами местного самоуправления, налаживание конструктивных внешнеэкономических связей, в том числе со странами СНГ. Без решения острейших проблем развития производства невозможны наполнение необходимыми денежными средствами бюджетов всех уровней, своевременные выплаты гражданам пенсий и заработной платы, удовле-

¹ Российская газета. 2001. 4 апр.

² Российская газета. 2002. 19 апр.

³ Российская газета. 2003. 17 мая; 2004. 27 мая; 2005. 26 апр.; 2006. мая.

ние иных социальных и культурных потребностей людей. Президент РФ в Послании 2006 г. напомнил: «...как об абсолютном приоритете — мы неоднократно говорили о необходимости добиваться высоких темпов экономического роста».

2. Оба названных фактора и в теории, и на практике интегрируются, к сожалению, медленно. Экономические и юридические науки идут как бы параллельными путями, не делая должных шагов навстречу друг другу. До сих пор, по сути, не создано коллективных монографий, соавторами которых выступали бы экономисты и юристы. В этой связи вспоминается давняя студенческая пора. Юридический факультет Ленинградского государственного университета, где довелось учиться автору, был расположен в одном коридоре с политэкономическим факультетом. Будущим юристам преподавали политэкономия по тем же программам, что и студентам-соседям. Часто возникали дискуссии, кто важнее для народного хозяйства — экономисты с их экономическими науками или юристы со «своими» законами. Работая много лет после окончания учебы в правоохранительных органах и позднее на научно-преподавательском поприще, автор наблюдал и был участником таких же споров. Удивительно, но факт: спор о том, «что идет впереди — экономика или законы, регулирующие ее», недавно оживленно велся в Государственной Думе при обсуждении одного из законопроектов.

Между тем для подобного противопоставления нет никаких серьезных поводов. Прежде и особенно теперь, когда в России создается рыночная экономика, служащим всех органов государственной власти и органов местного самоуправления, политическим и хозяйственным деятелям крайне необходимы и те и другие знания. Структуру этих знаний детерминирует объективно складывающееся соотношение экономики и права, ибо народное хозяйство развивается по своим экономическим законам, не терпящим никакого насилия над собой. Попытки волевыми методами прервать это развитие, повернуть в другую сторону, подогнать под какие-либо схемы, внешне иногда очень заманчивые, в конечном счете заканчиваются крупными провалами, идет ли речь о китайском «большом скачке», созидании «развитого социализма» или скоропалительной «либерализации» экономики.

Упрощенно иерархия экономических знаний может быть представлена следующим образом. Первая и постоянная задача

экономической науки и ее представителей — выявление скрытых от непосредственного восприятия экономических закономерностей, т. е. обнаружение устойчивых повторяющихся взаимосвязей в производственных отношениях. Далее, вскрыв конкретную закономерность, необходимо ее вычленив из общих взаимосвязей и досконально изучить, а затем «вписать» в систему познанных и действующих экономических законов. Наконец, на поверхности полученные знания концентрированно выражаются в механизме действия объективных закономерностей (так называемом хозяйственном механизме). Суть его — обоснование научных рекомендаций по использованию экономических законов и закономерностей¹ в практической деятельности людей — участников производственных отношений, государственных и муниципальных служащих и др.

Видимо, одна из основных причин многих ошибок, просчетов и промахов в проведении экономических реформ как раз и состоит в отставании экономических знаний от реальностей в народном хозяйстве. Нередко отечественные ученые, вместо того чтобы погрузиться в глубь процессов, происходящих в нашей экономике, заглянуть внутрь их, увлекаются распространением модных, но не адаптированных к российской действительности экономических теорий. Как следствие, экономическая политика не получает должного теоретического обоснования и подкрепления, лишена необходимой ей системности.

Юридическая наука и ее представители как бы продолжают дело, начатое коллегами-экономистами. Вклад юриспруденции в развитие экономики состоит прежде всего в постоянном и никогда не достигающем завершения решении двуединой задачи: изучении и осмыслении с позиций правоведения общественных отношений, складывающихся и функционирующих в народном хозяйстве, в целях выработки рекомендаций по государственно-правовому воздействию на них; в освоении, опять же с позиций правоведения и с той же целью, знаний, добытых экономической наукой, «переводе» их на юридический язык,

¹ Экономические законы и закономерности — близкие по значению понятия, но в экономической литературе они трактуются неодинаково. Более обоснованной представляется точка зрения, согласно которой в закономерности проявляется одновременное действие нескольких законов.

который может быть использован в правотворчестве. А дальше следуют усилия по воплощению теоретических положений и рекомендаций в жизнь. Здесь правоведами тоже решаются две задачи.

Первая связана с закреплением в правовых актах — законах, указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, других федеральных органов государственной власти, актах субъектов Российской Федерации — научно познанных и аргументированных правил поведения в сфере экономики и других сферах общества, делающих их юридически обязательными для всех участников соответствующих общественных отношений. Вторая задача — добиться реального воздействия норм права на экономику. Путь к ее решению только один: все, кто трудится в сфере экономики, должны знать действующее законодательство, быть убежденными сторонниками его последовательной реализации и уметь с учетом специфики своей работы использовать правовые нормы на практике. На этом заканчивается своеобразный кругооборот: правила поведения, почерпнутые объединенными усилиями ученых, специалистов, всех заинтересованных лиц из практики экономических отношений и трансформированные в юридически обязательные правовые нормы, опять возвращаются в практику экономических отношений, чтобы единообразно упорядочивать их. Кругооборот завершился, чтобы тут же вновь начаться. Так идет непрерывное взаимное обогащение теории и практики на благо народа, общества, государства.

Вывод из сказанного вытекает сам собой. *Экономические знания, лишенные правовой формы, опоры на юридический фактор, внутренне не связанные с правом, регулирующим экономические отношения, дают мало пользы их обладателям.* Равным образом малоэффективны и правовые знания, не обоснованные экономически. В этом смысле экономические знания, несомненно, имеют приоритет над правовыми. Но следует подчеркнуть: в непосредственной практической деятельности участники экономических отношений обязаны руководствоваться, согласовывать свое поведение не с экономическими теориями и моделями, а при урегулированности конкретного экономического отношения нормами права исходить только из них. И в указанном смысле правовые знания не могут не иметь приоритета над экономическими. Противоречия между этими двумя отраслями знаний неизбежны, но разрешать их надо следую-

щим образом: действующую правовую норму, даже отставшую от регулируемого ею экономического отношения, надлежит неукоснительно соблюдать, исполнять и применять, одновременно принимая меры к ее совершенствованию, приведению в согласие с жизнью. При подготовке данного учебника автор и ставил перед собой цель внести посильную лепту в ослабление разрыва между экономическими и правовыми знаниями. Акцент в нем сделан как раз на стыковке экономики и права, актуальные проблемы права рассматриваются в тесной увязке со сходными проблемами экономики¹.

3. *Центральной фигурой в народном хозяйстве, творцом и основным действующим лицом проводимых в настоящее время экономических реформ является предприниматель.* Президент РФ в Послании 2003 г., говоря о необходимости за десятилетие как минимум удвоить валовой внутренний продукт, на первое место среди факторов роста поставил потенциал, который есть в предпринимательстве, назвав последнее мотором экономического роста. От успеха российского предпринимателя во многом зависит успех страны в целом. Этим обстоятельством детерминированы название и содержание учебника — «Правовая основа предпринимательской деятельности». Предпринимателям, стоящим у истоков современной российской рыночной экономики, в первую очередь нужно знать установленные государством правила предпринимательской деятельности. Без таких знаний, хотя бы самых элементарных, неизбежно потерпит фиаско самый энергичный и на первый взгляд преуспевающий предприниматель, будут обречены на неуспех проводимые экономические реформы, окажутся напрасными тяжелые материальные и моральные потери, понесенные нынешними поколениями российских граждан.

Однако основное название данного учебника — «Предпринимательское право». Тем самым автор отдает дань получившему распространение, с его точки зрения, неточному обозначению комплекса правовых норм, регулирующих предпринимательство. В узконормативном правопонимании курс «Правовая основа предпринимательства» полностью включает «Предпринимательское право». Преимущество же первого состоит в том, что наряду с изучением соответствующих юридических норм в

¹ Обработка нормативных актов осуществлялась с помощью справочно-поисковой системы «КонсультантПлюс».

статике акцент в нем делается на проблемах реализации этих норм, практики их осуществления. При широком правопонимании оба курса полностью идентичны. Обо всем этом подробно будет изложено в теме «Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности».

Сказанное относится не только к предпринимателям. Знание правовой основы предпринимательства крайне необходимо депутатам законодательных и представительных органов власти, работникам органов государственной власти и органов местного самоуправления, начиная с высших должностных лиц и кончая рядовыми государственными и муниципальными служащими. Именно через посредство предпринимательских структур осуществляется главным образом управляющее воздействие на современную российскую экономику. Как заметил Президент РФ в Послании 2002 г., «знание чиновниками современной науки управления... все еще очень большая редкость». Необходимый же элемент этой науки составляют знания правовые, в том числе относящиеся к сфере экономики, ее предпринимательскому характеру.

Опора на правовую основу предпринимательства есть непрерывное условие эффективного участия в жизни страны отдельных политиков, партий, общественных организаций, движений и иных негосударственных объединений. Компетентное владение используемыми в экономике правовыми рычагами позволяет им быстро налаживать деловое сотрудничество с государственными органами, органами местного самоуправления и предпринимателями, завоевывать доверие у населения, привлекать на свою сторону потенциальных избирателей — электорат.

Знания о правовой основе предпринимательства нужны всем студентам высших и средних специальных учебных заведений — гуманитарных, технических, медицинских и др. Специалист после окончания учебы волей-неволей оказывается сегодня причастным к предпринимательской деятельности: он или осуществляет ее непосредственно сам, или соприкасается с нею при выполнении своих служебных обязанностей. В Подмоскowie осенью 2006 г. открылась бизнес-школа для подготовки управленческих кадров. Строительство учебных заведений подобного типа начато в конце ноября 2006 г. В Санкт-Петербурге.

С правовой основой предпринимательства неразрывно связана жизнь всех граждан России. Ведь каждый из нас вправе при соблюдении некоторых несложных условий в любое время

открыть собственное предпринимательское дело и тем самым стать полным хозяином своей судьбы. Кроме того, каждый гражданин, часто сам того не сознавая, постоянно вступает в контакты с разного рода предпринимателями при удовлетворении своих повседневных нужд. Правовые знания помогают нам более уверенно и действенно защищать свои права потребителя в случае их нарушения.

Наконец, знание правовой основы предпринимательства и функционирования российских субъектов предпринимательской деятельности необходимо иностранным гражданам, и в первую очередь тем из них, которые занимаются предпринимательством на территории России или иным образом связаны с российскими деловыми кругами.

Из вышесказанного можно сделать вывод: *изучение правовой основы предпринимательства, ее истории, теории и практики необходимо всем участникам социального общения.* Данный учебник и рассчитан на то, чтобы возможно полнее показать нынешнюю динамику экономики, социальной сферы, предпринимательства и права России в их системной целостности и, как следствие, чтобы каждый читатель нашел в нем полезную для себя информацию.

4. Два основополагающих российских закона — «О собственности в РСФСР» и «О предприятиях и предпринимательской деятельности» вступили в силу с 1 января 1991 г. Вместе с тем ни наука с ее учебной базой, ни сами преподаватели независимо от их ученых степеней и званий не были готовы к такому крутому перелому в развитии страны в целом и ее народного хозяйства в частности. Пользуясь прежними методами, уже нельзя было ни преподавать общественные науки (в первую очередь — экономические и юридические), ни вести хозяйственную практику. Однако новые и крайне необходимые отечественные учебники и учебные пособия отсутствовали. Предпринимавшиеся же попытки использовать в учебном процессе зарубежные источники оказались неудачными, так как содержащаяся в них информация не соотносилась с российской действительностью. Ведь ни в одной стране мира, включая и государства бывшей соцсистемы, пожалуй, не было столь же уродливо огосударствленных общественных отношений (включая экономические), как в России. Нигде начавшиеся реформы не сопровождалась подобными мощными разрушительными последствиями в народном хозяйстве.

Перед специалистами встала острейшая и неотложная задача: в возможно короткие сроки наладить в стране преподавание предметов экономико-правового цикла, адекватное реальному положению дел, подготовить необходимых для этого преподавателей, издать соответствующие учебники и иную литературу. По мере обобщения практики проведения экономических реформ, укрепления их нормативно-правовой основы, расширения и улучшения подготовки преподавательского состава, накопления опыта самого преподавания постоянно обновлялись учебно-методические материалы, более современными становились формы и методы преподавания.

Все вышеизложенное привело автора к логическому выводу о необходимости создания особого учебного цикла по изучению правовых проблем рыночной экономики, включающего четыре блока. Центральное место в нем занимает *первый* блок, связанный с предпринимательским правом, созданием и проведением в жизнь правовой основы предпринимательской деятельности. В начале 90-х гг. XX в. легальное предпринимательство в России было явлением совершенно новым, никакой преемственности с прежним советским народным хозяйством в части, касающейся экономической практики и законодательного регулирования, не имевшим. Напротив, попытки заниматься предпринимательством и коммерческим посредничеством, а также иными подобными формами хозяйствования расценивались советской властью как серьезные преступления.

При разработке учебного курса предпринимательского права чрезвычайно сложным оказалось решение трех основных вопросов. Первый был связан с его содержательной наполняемостью. Ведь правовые дисциплины, обслуживавшие сферу народного хозяйства, в большей или меньшей мере уже преподавались в рамках правовых наук. На первых порах неизбежно имело место обильное дублирование, связанное с определенной конкуренцией между учебными дисциплинами, что несколько дискредитировало нарождавшееся предпринимательское право. Второй вопрос — поиск оптимальной внутренней структуры права, расположение материала таким образом, чтобы каждая последующая тема логично вытекала из предыдущей, опиралась на нее. Решение третьего вопроса заключалось в том, чтобы найти предпринимательскому праву полагавшееся ему место в общей системе российского права.

Второй блок цикла — гражданское право. Оно, несомненно, первенствует в регулировании рыночных экономических отношений. Предпринимательское право может рассматриваться по отношению к нему как своего рода дочернее: гражданское право подпитывает все основные институты предпринимательского права. Разработка, равно как преподавание и изучение, предпринимательского права невозможны в отрыве от гражданского права, а также без его глубокого знания.

Гражданское право, хотя и в очень ограниченном объеме, применялось также в советской экономике. В связи с этим задача включения его в рассматриваемый нами цикл решалась несколько проще: необходимо было наполнять новым содержанием нормы действовавшего тогда еще советского гражданского права и интенсивно осваивать появлявшиеся в большом количестве неизвестные нам ранее гражданско-правовые принципы, подотрасли, институты и т. д.

Главная трудность состояла в разграничении гражданского и предпринимательского права. И в процессе преподавания этих дисциплин, и в посвященной им учебной литературе наблюдалось много, казалось бы, неизбежных повторов. Следует заметить, что с этой проблемой столкнулись, но так и не сумели ее до конца преодолеть еще дореволюционные российские ученые (ср., например, труды Г. Ф. Шершеневича «Учебник русского гражданского права» 1907 г. и «Учебник торгового права» 1914 г.).

В настоящем учебнике проводится мысль о трех основных линиях, по которым целесообразно проводить разграничение предмета гражданского и предпринимательского права: 1) по субъектам права; 2) по заключаемым договорам; 3) по характеру юридической ответственности. Высказаны рекомендации законодательно более предметно отличать: в общем составе юридических лиц — предпринимательские организации, а среди последних — коммерческие; общегражданские договоры — от предпринимательских, а от последних — коммерческие; юридическую ответственность коммерческих организаций от ответственности некоммерческих предпринимательских организаций.

Третий блок цикла — криминологический. Уже в начале осуществления рыночных реформ в России было совершенно ясно, что реализация на практике столь грандиозных преобра-

зований повлечет за собой усложнение криминогенной обстановки в стране, в том числе связанной с появлением ранее совершенно неизвестных тяжких преступлений в сфере экономики. Сложившаяся прежде система профилактики преступлений в начале 90-х гг. XX в. уже не соответствовала новым социальным, экономическим и политическим условиям и, как следствие, была разрушена. Важнейшей задачей законодательных и правоохранительных органов в настоящее время является разработка адекватных нынешней действительности мер по предупреждению и пресечению экономических преступлений; без успешного ее решения учебный цикл, посвященный правовым проблемам рыночной экономики, не может считаться полноценным.

В 2000 г. вышел коллективный труд «Российская криминологическая энциклопедия. Преступность и борьба с ней в комментариях». В помещенных в ней статьях автора с точки зрения криминологии, т. е. общих закономерностей преступности как одного из явлений общества, рассматриваются меры по соблюдению законодательства, недопущению преступлений при совершении банковских операций, проведении различных расчетов по совершаемым сделкам и иных расчетов, при обращении с ценными бумагами, использовании патентов и осуществлении другой предпринимательской деятельности.

Четвертый блок — общетеоретический. Создание столь сложного и объемного учебного цикла потребовало пристального обращения к вопросам теории государства и права, опоры на ее научные положения. Во-первых, имевшие место экономические, социальные, политические и духовные условия нуждались и в современных общетеоретических обобщениях, открытии новых закономерностей, складывающихся в результате невиданного ранее «сцепления» экономики и права. Во-вторых, концепция содержания нарождавшегося предпринимательского права не могла являться убедительной и претендовать на прочное утверждение в практике — и преподавательской, и хозяйственной, и управленческой, — если бы не была обоснована научно. Общетеоретические наработки автора, вошедшие в настоящий учебник, большое внимание уделяют именно «человеческому фактору» в сфере экономики — субъектам предпринимательской деятельности и касаются прежде всего вопросов правовой культуры предпринимательства как формы хозяй-

ствования, законности и гарантий предпринимательской деятельности, предпринимательского правопорядка и его структуры, особенностей правосознания предпринимателей и их правового воспитания.

5. Настоящий учебник условно состоит из нескольких относительно самостоятельных разделов. *Первый* (темы 1—3) посвящен предпосылкам предпринимательства и его правового регулирования. Единственной возможностью убедительно раскрыть их, по мнению автора, является обращение к истинной сути экономики, ее богатому мировому и отечественному прошлому. Постигание ее показало, что как само предпринимательство, так и его правовое опосредование — не случайные, преходящие явления в российском народном хозяйстве, они имеют глубокие исторические корни. Предпринимательство — это общепризнанная в мире форма хозяйствования, которая обусловлена объективными причинами и «изгоняться» из народного хозяйства может государством лишь насильственными методами.

Во *втором* разделе, также объединяющем три темы (4—6), речь идет о правовых возможностях, имеющихся в обществе и позволяющих практически каждому желающему приступить к осуществлению непосредственно предпринимательства, показано, кто, как и в каких юридических формах вправе это сделать. Здесь подробно (в сравнении с общим правоотношением) исследованы особенности предпринимательского правоотношения, специфика требований к его субъектам, объектам, содержанию, форме и характеру совершаемых сделок, обеспечению их исполнения, ответственности участников.

Третий раздел объединяет шесть тем (7—12), отражающих в рассматриваемой проблематике особую роль государства и показывающих ее многогранность. Государство имеет в сфере предпринимательства свои публичные и частные интересы, поэтому в указанном разделе прослежено взаимодействие этих интересов, обоснованы причины «сужения» частного интереса и все более распространенной в последнее время практики введения ограничений на вмешательство государства в лице его органов и должностных лиц, а также органов местного самоуправления в частные дела предпринимателей. Вместе с тем указаны сферы, где без опоры и поддержки властей предпринимательство не может успешно функционировать и развиваться.

Идея взаимоотношений государства и предпринимательства является сквозной, цементирующей все содержание настоящего учебника. Государство занимается прежде всего тем, что устанавливает правила поведения субъектов предпринимательской деятельности на рынке и разрешает возникающие между ними имущественные споры. Однако этим далеко не ограничивается экономическая роль современного российского государства. Ведь в современных условиях *главная задача государственной власти по регулированию рыночной экономики — формирование режима максимального благоприятствования предпринимательскому поведению, соответствующему интересам потребителя.*

Государство не вправе пассивно наблюдать за процессами, происходящими на рынке, и вмешиваться в них только после получения от их участников некоего сигнала SOS. Его предназначение состоит в том, чтобы не допускать существенных противоправных эксцессов на рынке, поддерживать правопослушных предпринимателей, помогать их объединениям и принимать меры (в том числе упреждающие, административного воздействия и юридической ответственности) к предпринимателям-правонарушителям еще до того, как их противоправное поведение нанесет ущерб интересам других участников рыночных отношений и государства.

Начиная с первого издания в каждой из рассматриваемых в настоящем учебнике тем показано, как из года в год совершенствовались формы и улучшались содержательно взаимодействие и иные связи государства и предпринимательства. Налаживанию оптимальных взаимоотношений между властными органами (государственными и муниципальными) и предпринимательскими структурами, укреплению законности в их деятельности необходимо уделять постоянное внимание в учебном процессе, научных исследованиях, в практике государственного строительства и осуществления предпринимательства. В Послании 2006 г. Президент РФ отметил усиливающуюся зависимость государства и предпринимательства от восприятия их общественным мнением. Одной из существенных черт современного состояния нашего общества Президент РФ назвал низкий уровень доверия граждан к отдельным институтам государственной власти и к крупному бизнесу. Ни власть, ни бизнес не оправдали больших надежд миллионов людей, связанных с пе-

ременами начала 90-х гг. «Более того, некоторые представители этих сообществ, пренебрегая нормами закона и нравственности, перешли к беспрецедентному в истории нашей страны личному обогащению за счет большинства граждан».

В *четвертом* разделе (темы 13—17) анализируются особые формы объединения хозяйствующих субъектов. Смысл этих форм заключается в повышении эффективности и придании прозрачности деятельности отдельных хозяйствующих субъектов, что, к сожалению, не всегда происходит на практике.

Пятый раздел составила самостоятельная тема 18, посвященная рекламе, а заключительный, *шестой* раздел по вопросам несостоятельности (банкротства) предпринимателей логично завершает учебник показом последнего акта в драме неудачной предпринимательской деятельности.

6. Специфика правовой информации состоит в том, что она не терпит нечеткости, двусмысленности. Поэтому в учебнике *постоянно обращается внимание на используемый в правотворческой деятельности понятийный аппарат, его уточнение и адаптацию к предпринимательству*. Терминологический разнобой допускается учеными, не только представляющими различные общественные науки, например экономические и исторические, но и специализирующимися в одной и той же отрасли знаний. Повышенным пристрастием к спорам по поводу понятий отличаются юристы, что вполне объяснимо. Ведь за правовыми терминами, нормами стоят регулируемые ими общественные отношения. Подчас от слова, а то и знака препинания может зависеть судьба людей и даже их жизнь. Обстоятельная отработка понятийного аппарата нужна не только для самих общественных наук, но еще в большей степени для практики. *Без знания и освоения фундаментальных научных понятий и отражаемых ими социальных явлений невозможно эффективное применение правовых средств в реформировании российского общества вообще и в предпринимательской деятельности в частности*.

Особое внимание в учебнике уделено осмыслению новейшего российского законодательства, практики его реализации. Одна из самых трудных проблем — обнаружение на неозримом нормативно-правовом поле тех его участков, которые призваны питать, обслуживать предпринимательскую деятельность. Здесь неоценимую помощь автору оказали работа над законопроектами в Государственной Думе, Народном Хурале

Республики Бурятия и Государственной Думе Ставропольского края; участие в заседаниях Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ; общение в форме научного руководства диссертациями и дипломными работами, проведение иных занятий с аспирантами и слушателями Российской академии государственной службы при Президенте РФ, ее филиалов, учебного центра «Нахабино» администрации Московской области, Коми Республиканской академии государственной службы и управления при Главе Республики Коми. Автор выражает искреннюю признательность всем коллегам, старшим товарищам и ученикам, с которыми в ходе острых обсуждений велись нелегкие коллективные исследования сложнейших правовых проблем экономики, совместные поиски ответов на неординарные вопросы, поставленные практикой реформ.

7. В теории давно признана истина, что изучение общественных явлений предполагает знание их истории. И автор учебника характеристике современного состояния отдельных институтов предпринимательского права старался предпослать хотя бы краткое освещение того, когда, в каких конкретно условиях и в силу каких причин они возникли, какими путями дошли до наших дней, что поможет уяснить их роль и перспективы развития в современной России. Ведь изменение этих условий и причин неизбежно вызовет адекватную динамику в самих действующих ныне институтах предпринимательского права.

8. Логика данного учебника, наверное, могла бы быть и иной. Изучение и преподавание учебного цикла правовых проблем рыночной экономики находятся лишь в стадии становления. В высших учебных заведениях, на долгосрочных и краткосрочных семинарах повышения квалификации предпринимателей, государственных и муниципальных служащих используются различные программы, планы, методики освоения правовых проблем рыночной экономики. Преподавательский опыт автора настоящего учебника, опробование им разных подходов убедили, что предлагаемая структура знаний одного из элементов цикла — предпринимательского права вполне приемлема, хорошо воспринимается слушателями, хотя конечно же нуждается в дальнейшем совершенствовании. И автор будет искренне благо-

дарен за любые критические замечания и конструктивные предложения.

9. Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»¹ были произведены кардинальные изменения названных органов, что привело к существенной перестройке отношений между государством и предпринимательством. В настоящем издании учебника внимание сосредоточено на возникших новых аспектах взаимосвязи государственных органов с хозяйствующими субъектами.

¹ СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 23 декабря 2005 г. № 1522 // СЗ РФ. 2005. № 52. Ч. III. Ст. 5690.

Тема 1

ЭКОНОМИКА, РЫНОК, ПРАВО

§ 1. Экономика как система: основные черты и функции. § 2. Соотношение макро- и микроэкономики. § 3. Содержание и структура рынка. § 4. Рынок как объект правового регулирования

§ 1. Экономика как система: основные черты и функции

1. Экономика любой страны есть сложная динамичная система, сформировавшаяся как целостная совокупность прочно взаимосвязанных хозяйственных отношений. Одним из субъектов этих отношений и может в определенных экономических условиях выступать предприниматель. Характерными чертами любой системы является наличие: элементов системы (первичных клеток), а также подсистем; различных структурных уровней, иерархии структур; целостности, складывающейся на основе глубокого взаимодействия элементов системы, а следовательно, и устойчивости; связи с внешней средой. Основу целостности экономической системы составляют труд, трудовые отношения. С общественным разделением труда, с его специализацией отдельные производители выступают как органы совокупного работника, выполняющие одну из его подфункций.

Целостной системе общественного разделения труда противостоит другая — целостная система общественных потребностей. Исторически процесс разделения труда совершается на основе дифференциации потребностей и развития условий производства. Взаимодействие системы общественного разделения труда и системы потребностей составляет основу структуры производства. Усложнение системы потребностей, повышение их динамизма, эластичности требуют соответствующих изменений в структуре производства. Регулирование структуры производства сводится к определению той части общественного труда, общественных ресурсов, которую общество может и должно израсходовать для удовлетворения данной потребности. Глубинную основу структуры экономики составляет распреде-

ление общественного труда в определенных пропорциях между сферами экономики.

2. Каково же главное назначение экономики? Ответ на данный вопрос вытекает из ее определения. **Экономика есть сфера деятельности людей, в которой создаются материальные и духовные ценности для удовлетворения разнообразных потребностей человека**, а более конкретно экономика — национальное хозяйство, совокупность его отраслей, где производятся материальные и духовные блага. Отсюда следует, что общая (глобальная) ее функция — производство, создание национального богатства, служащего интересам людей. Она проявляется в особенных (частных) функциях, присущих различным фазам воспроизводства. Воспроизводство охватывает четыре фазы: производство, распределение, обмен, потребление. Каждой фазе свойственна своя специфическая функция. В процессе производства создается материальный продукт или услуга. Это базовая, определяющая фаза, так как без производства нет ни распределения, ни обмена, ни потребления. Вторая фаза — распределение произведенных благ. На третьей фазе совершается обмен продукцией между участниками производства. И наконец, на четвертой фазе продукт поступает в потребление.

Конечная цель развития всякой экономической системы — удовлетворение потребностей членов общества, на что направлен процесс производства, связанный с расходом имеющихся в распоряжении общества ресурсов. **Потребность есть необходимость в чем-либо для поддержания жизнедеятельности и развития личности.**

Система потребностей динамична. По мере удовлетворения одних возникают качественно новые. История экономической цивилизации отражает процесс непрерывного возвышения потребностей. Однако в отдельные периоды возможны застой потребностей, их деградация и даже регресс. Регресс возникает тогда, когда длительный упадок хозяйства ведет к количественному и, главное, качественному уменьшению потребностей. Происходит попятное движение к нижнему уровню человеческих нужд, возникает глубокое противоречие между элементарными потребностями людей и невозможностью их удовлетворить. Частным случаем регресса является застой, при котором выпуск сравнительно ограниченного набора продуктов растет крайне медленно, потребности устойчиво традиционны и расширяются незначительно, в результате чего производственная

деятельность ими мало стимулируется. Для развитых стран, напротив, характерным является прогресс потребностей, их позитивное качественное и количественное изменение. При этом с повышением уровня жизни людей потребности перемещаются в зону эластичных (изменчивых). Все большее значение приобретают потребности духовные, социальные, в предметах культурно-бытового назначения.

Среди огромного многообразия потребностей первостепенное значение имеют материальные потребности людей, под которыми понимается необходимость приобрести и использовать продукты и услуги, их удовлетворяющие и обеспечивающие воспроизводство человека. Это прежде всего потребности *личные* — в питании, одежде, жилье. К материальным потребностям относятся и услуги, полезный результат которых проявляется во время труда: медицинская помощь, консультация юриста, театральное представление и т. д. В состав материальных входят также потребности предприятий, государственных органов и учреждений, общественных организаций в необходимых зданиях, сооружениях, оборудовании, транспортных средствах и т. д. *Потребности*, связанные с производством продуктов и услуг, называются *производственными*.

Все потребности общества (как индивидов, так и институтов) удовлетворяются экономическими ресурсами. **Экономические ресурсы — это природные, людские и произведенные человеком ценности, которые используются для производства товаров и услуг.** К ним относятся земля и всевозможные полезные ископаемые, фабричные и сельскохозяйственные строения, оборудование, инструменты, машины, средства транспорта и связи, разнообразные виды труда. В последнее время в число наиболее значимых факторов современного производства часто включают капиталы, технологию, информацию, высококвалифицированную рабочую силу. Все ресурсы делятся на две группы: 1) материальные — земля и средства производства; 2) людские — труд и предпринимательская способность.

Основной особенностью экономических ресурсов является их ограниченность, вследствие чего ограничен и объем производства. Так возникает противоречие между возрастающими потребностями и ограниченными возможностями их удовлетворения. Общество должно выбирать, какие товары и услуги надо производить в первую очередь. Хозяйственные решения направлены на достижение наибольшего удовлетворения по-

требностей при рациональном использовании ресурсов. Центральная проблема экономики состоит в том, как обеспечить максимальный результат при минимальных затратах. Идет непрерывный поиск вариантов, путей наилучшего использования или применения ограниченных ресурсов для достижения наибольшего или максимально возможного удовлетворения растущих потребностей.

3. В различных условиях поиск эффективных путей использования ограниченных ресурсов решается по-разному. Известны следующие типы организации экономики:

а) *хозяйство примитивного общества* или *традиционная система*, существующая в слаборазвитых странах. Этот тип организации экономики базируется на отсталой технологии, широком распространении ручного труда, многоукладное™ экономики. **Многоукладное™ означает одновременное существование различных форм хозяйствования.** В таких странах в значительной мере сохраняются натурально-общинные отношения, большое значение имеют мелкотоварное производство, а также передающиеся из поколения в поколение консервативные традиции. Экономические роли индивидов определяются наследственностью и кастовой принадлежностью;

б) *рыночная экономика*, сложившаяся в ряде стран к XVIII в. Ее отличительные черты — частная собственность на средства производства; рыночный механизм регулирования хозяйственной деятельности, основанный на свободе конкуренции; множество самостоятельных, лично свободных покупателей и продавцов товаров. В рыночной экономике основные экономические вопросы (что производить, в каком количестве; как производить, кем, чем и из каких ресурсов, с помощью какой технологии; для кого производить, кто покупатель) решаются посредством рынка с помощью таких его индикаторов, как цена, прибыль, убытки. Колебание цен, их высокий или низкий уровень служат показателем потребностей в том или ином товаре и определяют степень доходности последнего.

Для современной рыночной экономики показательно активное воздействие государства на развитие национальной экономики, что повлекло изменение хозяйственного механизма. В рамках отдельных предприятий получают развитие плановые методы хозяйствования в виде маркетинговой службы. Плановые методы используются и в государственном регулировании. Задача использования ресурсов решается в рамках крупных хо-

зяйственных объединений на основе стратегического прогнозирования. Государственные общенациональные и отраслевые программы также оказывают существенное влияние на объем и структуру производимых товаров и услуг;

в) *командно-бюрократическая система*, характеризующаяся наличием общественной, а в реальности государственной собственности практически на все экономические ресурсы; непосредственным управлением всеми предприятиями из единого центра; централизованным планированием производства и распределения продукции, а также материально-технического снабжения предприятий; установлением государством твердых цен на товары и нормативов фонда заработной платы. Чрезмерная государственная монополизация производства и сбыта продукции затрудняет, а точнее, исключает свободные рыночные взаимосвязи между отдельными предприятиями и хозяйствами, подавляет самостоятельность и инициативу участников производственных экономических отношений. Командной экономике присущ значительный дефицит, так как из единого центра нельзя определить все потребности и запланировать «все до гвоздя».

В условиях командно-бюрократической системы, сложившейся в СССР, по существу, произошла подмена общественно-го разделения труда мануфактурным разделением труда, которое повлекло концентрацию средств производства в руках одного субъекта — государства. Мануфактурное разделение труда предполагает безусловную власть хозяйствующего субъекта над людьми, которые образуют простые звенья принадлежащего ему совокупного механизма. Как известно, в условиях мануфактурного разделения труда отдельный рабочий не производит товар.

Основание же всякого товарного производства составляет общественное разделение труда. Следовательно, чтобы сформировался действительный, а не мнимый рынок в нашей стране, необходимо мануфактурное разделение труда заменить общественным. В отличие от первого общественное разделение труда означает распределение средств производства между многими независимыми друг от друга товаропроизводителями. Связь между этими независимыми производителями объективно устанавливается через производимую ими продукцию в виде товаров (услуг). Отличительный признак реальных товаропроизводителей состоит в том, что они вступают между собой в экономические отношения в качестве самостоятельных субъектов.

4. В реальной жизни «чистая» экономика встречается крайне редко. «Чистая» экономика, будь то рыночная или командно-бюрократическая, малоэффективна, а потому недолговечна. Современная модель организации народного хозяйства — смешанная экономика, в которой рыночные отношения сочетаются с государственным регулированием. Для смешанной экономики характерно многообразие форм собственности и наличие двух регуляторов (рыночного и государственного). В ряде стран со смешанной экономикой (например, в Японии) широко используется государственное планирование, хотя планы здесь носят рекомендательный (индикативный) характер. Достоинство смешанной экономики — комплексное введение в товарооборот ресурсов и экономическая свобода производителей. Эта свобода позволяет наиболее эффективно использовать ресурсы, внедрять современные технологии, так как предприниматели свободно перемещают капитал в те отрасли, которые наиболее выгодны.

Но нельзя игнорировать и государственно-правовое воздействие на экономику. Отказ от государственного регулирования экономических и социальных процессов приводит к потере управляемости. Возникший вакуум государственного регулирования заполняется ростом узкогрупповых интересов, разрыванием национального богатства страны. В результате ломки сложившихся государственных структур управления происходит разрушение вертикальных и горизонтальных хозяйственных связей, технологического взаимодействия, теряется контроль за ценами и доходами, распределением и перераспределением ресурсов.

5. Особенно велика роль государства в современной России, когда разрушились экономические и технологические связи, произошло обнищание основной массы населения, ослабло былое могущество страны. Заслуживает внимания мнение авторов, утверждающих, что нужен план восстановления народного хозяйства, который должен строиться на сочетании двух основных направлений: введение элементов планового хозяйства там, где без них не обойтись (естественно, без планирования каждой гайки и болта), развитие уже апробированных рыночных механизмов, которые оправдали себя на практике.

О современной российской экономике принято говорить как о переходной. Последняя есть особое состояние народного хозяйства, когда оно функционирует в период перехода общества от

одной исторической ступени к другой. Тем самым экономика отражает промежуточное состояние общества. Основными чертами переходной экономики являются неустойчивость, вариантность, наличие особых временных экономических форм (например, индикативного планирования, «буферных» структур). Переходный период ограничен определенными историческими рамками.

Специфика современной экономики России состоит в том, что переход к рыночной экономике осуществляется не от примитивной, традиционной экономики, а от плановой, командно-бюрократической. Октябрьская революция 1917 г. прервала в России процесс плавного перехода от традиционной экономики к рыночной и положила начало формированию плановой экономики. Уникальность российских проблем в настоящее время означает, что нельзя копировать, слепо полагаться на какие-либо известные модели (шведская, японская и т. п.). У нас совершается как бы обратное движение, «возврат» к эффективному использованию рыночных отношений, к многообразию форм собственности, реанимация и развитие предпринимательской деятельности. Переходный период протекает в условиях изменяющейся геополитической обстановки и особого территориально-географического положения. Россия, выступая своеобразным мостом между Западом и Востоком, объединяет в себе элементы восточной и западной культуры, традиций, условий производства. Следовательно, здесь нельзя применять в чистом виде западные модели. Необходимо искать такие формы перехода, которые отвечали бы особенностям России. При этом центральной проблемой является социальная ориентация переходной экономики.

6. Социально ориентированной, или «экономикой для человека», считается та экономическая система, в которой производственные отношения и механизм хозяйствования обеспечивают подчинение производства повышению качества жизни человека, **возвышению личности.** Объективная необходимость такого подхода к экономике диктуется тем, что в XXI в. именно социально ориентированная экономика наиболее эффективна и динамична. Это объясняется тем, что научно-технический прогресс делает центральной фигурой производства высококвалифицированного работника, обладающего творческим потенциалом. Новейшие технологии могут быть разработаны и использованы человеком с высоким интеллектом. Отсюда вытекает важней-

шая особенность современной экономики: гуманизация производства, подчинение производства развитию творческих способностей работника.

Необходимость социальной ориентации экономики диктуется тем, что резкое расслоение населения на богатых и бедных порождает противоречия, глубокие социально-экономические конфликты в рамках как отдельной страны, так и мирового сообщества в целом, является одной из причин терроризма. Известно, что соотношение доходов 10% наиболее богатой части населения страны и 10% наиболее бедной его части не должно превышать 10:1. Иначе возникает угроза социального взрыва. Однако в некоторых странах, и в частности в России, это соотношение нарушено и показывает значительно больший разрыв между богатой и бедной частями населения. Бедность, сказал Президент РФ в Послании 2002 г., отступила только немножко и «продолжает мучить как минимум еще 40 миллионов наших граждан». Ухудшается по этому параметру и положение в мире. Если в XIX в. богатые страны были богаче бедных в 3 раза, то теперь — в 86 раз. Как мы видим, налицо необходимость смягчения социально-экономических противоречий, преодоления огромной дифференциации в потреблении, чтобы избежать глобального конфликта.

Несомненно, определенный уровень дифференциации должен сохраняться для стимулирования высококвалифицированного, творческого, эффективного труда. Но этот уровень не должен превышать максимально допустимого предела.

§ 2. Соотношение макро- и микроэкономики

1. В общественной жизни, как и в природе, различают макросистемы — большие системы и микросистемы — малые системы. Экономика страны представляет собой макросистему, относительно которой отдельные предприятия, организации есть микросистемы. С определенной мерой условности их можно рассматривать в качестве элементов системы, хотя каждый из них сам по себе имеет сложную структуру. Но экономика не есть суммарное образование, т. е. простая механическая сумма низовых, первичных звеньев народного хозяйства. Экономика образует целостную систему, обладающую принципиально иными свойствами, иным качеством по сравнению с первичными элементами. Она есть совокупность первичных связей,

интегрирующих элементы в единую целостность. Безусловно, природа этой системы определяется природой первичных звеньев. Но в то же время и интеграционные, системные параметры оказывают существенное воздействие на функционирование первичных звеньев. Они создают условия (благоприятные или неблагоприятные) для развития предпринимательства в стране. Для эффективного воздействия на экономику необходимо выявлять и учитывать не только внутренние связи в низовых, первичных элементах системы, между непосредственными участниками рыночных экономических отношений, но и многообразное объективно обусловленное взаимодействие, возникающее между микро- и макроэкономикой.

Данное обстоятельство делает необходимым дифференцированное исследование макроэкономики и ее элементов, рассмотрение их в тех аспектах, которые позволяют за макропроцессами выявить конкретных действующих лиц и сделать последних участниками регулируемых нормами права общественных отношений. Именно и только механизм правового регулирования способен оптимизировать соотношение микро- и макроэкономики и тем самым создать стратегические предпосылки для устойчивой, оптимистичной и плодотворной предпринимательской деятельности.

Важнейшей характеристикой макроэкономики является структура, т. е. ее внутреннее строение. Структура макроэкономики имеет различные уровни. Глубинную **основу макроэкономики составляет распределение общественных ресурсов в определенных пропорциях между сферами экономики, фазами воспроизводства, его подразделениями, отраслями и регионами в соответствии с общественно необходимыми потребностями**. Данное определение структуры характеризует закон связи элементов непосредственно при производстве и потреблении общественного продукта. Главный признак ее — пропорции распределения общественного труда.

2. Для анализа макроэкономики с точки зрения правового регулирования целесообразно рассмотреть три ее структурных уровня: воспроизводственный, межотраслевой, межрегиональный:

1) *общеекономические, или воспроизводственные, пропорции* отражают глобальные соотношения в производстве и использовании общественного продукта и национального дохода на макроуровне. Их динамика детерминирована закономерностями рас-

ширенного воспроизводства. На их основе определяются доля продукта, идущая на возмещение потребленных средств производства, а также доля продукта, служащая потреблению членов общества и дальнейшему росту производства. Результатом функционирования и воспроизводства макроэкономики является валовой внутренний продукт. **Валовой внутренний продукт есть совокупная рыночная стоимость всего конечного производства продуктов и услуг в стране за год.** В отличие от исчисляемого ранее валового общественного продукта валовой внутренний продукт исключает повторный счет, но в то же время включает производство услуг. Валовой внутренний продукт исключает стоимость промежуточных продуктов, а будучи конечным результатом производства, включает только добавленную стоимость, созданную каждым субъектом экономических отношений.

Для измерения валового внутреннего продукта используется система национальных счетов, которая выполняет ту же функцию, что и бухгалтерский учет для отдельного предприятия. **Система национальных счетов — это специальные балансы, в которых отражены, с одной стороны, расходы, связанные с производством валового внутреннего продукта, с другой — доходы, полученные в процессе его производства.** Кроме валового внутреннего продукта по системе национальных счетов определяется чистый национальный продукт, национальный доход и личный доход. Таким образом, общеэкономическая структура отражает функциональное назначение различных частей валового внутреннего продукта в процессе воспроизводства. Она показывает, какая часть валового внутреннего продукта идет в потребление, какая — в накопление, оптимальное соотношение которых выступает важнейшим условием эффективного воспроизводства;

2) *межотраслевая структура* представляет собой количественное соотношение отраслей и связи между ними. Она определяется как доля отрасли в валовом внутреннем продукте, в основных производственных фондах, в трудовых ресурсах и т. п. Межотраслевая структура может быть прогрессивной, обеспечивающей экономический рост и повышение уровня жизни народа, а может быть депрессивной, действующей в обратном направлении. За последние годы в России произошло ухудшение межотраслевых связей, что не может не сказаться на общем состоянии национального хозяйства. Необходимо обеспечить оптимальную структуру, повышающую эффективность экономики, рост валового внутреннего продукта на душу населения. Это

требует определения приоритетных отраслей, быстрое развитие которых способствовало бы подъему экономики в целом.

Важным инструментом прогнозирования межотраслевой структуры служат модели межотраслевого баланса, которые впервые были разработаны в нашей стране. Такие модели позволяют осуществить варианты, прогнозные расчеты, вести поиск оптимального варианта. С их помощью можно осуществлять индикативное планирование, которое успешно применяется в странах с развитой рыночной экономикой;

3) для России важное значение имеет также *межрегиональная структура*, т. е. размещение производительных сил. Региональные пропорции базируются на территориальном разделении труда, на использовании таких региональных особенностей, как природные и трудовые ресурсы, научно-технический потенциал, климат. В настоящее время особенно актуальна проблема оптимального сочетания интересов центра и регионов. Углубление территориального разделения труда должно сопровождаться сглаживанием изначальных различий в уровне экономического и социального развития регионов, обеспечением экономической безопасности России и экономической устойчивости регионов. Продолжающееся углубление неравномерности развития регионов угрожает целостности экономики России.

Рассмотренные три структурных уровня макроэкономики необходимо учитывать в процессе правового регулирования предпринимательской деятельности. Макроструктурные уровни обеспечивают общие условия функционирования предпринимательства. Макроэкономические связи, устанавливаемые по вертикали, соединяют все предприятия и организации в единое целое. Государство через такие вертикальные связи проводит активную экономическую политику, используя финансы, кредит, бюджет и другие рычаги. Государство заинтересовано в обеспечении устойчивого экономического роста всего национального хозяйства, снижении уровня безработицы, расширении совокупного спроса населения и совокупного предложения. Все это сказывается на процессе воспроизводства как отдельных предприятий, так и экономики в целом.

3. Самое важное в государственном воздействии на экономику — достижение оптимального взаимодействия макро- и микроэкономических процессов. В Концепции реформирования предприятий и иных коммерческих организаций, утвержденной постановлением Правительства РФ от 30 октября

1997 г. № 1373¹, отмечалось, что усилия органов государственной власти в ходе экономической реформы направлены на проведение рыночной макроэкономической политики. В этой области к тому времени были достигнуты определенные успехи: проведена либерализация экономики, осуществлена приватизация объектов государственной собственности, подавлена инфляция, стабилизировался обменный курс рубля, снижались процентные ставки за пользование привлеченными денежными средствами.

Однако создание макроэкономических условий для экономического роста не переломило негативные тенденции и не сформировало реальные предпосылки для преодоления промышленного кризиса, переросшего в обвал финансовой системы. Недостаточное внимание органов государственной власти к проведению активной микроэкономической политики не позволило максимально реализовать потенциал экономической реформы и наладить эффективное функционирование рыночного механизма. С достижением финансовой стабилизации и высокой степени либерализации экономики одним из основных препятствий на пути к экономическому росту становится медленный процесс преобразований на уровне предприятий.

§ 3. Содержание и структура рынка

1. Рыночная экономика — это прежде всего производство товаров. Товарное производство и рынок возникли тысячелетия назад, в период разложения первобытной общины. Из поколения в поколение люди пытались решить извечную экономическую проблему: как ограниченными ресурсами удовлетворить растущие потребности. В каждый данный момент любым экономическим ресурсам, факторам производства — труду, земле и ее ископаемым, средствам производства — свойственна, как уже отмечалось, ограниченность. Их количество фиксированно и имеет пределы. Ограниченность экономических ресурсов выступает одной из причин общественного разделения труда и специализации отраслей и видов человеческой деятельности.

¹ СЗ РФ. 1997. №44. Ст. 5078. См. также: Постановление Правительства РФ от 9 сентября 1999 г. № 1024 «О Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 39. Ст. 4626; 2000. № 49. Ст. 4825.

Общественное разделение труда — первая общая предпосылка появления обмена и рынка. Без общественного разделения труда не могло возникнуть товарное производство.

Второе условие развития рынка — экономическая обособленность производителей. В рамках общины или большой патриархальной семьи не мог возникнуть обмен, так как собственником произведенного была община или семья. Первоначально обмен возникал между общинами, выступавшими экономически обособленными собственниками. В условиях развитого рынка каждый производитель и каждое предприятие само распоряжается основными факторами производства (землей, трудом, капиталом), само решает, что производить и в каком объеме, само распоряжается результатами труда. Наилучшим образом этому условию отвечает частная собственность.

Третье условие функционирования рынка — самостоятельность производителя, свобода предпринимательства. Вне рыночного регулирования хозяйства имеет место в любой системе. Но чем меньше скован производитель, тем больше простора для развития рыночных отношений.

2. Важнейшим объектом рыночной экономики выступает товар. **Товар — это продукт труда, удовлетворяющий ту или иную общественную потребность посредством купли-продажи.** Он обладает двумя свойствами: удовлетворять потребность людей и обмениваться. **Способность товара удовлетворять потребность человека есть потребительная стоимость.** Например, хлеб, масло, одежда удовлетворяют личные потребности человека, а станок, инструменты — производственную потребность. Потребительная стоимость товара связана с его полезными свойствами.

В условиях рыночного хозяйства потребительная стоимость товара, во-первых, удовлетворяет потребность не самого производителя, а других людей — общественную потребность. Во-вторых, потребительная стоимость товара поступает в потребление через обмен, посредством купли-продажи. Следовательно, товар обладает другим важным свойством — способностью в определенных пропорциях обмениваться на другие товары. **Пропорция, в которой один товар обменивается на другие товары, есть его меновая стоимость.** Эта способность товара обусловлена тем, что в нем воплощены затраты физического и умственного труда, что составляет его стоимость. На рынке стоимость проявляется в форме меновой стоимости, в виде определенных пропорций обмена.

Товар есть единство потребительной стоимости и стоимости. Потребительная стоимость характеризует особенность, неповторимость товаров, стоимость — их однородность. С развитием рыночных отношений из всего многообразия товаров выделяется особый товар — деньги. На них можно обменять или приобрести любой товар. Деньги, обладая способностью обмениваться на все другие товары, выполняют роль всеобщего эквивалента.

3. Неотъемлемым атрибутом товарного производства является рынок. Существуют различные дефиниции рынка в качестве экономической категории, например, как системы экономических отношений между продавцами и покупателями; механизма взаимодействия продавцов и покупателей; совокупности сделок купли и продажи товаров и услуг. Из последних предложенных учеными определений можно выделить следующее: рынок — это общественный институт, сводящий вместе покупателя и продавца для совершения ими сделки купли-продажи определенного товара и (или) услуги¹.

В приведенных и других многочисленных определениях рынка, отражающих его как объективную реальность, важно выделить для последующего подключения к нему механизмов правового регулирования следующие существенные моменты. Прежде всего, все сходятся на том, что рынок есть определенная система общественных отношений, а именно последние составляют предмет любой отрасли права. Далее, субъектами рынка являются продавцы и покупатели, которые, как правило, на рынке выступают одновременно в обоих качествах. Наконец, объектами рынка являются товары и деньги. При этом товары олицетворяют не только произведенную продукцию, но и факторы производства, работы, услуги.

Развитой рынок характеризуется неограниченным числом участников купли-продажи, свободным доступом на рынок. Производители выбирают любой вид деятельности (производство, фондовые операции, банковскую деятельность и т. п.). В свою очередь потребители (покупатели) могут купить все, что нужно им. Следовательно, у производителей и потребителей имеются равные права, т. е. налицо экономическая свобода, в

¹ См.: Юданов А. Ю. Конкуренция: теория и практика. М., 1996. С. 28.

результате чего достигается мобильность ресурсов, полная информация о предложении, спросе, ценах и т. п.

4. Рыночная цена — это фактическая цена, которая определяется в соответствии со спросом и предложением товаров. Основу цены составляют общественно необходимые затраты труда на тот или иной продукт — стоимость товаров. **Цена является денежной формой стоимости товара.** В результате колебания спроса и предложения цены отклоняются от действительной стоимости в ту или другую сторону. Исходя из способов регулирования цен различают *свободные цены*, которые формируются в зависимости от состояния рынка, на основе свободной договоренности продавца и покупателя. На отдельные товары государство устанавливает *регулируемые цены*, определяя, например, их верхний предел. Это касается, в частности, таких жизненно важных товаров и услуг, как энергоносители, потребительские товары первой необходимости, тарифы на транспорт, лекарственные средства¹. **Государственные цены**, твердо фиксированные в государственных документах, ни производители, ни продавцы не имеют права изменять.

Цены находятся под существенным воздействием спроса и предложения. В свою очередь, цены закономерно влияют на положение продавцов и покупателей, на их заинтересованность в купле-продаже товаров, на спрос и предложение. **Спрос — это форма платежеспособной потребности**, т. е. сумма денег, которую покупатели могут заплатить за нужные им товары. Он находится под воздействием таких рыночных факторов, как доходы покупателей, их вкусы и предпочтения, цена на данный товар и на сходные товары и т. п. Чем выше цены на товары, тем ниже спрос, и наоборот. **Количественное изменение спроса в зависимости от изменения цены характеризует эластичность спроса.**

Цены воздействуют не только на спрос, но и на предложение. **Предложение — это количество товаров и услуг, которое производители готовы продать по существующим ценам.** На предложение влияют несколько факторов: число продавцов на рын-

¹ См., например: Постановления Правительства РФ от 9 ноября 2001 г. № 782 «О государственном регулировании цен на лекарственные средства» (СЗ РФ. 2001. № 47. Ст. 4448; 2005. № 43. Ст. 4400) и от 17 октября 2005 г. № 619 «О совершенствовании государственного регулирования цен на лекарственные средства» (СЗ РФ. 2005. № 43. Ст. 4400).

ке, уровень затрат на производимую продукцию и соответственно цены, наличие взаимозаменяемых товаров. Продавцы одного и того же вида товаров устанавливают оптимальную цену, с одной стороны, ниже которой им невыгодно торговать, с другой — выше которой не будет спроса на товар. По мере увеличения цены предложение товаров растет, и наоборот. Таким образом, цена оказывает регулирующее воздействие на соотношение спроса и предложения, а следовательно, на экономическое положение производителей и потребителей. Рост рыночной цены ведет к снижению спроса и увеличению предложения, стимулирует расширение производства, что в конечном счете вызывает эффект, обратный исходному, — снижение цены и сокращение производства.

В результате колебания цены под воздействием спроса и предложения устанавливается *цена равновесия*. Цена равновесия выгодна как для продавцов, так и для покупателей, устраивает и тех и других. При такой цене достигается равенство спроса и предложения, поэтому она называется равновесной ценой. Если же она будет изменяться, то нарушится равновесие: при росте предложения будет расти, а спрос падать; при снижении спрос будет расти, а предложение падать. Конечно, такое равновесие или баланс существуют как идеальный момент рыночных отношений. В реальной действительности трудно добиться строгого равенства спроса и предложения, а в рыночных ценах — цены равновесия. Достигнутое равновесие свидетельствует о наибольшей экономической эффективности сложившейся рыночной ситуации. При равновесной цене не обнаруживается ни избытка товаров, которые не может приобрести население при данном уровне доходов, ни дефицита, нехватки материальных благ.

5. Структура рынка складывается объективно как следствие сложных и многообразных взаимоотношений между его субъектами по поводу покупки и продажи разнообразных товаров. Знание и учет этой структуры необходимы не только непосредственно самим субъектам рынка, а значит, и всем нам, рядовым покупателям-потребителям, но также депутатам и членам законодательных и представительных органов государственной власти, устанавливающим юридически обязательные правила поведения субъектов рыночных отношений, государственным и муниципальным служащим, широкой общественности, участвующим в обеспечении соблюдения этих правил.

Объективно детерминированы и критерии классификации рынков. Исходный критерий — объект рынка. По данному критерию выделяются: рынок рабочей силы; рынок средств производства; потребительский рынок; рынок материальных и духовных услуг; рынок недвижимости; рынок технологий; финансовый рынок. По критерию организации рыночного обмена — оптовый (биржа, оптовые закупки государством, предприятия и т. п.), розничный, экспортный, импортный. Большое значение имеет классификация рынков по территориальному признаку. Они наиболее динамичны и формируются под влиянием различных факторов — природно-географического, транспортной системы и средств передвижения, административно-территориального деления страны, места государства в мировом сообществе и др. В современной России действуют рынки районов и городов, субъектов Российской Федерации, региональные и межрегиональные, общероссийский (национальный). Как субъект внешнеэкономических отношений Россия и ее представители участвуют в общем рынке СНГ и межгосударственных рынках отдельных стран СНГ (скажем, России и Белоруссии), рынке стран дальнего зарубежья, международном (мировом) рынке.

6. Рыночные отношения оказывают огромное влияние на все стороны хозяйственной жизни, выполняя непростые функции. Первая и одна из главных — *ценообразующая* функция. На рынок поступает продукция одного и того же назначения. Но материальные и трудовые затраты на нее у различных производителей разные. Рынок признает лишь общественно необходимые затраты, лишь их согласен оплатить покупатель. Общественно необходимыми затратами признаются те, которые складываются у подавляющего числа производителей. Это усредненные затраты, т. е. возникающие при среднем уровне развития техники, квалификации и интенсивности труда. Производители, имеющие более высокие затраты, оказываются в проигрыше. Так рынок стимулирует снижение затрат на производимую продукцию.

Вторая функция рынка — *информационная*. Через постоянно меняющиеся цены, процентные ставки на кредит рынок предоставляет сведения участникам производства о количестве товаров и услуг на рынке, их ассортименте, качестве, а также спросе на них. Он действует как гигантский компьютер, собирающий и перерабатывающий колоссальные объемы информации. Это по-

звляет каждому предприятию постоянно сверять свое собственное производство с меняющимися условиями рынка.

Третья функция — *регулирующая*. С правовой точки зрения она наиболее важная. Эта функция показывает воздействие рынка на все сферы экономики, и прежде всего на производство. Именно рынок дает ответы на вопросы, что производить и как производить. В регулировании данного процесса решающую роль играет соотношение спроса и предложения, регулирующее цены. Растет цена — сигнал к расширению производства, падает — сигнал к сокращению. В результате стихийных действий товаропроизводителей устанавливаются определенные экономические пропорции, которые удовлетворяют общество на данном этапе. Однако в современных условиях рыночная экономика все больше управляется не стихийно, не в процессе самоуправления, а государственными рычагами.

Четвертая функция — *санирующая*. Рыночная система жесткая и даже жестокая. Ей присущи социальное расслоение, беспощадность по отношению к слабым. Растет дифференциация производителей, слабые не выдерживают конкуренции. С помощью конкуренции рынок очищает общественное производство от экономически неустойчивых, нежизнеспособных хозяйств и дает простор более предприимчивым, эффективным. В результате повышается уровень всей экономики в целом.

7. Развитие рыночных отношений в различных странах модифицировало и сам рынок. Современный рынок качественно отличается от рынка на ранних стадиях его развития. Изменился характер конкуренции. Резко усилилась дифференциация спроса и предложения. Большое внимание уделяется потребительским свойствам продукции, качеству. Основной задачей государственного регулирования становится повышение конкурентоспособности и эффективности производства. Государство обеспечивает соблюдение договорных обязательств, повышение ответственности за качество продукции, ужесточение норм охраны окружающей среды и безопасности продукции для здоровья населения.

Развивая рыночные отношения в России, необходимо учитывать, с одной стороны, современные особенности рынка, с другой — исторические условия страны. Переход к рыночному хозяйству от командно-бюрократической системы в значительной мере обуславливает трудности и негативные явления экономических реформ. Люди, в том числе управляющие эконо-

микой, свыклись с потерей самостоятельности и инициативы, не приобрели еще навыки свободной предприимчивости, с трудом прививается работникам материальная заинтересованность в результатах труда. Уже в самом начале экономических реформ в 1992 г. встал вопрос: как уйти от командно-бюрократической системы управления национальной экономикой, какой тип макрорегулирования предпочесть? Выбор был сделан в пользу самого быстрого перехода («шока») от одной крайности (командной системы) к противоположной (либеральной рыночной экономике). Реформаторы обосновывали свой вывод тем, что свободный рынок все сам отрегулирует и сделает экономику эффективной.

Становление рыночных отношений в нашей стране осложняется и тем, что речь идет о крупномасштабном рынке по территории и населению, с огромными различиями в уровне хозяйствования, производительности труда, распределении доходов. В настоящее время Правительство РФ в числе одних из первых пытается решать следующие задачи: наладить управляемость макроэкономики и обеспечить макроэкономическую стабилизацию, создать государственные и иные органы, способные управлять национальной экономикой; восстановить управление государственными предприятиями; сделать экономику социально ориентированной. Согласно ст. 7 Конституции РФ государство обязано обеспечить «достойную жизнь и свободное развитие человека». Однако реформы, приведшие к невиданному кризису, пока не дали желаемых социальных результатов.

8. Эффективность воздействия рынка на экономику во многом зависит от субъективного фактора — правильного определения его места в системе общественных связей и отношений, что чрезвычайно важно в условиях проводимых сейчас в России реформ. Для раскрытия поставленной проблемы необходимо вернуться к первому вопросу этой темы — общественному воспроизводству и его фазам. Рынок размещается в фазе обмена между потреблением и распределением, которому предшествует производство. Историческая драма советского, а ныне и российского общества состоит в том, что, со школьной скамьи вычерчивая на бумаге структуру общественного воспроизводства, мы не считаемся с ней в хозяйственной практике. В годы советской власти допускалась одна крайность, когда все сводилось главным образом к производству, а точнее, к его плану,

их выполнению и перевыполнению. Производителей не очень волновало, что будет с созданной ими продукцией.

Автору пришлось немало лет поработать в северных районах страны. Вспоминается картина: огромные территории вырубленного прекрасного хвойного леса, который дальше верхних складов так и не пошел (верхними складами называются участки складирования леса на месте его вырубki в отличие от нижних складов, где лес хранится после его вывоза с лесосек, обычно при железнодорожных станциях, пристанях и т. п.). Гибли десятки тысяч кубометров древесины. Но организовавшие ее вырубку лесопромышленные хозяйства бодро отчитывались о перевыполнении производственных планов, а лесорубы за ударный труд получали ордена и медали. Потребитель же, единственный, кому и предназначалась лесная продукция, ее не получал. Он нередко оставался в стороне, вне непосредственной связи с производителями, фаза обмена между ними недооценивалась, игнорировалась, как бы выпадала из общественного воспроизводства, что, естественно, деформировало последнее. Как следствие, хронической была нехватка простейших товаров при функционировавших в стране огромных производственных мощностях.

С самого начала проведения экономических реформ в современной России была допущена другая крайность. В центре экономической политики оказалась фаза обмена (рынок), ею, по сути, ограничивались цели проводимых преобразований. Лозунгом дня стало: любой ценой наполнить рынок товарами. Роль «главного героя» в экономике, на котором сосредоточивалось внимание политиков и средств массовой информации, отводилась рынку и действующим на нем продавцам. Лицами, способными оказать решающее влияние на реформирование народного хозяйства и выход его из кризиса, изображались перекупщики товаров, более известные по советскому законодательству как заурядные спекулянты. Не придавалось значение тому, откуда появился товар и доступен ли он покупателям. Ширилось и множилось движение челноков, перевозивших товары из-за рубежа. Российские рынки оказались переполненными импортными товарами. Значение производства, отечественного производителя явно недооценивалось. Предприятия, продукция которых не находила сбыта, одно за другим останавливались. Их работники — потенциальные покупатели — не

получали денежных средств и не могли купить эти товары. В тени оказались и другие потребители товарной продукции.

Коренная ошибка заключалась в неправильном определении места рынка в экономике и обществе. Он превратился в самоцель: наполнение рынка товарами ради внешней привлекательности самого рынка. Между тем предназначение обмена (рынка) совершенно иное. Он должен служить не целью экономики, а средством, опосредующим связи между производителями и потребителями, одновременно стимулируя активность и тех и других. Здесь заложено весьма целесообразное постоянно существующее диалектическое противоречие интересов производителей (продавцов) и покупателей (потребителей), в непрерывном разрешении которого и проявляется сущность рынка как двигателя, мотора экономики.

В последнее время наметился поворот в экономической политике к отечественным производителям, что открывает необозримый простор для качественно нового этапа в реформировании экономики, развитии рынка и предпринимательства. Производство и занятые в нем предприниматели нацеливаются на удовлетворение нужд потребителя с учетом его реальной покупательной способности. Такая смычка производства и покупателя в интересах их обоих. Рынок же, как «связка», буфер между ними, призван воздействовать на производителя так, чтобы всемерно стимулировать изготовление пользующихся спросом товаров в целях возможно более полного удовлетворения потребностей покупателей.

§ 4. Рынок как объект правового регулирования

1. Предназначение правового регулирования состоит в том, чтобы возможно адекватнее отразить в государственных нормативных актах объективно складывающееся содержание и структуру рынка и тем самым создать благоприятное правовое пространство для возникновения, функционирования и развития рыночных отношений. Соответствующий понятийный аппарат, используемый в правотворческой, правоприменительной и предпринимательской практике, зафиксирован в действующем антимонопольном законодательстве (более подробно о последнем см. тему 10).

Базовое значение имеют три категории рыночных отношений, от качества закрепления которых в законах и иных норма-

тивных актах в первую очередь зависит развертывание всех других механизмов рыночной экономики. Необходимая предпосылка образования рынка — наличие товаров.

В самом начале проведения российских экономических реформ товар определялся как продукт деятельности (включая работы и услуги), предназначенный для *обмена*. Это соответствовало экономическим представлениям о рынке в общественном воспроизводстве как о фазе обмена, но явно неполно отражало правовую суть обращающихся на рынке товаров. Сейчас трудно объяснить, чем был вызван столь односторонний подход к правовой характеристике товара. Ведь обмен на юридическом языке означает не что иное, как договор мены, по которому каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороне один товар в обмен на другой. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен. Товары, подлежащие обмену, предполагаются равноценными, а расходы на их передачу и принятие осуществляются в каждом случае той стороной, которая несет соответствующие обязанности. Только в случае, когда в соответствии с договором мены обмениваемые товары признаются неравноценными, сторона, обязанная передать товар, цена которого ниже цены товара, предоставляемого в обмен, должна оплатить разницу в ценах непосредственно до или после исполнения ее обязанности передать товар, если иной порядок оплаты не предусмотрен договором.

Отрицательные последствия юридически некорректного подхода к определению товара не заставили себя долго ждать. Закон как бы сам подталкивал участников рыночных отношений к обмену (мене) товарами, получившему не очень благозвучное и понятное россиянину название «бартер». Последний быстро превратился в преобладающую правовую форму связей между продавцами и покупателями. Деньги из товарного обращения как бы исключались, что уже в самый момент зарождения деформировало рыночную экономику, отбрасывало ее в далекое прошлое. В ходе обновления законодательства совершенствовалось и легальное определение товара. Согласно п. 1 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ **товар есть объект гражданских прав (в том**

¹ СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3434.

числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Родовым понятием, отражающим понятия «товар», «работа», «услуга», является «продукция». Сам по себе факт более или менее качественного отражения в законодательстве объективной сущности товара конечно же не играет решающей роли в рыночных отношениях. Но вместе с тем было бы неправильно не учитывать данное обстоятельство, особенно в современных российских условиях, когда идет лишь формирование рыночной экономики и соответствующей ей правовой культуры.

Вторая базовая категория рыночных отношений — взаимозаменяемые товары. Она совершенно новая в отечественном законодательстве и практике его реализации. Товары, входящие в группу взаимозаменяемых, по ряду признаков неодинаковы. Но на рынке они плюсятся один к другому и рассматриваются как единый объект правового регулирования. Оценку товаров как взаимозаменяемых или, напротив, невзаимозаменяемых законодатель делает, как бы поставив себя на место покупателей. В группу взаимозаменяемых включаются внешне разнородные товары при одном неременном условии: если для покупателя действительно безразлично, какой приобрести товар из массы предложенных. Пункт 3 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ определяет **взаимозаменяемые товары** как такие, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении. Необходимо подчеркнуть, что сказанное относится не только к личному, бытовому, семейному потреблению, но и к производственному потреблению, когда купленный товар в виде сырья, комплектующих изделий и т. п. материалов подвергается дальнейшей переработке, т. е. потребляется в производственных целях.

Практическая реализация приведенной общей характеристики взаимозаменяемых товаров вызывает значительные затруднения. Поэтому необходимо установление дополнительных, более конкретных параметров, по которым между собой сопоставляются товары — претенденты на вхождение в одну и ту же группу взаимозаменяемых товаров. В частности, товары сравниваются по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене.

Данный перечень не является исчерпывающим. Товары могут сопоставляться и по другим свойственным только им параметрам. На практике определение взаимозаменяемости товаров целесообразно проводить с позиций обеих сторон участников рыночных отношений — покупателей (потребителей) и продавцов (производителей), т. е. с точки зрения использования товаров и с точки зрения их производства.

Рассмотрим более актуальный для рыночных отношений первый вариант взаимозаменяемости, т. е. с точки зрения потребления. Есть товары, сходные по назначению и даже названию, но недопустимость зачисления их в группу взаимозаменяемых очевидна. В качестве простейшего примера рассмотрим такой товар, как крышка для легковых автомобилей. Другого товара, который был бы функционально эквивалентен ей, не существует. Крышки для грузовых автомобилей не могут выполнять функцию крышек для легковых автомобилей уже по одному признаку — своим размерам. Вывод ясен: крышки для легковых и грузовых автомобилей для покупателей представляют собой разные товарные рынки.

Однако, как правило, проведение сравнения различных товаров, прежде чем включить их в группу взаимозаменяемых или исключить из нее, поиск и сличение соответствующих количественных и качественных параметров есть процесс творческий, по своей сути исследовательский. В каждом отдельном случае требуется индивидуальная методика сравнения, учет характеристик не только непосредственно самих товаров, но и особенностей их покупателей — психологических, социокультурных, национальных и иных, а также территорий, на которых обращаются товары (районы Крайнего Севера, южные и т. д.). Возьмем в качестве примера простейшие товары: белый и черный хлеб. Они взаимозаменяемы или нет? Тот же вопрос возникает при сравнении яблок и груш, меда и сахара, различных видов овощей. Видимо, правильно поступают компетентные государственные органы, когда в одних ситуациях перечисленные «парные» товары расценивают как взаимозаменяемые, а в других — невзаимозаменяемые с учетом не только их функционального назначения (продукты питания), но и цены, других важных моментов.

Наконец, перейдем к третьей и главной базовой категории рыночных отношений — самому *рынку*. Каким образом его объективные экономические свойства «переводятся» на правовой

язык? Подобно товару, его легальное определение за годы реформирования российской экономики также претерпело существенные метаморфозы. Вначале он жестко привязывался к национально-государственному устройству и административно-территориальному делению страны. При этом уровень, с которого начинался отсчет территориальной (вертикальной) структуры рынка, был поднят слишком высоко. Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» выделял республиканский рынок (сфера обращения товаров в пределах границ Российской Федерации) и местные рынки (сфера обращения товаров в пределах границ субъектов Российской Федерации). В дальнейшем этот Закон многократно изменялся и дополнялся¹. В 1993 г. структура рынка была уточнена, «понижена» до административно-территориальных единиц — районов, городов и др.

Но тут же обнаружились новые проблемы правовой характеристики рынка. Все более отчетливо проявлялась несуразность узаконенной структуры рынка. Скажем, два магазина, стоящие напротив друг друга, торгующие одинаковыми или взаимозаменяемыми товарами, но разделенные проходящей между ними дорогой, являющейся границей двух национально-государственных или административно-территориальных образований, оказывались субъектами разных рынков.

Первая робкая попытка внести коррективы в правовое понятие рынка была сделана в Государственной программе демо-

¹ Ведомости РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499; в редакции законов РФ от 24 июня 1992 г. № 3119-1 // Ведомости РФ. 1992. № 34. Ст. 1966; от 15 июля 1992 г. № 3310-1 // Ведомости РФ. 1992. № 32. Ст. 1882; федеральных законов от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 22. Ст. 1977; от 6 мая 1998 г. № 70-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2066; от 2 января 2000 г. № 3-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 124; от 30 декабря 2001 г. № 196-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1. Ч. I. Ст. 2; от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 12. Ст. 1093; от 9 октября 2002 г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 41. Ст. 3969; от 7 марта 2005 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 10. Ст. 761. В последующем тексте учебника, если в приводимые в нем нормативные акты (федеральные законы, указы, постановления и др.) вносилось два и более изменений и дополнений, ссылки делаются лишь на их публикации в первой и последней редакции. В данном случае это выглядело бы так: Ведомости РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 7 марта 2005 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 10. Ст. 761.

нополизации экономики (1994 г.)¹, где выдвинуто положение о «географических границах рынка» как пространстве, в которое наряду с национально-государственными и административно-территориальными образованиями входят также группы населенных пунктов или иные территории, находящиеся в пределах границ этих образований. Но то была всего лишь идея, «информация для размышления», так как вышеназванный Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. понятие рынка трактовал иначе.

В ныне действующем законодательстве рынок рассматривается исходя из сугубо экономического толкования границ рынка, т. е. как территория фактического распространения (обращения) товара. **Товарный рынок — сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.** Как мы видим, вопрос о границах товарного рынка, т. е. о границах сферы обращения товара, решается таким же образом, что и в рассмотренном выше случае вопрос о взаимозаменяемых товарах, — с позиций покупателя: границы очерчиваются исходя из экономической или иной возможности либо целесообразности для покупателя приобрести товар на соответствующей территории и отсутствия этой возможности за ее пределами.

Согласитесь, читатель, что предложенный критерий не отличается особой ясностью и удобством в практическом применении. Что конкретно означает «возможность» либо «целесообразность» для покупателя в одном случае и «невозможность» либо «нецелесообразность» для него — в другом? При наличии денежных и транспортных средств он может поехать и приобрести себе нужный товар в любой точке российской территории. Изложенные нормативные положения новы, поддающегося обобщению опыта их применения еще не накопилось — идет трудный поиск, который, наверное, приведет к необходимости внести очередное уточнение в правовую характеристику товарного рынка. Пока же вспомним известную русскую пословицу, ко-

¹ САПП РФ. 1994. № 14. Ст. 1052; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 4 сентября 1995 г. № 880 // СЗ РФ. 1995. № 37. Ст. 3627.

торая звучит примерно так: за морем телушка — полушка, да рубль перевоз (полушка в старину означала мелкую медную монету в четверть копейки). Эта житейская мудрость и закреплена в законодательстве. Во главу угла поставлена экономическая целесообразность приобретения покупателем определенного товара, имеющегося на определенной территории. Если товар продается на различных территориях и покупателям все равно, на какой из них приобрести этот товар, то такие территории и можно расценивать как один товарный рынок.

2. Эффективность правового регулирования рынка, как и любого другого предмета государственного нормативно-правового воздействия, тем выше, чем более дифференцированными, сгруппированными будут общественные отношения, отличающиеся определенной спецификой, обуславливающей необходимость учета в этом регулировании. Сформулированный тезис обязывает, разобравшись с общей юридической характеристикой товарного рынка, обращающимися на нем товарами, включая взаимозаменяемые, а также его границами (продуктовыми и географическими, территориальными), попытаться проникнуть внутрь самого рынка, взглянуть на действующих на нем участников рыночных отношений и классифицировать их. В этой связи интерес представляет постановление Правительства РФ от 3 августа 1996 г. № 936, которым была одобрена Концепция комплексной программы развития инфраструктуры товарных рынков Российской Федерации на 1998—2005 годы¹.

В этой Концепции товарные рынки рассматриваются как система субъектов экономики и их отношений (производителей и потребителей, посредников и организаций, обеспечивающих их отношения), целью которой является создание условий для беспрепятственного обращения товаров конечного потребления и производственно-технического назначения. Структура товарного рынка рассматривается здесь под своеобразным срезом. Один ее укрупненный элемент составляют непосредственные участники рыночной торговли (продавцы и покупатели), о которых подробно говорилось в первых частях темы. Второй элемент — инфраструктура товарного рынка. Она включает подсистему субъектов (организаций), которая обслуживает «действующих лиц» первого структурного элемента — продавцов (производителей) и покупателей (потребителей). Задача этой

СЗ РФ. 1996. № 33. Ст. 4005.

подсистемы состоит в налаживании взаимосвязей между непосредственными участниками рыночной торговли, в максимальном способствовании свободному движению товаров, непрерывному процессу воспроизводства и бесперебойному функционированию сфер конечного потребления. В инфраструктуру товарного рынка входят, в частности, торговые посредники и складское хозяйство, средства массовой информации, торгово-упаковочная индустрия, транспортное и финансово-кредитное обслуживание. Оба элемента товарного рынка как системы объединяет в одно целое органично входящая в нее общая цель — обеспечение обращения товаров.

3. Особняком в структуре товарного рынка стоит теневой рынок, обслуживающий теневую экономику (далее по тексту оба термина «теневой рынок» и «теневая экономика» объединяются в одном понятии — «теневой рынок», хотя это и не одно и то же. Но для сути рассматриваемых в теме вопросов их различие не имеет существенного значения).

Понятие теневого рынка широко используется в научной литературе, в выступлениях государственных и других политических деятелей. Его можно встретить и в отдельных нормативных правовых актах. В научной и учебной литературе оно в деталях трактуется неоднозначно, но общая суть отражаемого им явления одинакова. Теневой рынок качественно отличается от рассмотренных выше структур рынка. Те структуры легальные, они функционируют открыто, не таясь. Их участники выполняют свои обязанности перед государством, обществом и гражданами: в установленном порядке регистрируются в государственных органах, вносят налоги в федеральный бюджет, бюджеты субъектов Российской Федерации, местные бюджеты, а также осуществляют иные причитающиеся с них платежи. Теневой рынок формируется, действует и развивается на совершенно других началах. Он — антипод рынку легальному, официальному, находится «в тени», скрыт от государственно-правового воздействия со всеми вытекающими последствиями: участники теневых рыночных отношений не платят налогов, не выполняют другие обязанности субъектов нормального рынка, все возникающие между ними споры разрешают без участия органов государственной власти в междоусобных разборках с привлечением «своих» криминальных «властных» структур.

Теневой рынок — вечно старый и в то же время вечно молодой, обновляющийся. Он характеризуется определенными чер-

тами, с которыми приходится считаться и в процессе государственно-правового регулирования рыночных отношений, и в предпринимательской практике.

Во-первых, теневой рынок обладает удивительной выживаемостью. Ни коренные изменения общественно-политического строя в обществе, ни войны и стихийные бедствия не выбивают его из наезженной колеи. Он оказался неодолимым и для дореволюционного царского режима, и для командно-бюрократической строго централизованной системы управления, существовавшей в СССР, он расцвел чертополохом в наши дни. Примечательно при этом, что в советской экономике главными и чуть ли не единственными «теневиками» были коммерсанты, предприниматели. И необычайным парадоксом явилось то, что, получив в результате проводимых реформ по созданию рыночной экономики возможность заниматься предпринимательством легально, многие из них предпочли, приспособившись к новым хозяйственным условиям и используя уже накопленный противоправный опыт, по-прежнему оставаться «в тени».

Во-вторых, теневому рынку присуще не менее удивительное свойство — быстрая приспособляемость, адаптация ко всем изменениям, происходящим в государстве и обществе. Он живо «откликается» и адекватно отвечает на все реформы в экономике, будь то косыгинские середины 60-х гг. или современные либеральные.

В-третьих, и здесь тоже есть чему удивиться, теневой рынок нередко идет впереди, в авангарде рынка официального, легального. Не связанный никакими формальностями правовых норм, он быстрее отражает прогрессивные тенденции в экономическом развитии, оперативнее реагирует на изменения конъюнктуры рынка, колебания цен, динамику спроса и предложения. Своеобразна закономерность, характеризующая взаимодействие теневого рынка с легальным, официальным рынком. Чем хуже для рынка официального, чем он менее эффективен, тем более благоприятные условия складываются для теневого: со снижением эффективности официального рынка возрастает поток товаров, проходящих через теневой рынок.

Особая опасность теневого рынка состоит в том, что он по сравнению с легальным всегда «процветает». Его участники, не обремененные налогами и иными «непроизводительными» расходами, накапливают огромный официально не учтенный наличный капитал. По экспертным оценкам, на теневом рынке

обращаются денежные суммы, эквивалентные 40—50% внутреннего валового продукта (ВВП). Крайне неудовлетворительное положение сложилось в системе коммерческих банков. Значительная часть этих банков или контролируется преступными группировками, или проводит операции с их деньгами. Доходы преступного мира ежегодно составляют 2,5—3 млрд руб., которые «отмываются» главным образом в коммерческих банках. Крупные суммы средств, противоправно нажитых на операциях в теневом рынке, тратятся на подкуп чиновников всех рангов — государственных и муниципальных. В теневую экономику уходят глубинные корни коррупции, которую Президент РФ в Послании 2006 г. назвал одним из самых серьезных препятствий на пути развития нашей страны. Всем надо осознать, что коррупция в стране стала угрожать национальной безопасности. Опубликованные специалистами результаты исследований рисуют устрашающую картину: россияне (львиную долю среди которых составляют предприниматели) в виде взяток ежегодно раздают как минимум 520 млрд руб., или почти четверть бюджета страны. Утверждается: 82% предпринимателей абсолютно точно давали взятки. Вывод исследователей звучит как приговор: «Взятка сегодня стала, по сути, культурой целого народа. Без взятки теперь человеку нигде не рады. Она уже прочно укрепилась в сознании людей как само собой разумеющееся явление»¹. Искоренение этого зла, разрушающего общество и государство, зависит не только от усиления борьбы с ним, иных мер, а в первую очередь от самих предпринимателей: не будут они давать — нечего будет и брать чиновникам.

Государство пытается ограничить и вытеснить теневой рынок (пока, к сожалению, безуспешно) двумя путями. Первый основан на экономических мерах. Их назначение — сделать для предпринимателей участие в легальных, официальных рыночных отношениях экономически, материально более выгодным и безопасным, чем взаимодействие с рынком нелегальным, теневым. Второй путь включает меры государственного принуждения, а именно: совершенствование законодательства, направленного на усиление борьбы с «теневиками», и обеспечение неуклонного проведения его в жизнь. При этом обсуждается возможность использования еще и третьего пути, успешно апробированного в некоторых государствах с ныне развитой эко-

¹ Не пойман, но вор // Российская газета. 2002. 5 дек.

номикой, испытывавших финансовые затруднения, — объявление своего рода амнистии «теневидам». Например, в Ирландии полученная от налоговой амнистии сумма превысила размер дефицита бюджета и составила 2,5% ВВП, а Индия, США, Мексика получили от подобной акции свыше 2 млрд долл. Положительный эффект от легализации капиталов, привлечения «теневых капиталов» в национальную экономику получен и в некоторых странах СНГ¹.

На необходимость проведения налоговой амнистии указал Президент РФ в Послании 2005 г. Легализовать теневые доходы призван Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 269-ФЗ «Об упрощенном порядке декларирования доходов физическими лицами»², который вступил в силу с 1 марта 2007 г. Согласно ему любое физическое лицо может исполнить обязанность по уплате налогов с доходов, полученных до 1 января 2006 г., без представления документов об их видах и источниках. Для этого достаточно, не вступая в контакт с налоговыми органами, внести через банк на счет территориальных органов Федерального казначейства декларационный платеж в размере 13% с суммы, с которой ранее не были уплачены налоги. Упрощенное декларирование доходов добровольное и краткосрочное. Упрощенный порядок будет действовать только до 1 января 2008 г.

4. Поведение участников рыночных отношений регулируется не только правовыми, но и иными социальными нормами — нравственными, религиозными, а также эстетическими, обычаями и традициями. Система норм складывалась тысячелетиями и начинает свой отсчет с того самого момента, когда появились товары с их производителями (продавцами) и те, кто нуждался в товарах, желал и мог их приобрести. До наших дней сохранились памятники материальной культуры в виде записей на камнях, скалах, бересте, папирусах с отдельными фрагментами подобных правил.

Факторы, под влиянием которых вырабатываются правила поведения участников рыночных отношений, весьма многообразны. Главный и постоянно действующий среди них — глубокое внутреннее противоречие интересов субъектов рыночных отношений, приобретающее подчас характер антагонизма.

¹ См., например: *Молоткова К.* Финансовая амнистия по-казахски // Российская газета. 2001. 19 июня.
² СЗ РФ. 2007. № 1.4. I. Ст. 32.

Проблема стара как мир. На рынке противостоят друг другу две стороны. Одна — продавец, интерес которого в конечном счете сводится к тому, чтобы по возможности выгоднее, т. е. дороже, сбыть товар. Вторая сторона — покупатель, интерес которого прямо противоположен: по возможности выгоднее, т. е. дешевле, приобрести товар. И все это при объективно заданном условии об эквивалентном (вполне равноценном) обмене. Мировой опыт становления и развития рыночных отношений убедительно свидетельствует, что на рынке постоянно борются две крайности сообразно тому, какие социальные нормы исповедуют его субъекты. Одна — ложь, хитрость, выражающаяся в известном афоризме «Не обманешь — не продашь». Вторая крайность — добросовестность, порядочность, нашедшие отражение в пословицах «Честное слово купца тяжелее кандалов», «Не дал слово — крепись, а дал слово — держись». А между обозначенными крайностями сотни вариаций на тему «немножко жулик, немножко добропорядочный».

Другой фактор — переменный. Суть его в том, что нормативное регулирование определяется состоянием и динамикой самого рынка, уровнем его развития. В условиях, когда только идет становление рынка, накопление богатства, необходимого для его нормального функционирования и развития, на рынке преобладает теневая сторона, обнажается «дно» рыночных отношений со всей грязью, нечистотами. Как правило, между субъектами рынка отсутствуют сколько-нибудь длительные связи, торговые операции нередко совершаются с первым встречным. В принципе продается все: не только имущество, иные ценности, но и совесть, честь, сама жизнь. Позднее, когда рынок сложился и оформился, рыночные контакты приобрели устойчивость и постоянство, участие в рыночных отношениях превратилось в семейные традиции, на передний план выступает имидж, лицо, облик субъекта рынка, которыми дорожат больше, нежели сиюминутной выгодой в рыночной операции.

Из сказанного следует два вывода, важные для формирования нормативной системы, в том числе правовой системы, регулирующей рыночные отношения. Во-первых, посредством социальных норм надлежит стимулировать, поддерживать и защищать все позитивные процессы на рынке и лиц, участвующих в них. Во-вторых, нормативная система должна улавливать динамику рынка и в зависимости от нее устанавливать степень жесткости правил. Более твердые правила необходимы на начальном

этапе становления рынка, общеобязательность которых для всех участников рыночных отношений помогает нейтрализовать негативную деятельность недобросовестных участников рынка. При развитом рынке значительная часть общеобязательных правил уступает место свободному усмотрению сторон, выбору ими самими правил своих взаимоотношений.

5. В начале реформирования российской экономики оживленно обсуждался вопрос о целесообразности государственного вмешательства в рыночные отношения. Не так уж редко лица, приступавшие к формированию новых рыночных отношений, призывали к минимизации правового регулирования этих отношений или вовсе к отказу от него. «Дайте нам свободу, и мы сами, без государственного вмешательства справимся со своими проблемами» — так примерно можно обобщенно изложить их позицию. Отголоски подобных рассуждений можно услышать до сих пор. Понять сторонников такой точки зрения нетрудно. Воспоминания о беспредельном вмешательстве государства в хозяйственную деятельность, подавлении инициативы, предприимчивости, имевших место в условиях советской власти, не вызывают особой ностальгии по действовавшему в те годы правовому механизму регулирования экономики. Однако и необоснованное ослабление, а тем более отказ от государственно-правового воздействия на экономические процессы имели бы еще более губительные последствия, чем недостаточное мотивированное вращение государства, его органов и должностных лиц в экономику.

Поиск правильных ответов на поставленный вопрос предполагает выделение в нем двух относительно самостоятельных аспектов. Один — возможность и необходимость государственного регулирования рыночных отношений, второй — пределы этого регулирования. Ответ на первую часть вопроса относительно прост.

В пользу государственного регулирования рыночных отношений убедительно свидетельствует прежде всего опыт стран с развитой рыночной экономикой: США, Англии, Франции, Германии и др. Ими выработаны и прошли многолетнюю проверку практикой конкретные механизмы государственного регулирования, в частности создание разветвленной государственно-обязательной системы нормативно-правовых актов в виде антимонопольного законодательства, законодательства о защите прав потребителей, об охране природы и других, уста-

навливающих жесткие правила поведения для «рыночников». Примечательно, что многое из того, что относится к планированию и прогнозированию развития экономики, позаимствовано из опыта централизованно управляемой экономики бывшего СССР.

Далее, высокая действенность государственного регулирования рыночной экономики была продемонстрирована советской властью. Именно и в первую очередь нормативно-правовое опосредование новой экономической политики позволило в кратчайшие сроки реанимировать рыночные отношения, восстановить разрушенное войнами народное хозяйство и добиться бурного его развития в середине и в конце 20-х гг. прошлого века.

Наконец, наша собственная современная практика проведения реформ по созданию рыночной экономики опровергает мнение скептиков в отношении возможности и необходимости государственно-правового воздействия на рыночные отношения. Как отмечено в Послании Президента РФ 1997 г.¹, эффективное рыночное хозяйство — это не только свобода частной инициативы, но и строгий правовой порядок, единые, стабильные и неуклонно соблюдаемые всеми правила экономической деятельности.

Ответ на вторую часть вопроса — о пределах государственно-правового регулирования рыночных отношений — не может быть дан столь односложно, как на первую его часть. Подход здесь всегда должен быть конкретно-историческим. Искать ответ надо в самой рыночной экономике, в уровне ее развития и главным образом в субъектах рынка, их отношении к проводимым в России экономическим реформам, в понимании ими причин, условий и результатов функционирования рынка, своей личной роли в происходящих экономических, социальных, политических и духовных процессах. Рыночные отношения одной и той же страны в разные годы государством регулируются далеко не одинаково, более или менее широко и обстоятельно. Не исключение и Россия. Общие подходы к выявлению детерминант нормативной системы регулирования рыночных отношений, включая право, высказаны выше. Конкретно речь о них пойдет во всех последующих темах.

6. Переход к рыночной экономике осуществляется от планово-централизованной экономики. К обслуживанию командной

¹ Российская газета. 1997. 7 марта.

бюрократии, управлявшей прежней, так называемой социалистической экономикой, была приспособлена и советская нормативно-правовая система. В последней главным выступало правовое опосредование вертикальных связей, шедших от центральных плановых и снабженческо-сбытовых органов к министерствам и ведомствам, от них — к главкам и промышленным объединениям и так далее вплоть до первичного низового звена — государственного предприятия, хозяйства и иного субъекта. Горизонтальные связи, особенно отношения между непосредственными производителями, не играли сколько-нибудь существенной роли: все решалось в верхних эшелонах управления.

Формирование нормативно-правовой системы рыночной экономики помимо создания качественно иных государственных нормативных актов включает также слом отжившей вертикали и, где возможно и необходимо, в частности при отсутствии новых правовых норм, ее приспособление к горизонтальным рыночным отношениям. При этом происходит своего рода «обмен» нормативных регуляторов: вводятся нормы права в те экономические отношения, в которых они ранее отсутствовали, некоторые же другие экономические отношения, напротив, освобождаются от государственно-нормативного воздействия. Иначе говоря, *в юридическом смысле стратегия формирования рыночной экономики состоит в переходе от прямого управления экономикой со стороны государства к ее регулированию через законы и организацию исполнения законов. Это и есть правовой путь в рынок.*

Объективно для правового регулирования рыночной экономики заданы два параметра: внешний и внутренний. Внешний — создание правовыми средствами благоприятной рыночной окружающей среды. Ими охватываются антимонопольное и налоговое регулирование, государственная регистрация и лицензирование деятельности субъектов рынка и многое другое. Внутренний — регулирование общественных отношений, складывающихся непосредственно на рынке, в частности при совершении актов купли-продажи.

При этом в государственном регулировании учитываются особенности отдельных видов рынков. Принят, например, Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 271-ФЗ «О розничных рынках...»¹.

Тема 2

ОБЩЕСТВО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО, ПРАВО

§ 1. Понятие и функции предпринимательства. § 2. Правовая характеристика российского предпринимательства. § 3. Предпринимательство и общество. § 4. Юридические критерии рыночных экономических отношений

§ 1. Понятие и функции предпринимательства

1. Предпринимательство есть способ хозяйствования, который в результате многовековой эволюции утвердился в экономике развитых стран. Первоначально предпринимателями называли предприимчивых людей, действующих на рынке, или просто людей энергичных, азартных, склонных к рискованным операциям. В дальнейшем к предпринимательству стали относить любую деятельность, направленную на увеличение прибыли и не запрещенную законом. Предпринимательство развивалось сложно, сопровождалось и сопровождается бесконечным процессом возникновения и разрешения многочисленных противоречий. Его первые ростки начали пробиваться вместе со становлением рыночных отношений. Однако возникновение предпринимательства как оформившегося устойчивого явления относят к XVII в.

Постепенно и в науке стала «отпочковываться» особая область познания — теория предпринимательства¹. Выработанная учеными периодизация этой теории отражает динамику развития реального предпринимательства.

¹ См. об этом: *Шумпетер Й.* Теория экономического развития (исследования предпринимательской прибыли, капитала, кредита и цикла конъюнктуры). М., 1982; *Ганс Г. К.* Предприниматель. М., 1992; *Маршалл А.* Принципы экономической науки. М., 1993; *Блауг М.* Экономическая мысль в ретроспективе. М., 1994; *Зомбарт В.* Буржуа: этюды по истории духовного развития современного экономического человека. М., 1994; *Экономика и организация рыночного хозяйства: Учебное пособие.* М., 1995; *Аганцов С. А.* Предпринимательский потенциал промышленности. Волгоград, 1997.

Начальный этап охватывает XVIII — конец XIX в. Он отмечен отсутствием целостной самостоятельной системы взглядов на предпринимательство. *Р. Кантильон* был первым, кто обратил внимание на новое явление и ввел в оборот само понятие «**предприниматель**», т. е. человек, который способен выполнять функцию, отличную от функции собственника. Позднее в работах *А. Смита*, *Д. Рикардо*, *К. Маркса* предприниматель определяется как функционирующий в процессе воспроизводства капиталист. Его роль заключается в присвоении прибыли, созданной рабочей силой.

Первым российским автором, исследовавшим предпринимательство, можно считать *И. Т. Посошкова*, издавшего в 1724 г. свой знаменитый предназначавшийся императору труд «Книгу о скудости и богатстве» (переиздана в Москве в 1937 г.). В этой работе *И. Т. Посошков* рассматривает предпринимательство в качестве решающего условия социально-экономического развития России, повышения благосостояния государства и его граждан, как главный элемент гражданского возрождения России и источник сильной государственной власти. Рост реального российского предпринимательства проходил под определяющим влиянием двух факторов: введения в 1653 г. первого Торгового устава и преобразований во время царствования Петра I.

После отмены крепостного права в 1861 г. особенно заметное позитивное влияние на предпринимательство оказали две правовые акции. Во-первых, меры по дальнейшему преодолению неравенства сословий в правах на занятие предпринимательской деятельностью. Согласно Положению от 8 января 1863 г. «О пошлинах на право торговли и других промыслов» остались только две купеческие гильдии. Классификация промышленных предприятий стала проводиться по экономическим признакам: техническому оборудованию и числу рабочих.

Во-вторых, меры по инициированию процесса становления и развития банковской системы. Данный процесс сопровождался строгим правительственным контролем над банковским делом. Это нашло выражение прежде всего в том, что правительством утверждались уставы банков, где определялись виды деятельности, которой мог заниматься банк, порядок ведения учета и отчетности. Характерно, что банки функционировали на основе принципа гласности. В частности, они были обязаны периодически публиковать информацию о состоянии своих счетов и об итогах работы за год. В середине 80-х гг. XIX в. бы-

ли определены процедуры закрытия банков в случае потери ими всех или части своих капиталов.

Второй этап — от начала до середины XX в. — характеризуется появлением целостных концепций предпринимательства. Первым сделал попытку определения предпринимательства как основного фактора экономического развития, основанного на нововведениях, *Й. Шумпетер*, рассматривавший предпринимательство в качестве инновационной деятельности. Право собственности на имущество не является для него признаком предпринимателя. *Й. Шумпетер* подчеркивал, что массовое появление предпринимателей служит единственной причиной подъема экономики. Подобной точки зрения придерживались и некоторые другие авторы. В частности, *И. Тюнен* определяет предпринимателя как претендента на рискованный и непредсказуемый доход. *Ф. Найт*, развивая концепцию *И. Тюнена*, определил предпринимательскую прибыль как доход за несение бремени неопределенности.

В нашей стране после Октябрьской революции 1917 г. проблемы предпринимательства находят свое отражение в работах *В. И. Ленина*, *И. В. Сталина*, *И. И. Бухарина*, где оно рассматривалось как угроза социалистическому строю. Одновременно допускалось развитие социалистической предприимчивости и социалистического соревнования как факторов успешного хозяйствования.

Третий этап начался с 60-х гг. XX в. и продолжается по настоящее время. Он характеризуется всесторонней разработкой концепции предпринимательства как основного фактора рыночных процессов. В исследованиях *Л. Мизеса*, *Ф. Хайека*, *И. Кирицера* и других предпринимательство объясняется как реакция предпринимателя на потенциальные источники выгоды. Сущность предпринимательства рассматривается с разных позиций — экономической, социальной, управленческой, личностной.

2. В экономической литературе выделяются три основные функции предпринимательства. *Первая функция* — ресурсная. Для любой хозяйственной деятельности необходимы экономические ресурсы — факторы производства, о которых говорилось в теме 1. Важными являются инвестиционные ресурсы — машины, оборудование, инструменты, транспорт, другие средства, используемые для производства товаров и услуг и доставки их потребителю, а также собственно финансовые ресурсы. Третий вид ресурсов — это человеческие трудовые

ресурсы. Они определяются качественным и количественным составом рабочей силы, ее квалификацией, специализацией, уровнем занятости и т. п.

За последнее время в теории и на практике все чаще акцент делается на значимости еще одного ресурса — предпринимательской способности. Предприниматель, берущий на себя инициативу новаторского, нетрадиционного соединения факторов производства — земли, капитала, труда, способствует росту производства товаров и услуг, повышению эффективности экономики. Добивается он этого, осуществляя *вторую функцию* предпринимательства — организаторскую. Предприниматель использует свои способности, чтобы обеспечить такое соединение и комбинирование факторов производства, которое наилучшим образом приведет к достижению цели — получению высокой прибыли.

Третья функция предпринимательства — творческая, связанная с новаторством. Ее значение особенно возрастает в условиях современного научно-технического прогресса. В связи с усилением функции, связанной с инновациями, создается новый экономический климат для предпринимательства. Растет рынок научно-технических разработок, или венчурного предпринимательства, занятого внедрением новинок техники и технологий. Развивается информационная инфраструктура предпринимательства, расширяется доступ к полезной информации, укрепляются патентно-лицензионные службы, сеть банковских информационных данных, накапливаемых с помощью электронно-вычислительной техники. В развитых странах делается ставка на информационный бизнес (Япония), на новые технологии (Германия, Франция), на наращивание интеллектуального потенциала (США).

§ 2. Правовая характеристика российского предпринимательства

1. Предпринимательство для современной России — явление относительно новое. История нынешнего российского предпринимательства начинается с 1 января 1991 г., когда вступил в силу Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (утратил силу). Ранее, в советский период, вопросы теории и практики предпринимательства не изучались. Оно официально расценивалось только критически, относилось к чуждым социализму пережит-

кам прошлого, к формам эксплуатации человека человеком. Частная предпринимательская деятельность и коммерческое посредничество, входящие теперь в число основных рычагов рыночной экономики, находились под запретом, за них была установлена уголовная ответственность в виде длительного срока лишения свободы.

Значение предпринимательства детерминировано той ролью, которую оно объективно играет в проводимых сейчас реформах отечественной экономики. Любая реформа, по определению, означает сознательные целенаправленные усилия государства по изменению сложившихся общественных отношений в целях более эффективного их функционирования. Особенность реформирования экономики России состоит в кардинальном качественном преобразовании народного хозяйства и, следовательно, всех других сфер общества — социальной, политической, духовной.

Широко распространено мнение о том, что неудачи многих экономических новелл обусловлены отсутствием обстоятельно разработанной и поддерживаемой населением комплексной программы проводимых изменений. С подобной критической оценкой экономических реформ полностью согласиться нельзя. Действительно, в стране не разработано единого документа, который бы комплексно охватывал все стороны осуществляемых в стране реформ, включая их стратегию и тактику. Поэтому не так уж редко граждане России цитируют есенинские строки: «...с того и мучаюсь, что не пойму — куда несет нас рок событий». Не без влияния указанного фактора сложилась и ситуация, при которой нынешние функции государственного аппарата, о чем говорится в Послании Президента РФ 2002 г., не приспособлены для решения стратегических задач.

Названный пробел частично восполняется ежегодными посланиями Президента РФ к Федеральному Собранию РФ о положении в стране, основных направлениях внутренней и внешней политики государства. Однако мы имеем и основополагающий фундаментальный учредительный и программный акт нашего общества и государства, которому должны соответствовать как послания Президента РФ, так и все иные акции по переустройству страны. Это — Конституция РФ. Конечно, в рассматриваемом аспекте она резко отличается от прежних советских конституций, имевших специальные главы, где были сконцентрированы положения об экономической системе об-

щества и государства. В нынешней Конституции РФ ничего подобного нет. Этим она отличается и от конституций некоторых современных государств с развитой экономикой, содержащих особые экономические разделы. Например, названные вопросы обстоятельно отражены в Конституции Испании. В ее части первой есть глава «Об основных принципах социальной и экономической политики», а часть седьмая полностью посвящена экономике и хозяйству. В Конституцию Итальянской Республики включена гл. III «Экономические отношения», в Конституцию Греции — гл. 6 (разд. С) «Налогообложение и финансы», в конституции Федеративной Республики Германия и Японии — соответственно разд. X и гл. 7 «Финансы».

Отсутствие экономического раздела или главы в новой Конституции РФ многие расценивали как серьезный недостаток еще в ходе всенародного обсуждения ее проекта накануне референдума, состоявшегося 12 декабря 1993 г. И сейчас встречаются утверждения о том, что в Конституции РФ отсутствуют конкретные нормы о рыночных основах формируемой в России экономической системы, что рыночные вопросы выведены за пределы Конституции РФ, вследствие чего настоящие и будущие властные структуры могут свободно, по своему усмотрению варьировать пределы и содержание рыночных отношений, и что поэтому наше общество никогда не сумеет установить цивилизованный рынок, сформировать истинно правовую экономику¹.

Однако для подобных пессимистических оценок экономики как объекта конституционного регулирования и перспектив ее реформирования нет достаточно обоснованных поводов. Конституция РФ содержит необходимый набор критериев, в соответствии с которыми надлежит осуществлять реформирование народного хозяйства и которые в своей совокупности дают полную правовую характеристику будущей российской экономики. Перед тем как обратиться к системе этих критериев, напомним, что Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ.

¹ См.: Павлушина А. А. Правовое регулирование рыночных отношений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1994. С. 13—14.

А теперь рассмотрим систему **упомянутых** критериев:

1) в Конституции РФ четко решена главная экономическая и правовая проблема — проблема **собственности**. Признается многообразие форм собственности и одинаковая их государственная защита. Особо подчеркнуты охрана частной собственности и возможность иметь в частной собственностиTM землю только российским гражданам и их объединениям;

2) установлены гарантии СЕЮБОДЫ экономической деятельности. Каждый вправе по своему усмотрению использовать свои способности и имеющееся у него имущество для предпринимательской деятельности;

3) закреплён механизм рыночных отношений. В частности, гарантированы создание и функционирование единого экономического пространства и единого общероссийского рынка, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств по всей территории России, поддержка и развитие добросовестной конкуренции, недопущение экономической деятельности, направленной на монополизацию;

4) конституционно подтверждено, что единственной денежной единицей в Российской Федерации является рубль. Государство в лице Банка России взяло на себя обязательство защищать и обеспечивать устойчивость рубля;

5) зафиксировано, что система налогов, взимаемых в федеральный бюджет, и общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом;

6) Россия впервые провозглашена социальным государством, политика которого, в том числе в области экономики и предпринимательства, служит созданию условий для достойной жизни и свободного развития человека. Человек, его права и свободы объявлены высшей ценностью: охраняются труд и здоровье людей, вводится гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты¹.

¹ Подробнее о системе критериев см.: *Жилинский С. Э.* Правовое обеспечение экономических реформ // *Экономические реформы и инвестиционная политика*. М., 1996.

Сказанное позволяет сделать вывод, что в *России в результате проведения реформ будет сформирована социально ориентированная рыночная экономика с преобладанием в ней предпринимательского способа хозяйствования*. Однако указанная цель достижима лишь в случае строгого соответствия осуществляемых реформ конституционно-правовой характеристике российской экономики, что предполагает активную творческую роль федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в процессе реформирования, а также адекватную конституционным установлениям деятельность самих предпринимателей.

Опыт реализации Конституции РФ позволил обобщить ход и результаты проводимых реформ и на этой основе более зримо представить будущее страны, включая предпринимательство. В Послании 2005 г. Президент РФ сказал о том, что послания Федеральному Собранию 2004 и 2005 г. следует рассматривать «как единую программу действий... на ближайшее десятилетие». Так впервые после 80-х гг. XX в. была объявлена конкретная программа России, рассчитанная на определенный период времени и системно охватывающая все проявления жизнедеятельности граждан, общества, государства. В Послании 2004 г. были определены задачи экономические и социальные, а в Послании 2005 г. — политические и идеологические, раскрыт «глубинный смысл ценностей свободы и демократии, справедливости и законности — в их практическом преломлении в нашей жизни», подтверждена цель строительства «демократического, свободного и справедливого общества и государства». Как подчеркнуто в Послании 2005 г., «для современной России ценности демократии не менее важны, чем стремление к экономическому успеху или социальному благополучию людей». Существенным дополнением социальной части программы стало выступление Президента РФ на встрече с членами Правительства РФ, руководством Федерального Собрания и членами Президиума Государственного совета¹.

2. За прошедшие годы реформирования России юридическое понимание предпринимательства претерпело существенные изменения. Данное обстоятельство следует учитывать при ознакомлении с законами и иными нормативными пра-

вовыми актами, а также с научной и учебной литературой разных лет. В самом начале предпринимательство представлялось как самостоятельная инициативная деятельность, направленная на получение прибыли. Поскольку всякая экономическая (хозяйственная) деятельность так или иначе имеет дело с получением прибыли, приведенное определение практической значимости не имело и вскоре встал вопрос о его изменении, уточнении. По действующему сейчас законодательству **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** (см. ст. 2 ГК РФ). Аналогичные или весьма близкие по смыслу дефиниции приводятся в законодательстве государств — участников СНГ.

Рассмотрим содержащиеся в законе конкретные правовые характеристики предпринимательства несколько подробнее. Сделать это необходимо по крайней мере по двум причинам: во-первых, предложенная законодателем формулировка предпринимательства не отличается достаточной определенностью, допускает различные толкования и потому нуждается в уяснении ее смысла; во-вторых, предпринятые в научной и учебной литературе трактовки законоположений о предпринимательстве при всей их нечеткости подчас еще и отступают от текста закона, не вносят ясности в вопросы, что способствует созданию превратных представлений о предпринимательстве, может повлечь нарушение прав граждан и иных участников социального общения. Например, утверждается, что «под предпринимательством понимается... получение прибыли»¹ независимо от систематичности ее получения, что к признакам предпринимательской деятельности относится «извлечение прибыли как цель хозяйственной деятельности»², что цель предпринимательства не получение прибыли вообще, а получение сверхприбыли, предпринимательского дохода³, что предпринимательство —

¹ Основы экономической теории: Курс лекций. Рязань, 1995. С. 54.

² Тихомиров Ю. А. Предприниматель и закон: Практическое пособие. М., 1996. С. 4.

³ См.: Половинкин П. Д., Савченко В. Е. Экономическая сущность и содержание предпринимательства. СПб., 1995. С. 17.

«это создание фирм за счет собственных или заемных средств для производства и реализации товаров или услуг и получение на этой основе дохода»¹.

3. Исходным и самым существенным в понимании предпринимательства является норма ч. 1 ст. 34 Конституции РФ, согласно которой **предпринимательская деятельность есть разновидность деятельности экономической**. Данное обстоятельство почему-то не получило отражения в приведенном выше легальном определении предпринимательской деятельности. Это и позволяет в отрыве от конституционной нормы весьма произвольно понимать предпринимательскую деятельность, наполнять ее неодинаковым содержанием в зависимости от субъективного усмотрения лица, производящего толкование легальной дефиниции.

Но что же все-таки представляет собой экономическая деятельность, что входит в нее, кроме предпринимательства? К сожалению, ответ на данный коренной вопрос законодатель не дает. Не находим мы его и в научной литературе, прежде всего экономической, наверное, ввиду его ординарности для экономистов². Но этот стык экономической и предпринимательской деятельности, а в плане рассматриваемой в теме проблематики — экономики и права требует полной ясности, абсолютно единообразного понимания: все последующие правовые характеристики российского предпринимательства производим от него. В нормативно-правовом регулировании, предпринимательской практике, контроле и надзоре со стороны государственных органов и органов местного самоуправления постоянно возникают проблемы, связанные с отнесением той или иной «прибыльной» деятельности к предпринимательству.

К проблеме различения экономической деятельности и деятельности предпринимательской как ее разновидности вынужден был обращаться Конституционный Суд РФ. В постановлении от 3 июля 2001 г. № 10-П он отнес не к предпринимательской, а к «иной не запрещенной законом эконо-

¹ Симоненко В. Д. Основы предпринимательства. Брянск, 1996. С. 7.

² См., например: Шестаков А. В. Экономика и право: Энциклопедический словарь. М., 2000. В словаре не оказалось места ни для «экономики», ни для «экономической деятельности».

мической деятельности» действия граждан по заключению договоров банковского вклада¹.

Но одним лишь частным случаем проблему не решить.

Возьмем простейшие примеры. Руководитель или врач стоматологической поликлиники в свободное время систематически у себя на дому оказывает медицинскую помощь больным. Артист государственного театра, филармонии помимо основной работы систематически по собственной инициативе организует платные выступления перед зрителями. Преподаватель государственного высшего учебного заведения систематически «на стороне» выступает с платными лекциями и проводит занятия в иных формах. Художник продает нарисованные им картины. Бывший профессиональный журналист, а ныне пенсионер систематически выступает в средствах массовой информации, в частности пишет статьи, готовит репортажи. Адвокаты за плату оказывают юридическую помощь обращающимся к ним лицам. И так далее, и тому подобное. Они что же, все предприниматели на том основании, что «систематически получают прибыль от... выполнения работ или оказания услуг», и потому должны быть «зарегистрированными в этом качестве»? (О юридическом понимании «работ», «услуг» будет сказано в теме 5.) Конечно же нет! Предпринимателями будут те из них, деятельность которых является разновидностью экономической.

Что же конкретно понимает под предпринимательской деятельностью как разновидностью экономической деятельности законодатель в уже принятых и действующих соответствующих актах? Возьмем Закон РФ «Об образовании» (в ред. Федерального закона от 13 января 1996 г. № 12-ФЗ)², под влиянием которого находятся практически все граждане России. Согласно ст. 48 указанного Закона индивидуальная трудовая педагогическая деятельность с получением доходов признается предпринимательской и подлежит государственной регистрации. Значит, все так называемые репетиторы, в частности школьные учителя, которые за гроши систематически помогают детям лучше усвоить русский и иностранные языки, иные школьные дис-

¹ СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3058.

² СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 6 января 2007 г. № 1-ФЗ // Российская газета. 2007. 10 янв.

циплины, являются предпринимателями со всеми вытекающими отсюда правовыми и нравственными последствиями. Вместе с тем в соответствии со ст. 45 и 46 того же Закона государственные и муниципальные, а также негосударственные образовательные учреждения вправе оказывать населению платные дополнительные образовательные услуги, которые, однако, не расцениваются как занятие предпринимательством, если доходы идут на образовательные цели, в том числе на заработную плату.

Но вот посмотрим другой нормативный акт — Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г.¹ Статья 1 провозглашает: «Нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли». А что же это за деятельность, и почему она «не преследует цели извлечения прибыли»? Наряду с государственными нотариальными конторами нотариальные действия от имени Российской Федерации совершают нотариусы, занимающиеся частной практикой. Нотариус, занимающийся частной практикой, вправе иметь контору, открывать в любом банке расчетный и другие счета, в том числе валютный, иметь имущественные и личные неимущественные права и обязанности, нанимать и увольнять работников, распоряжаться поступившим доходом, выступать в суде, арбитражном суде от своего имени и совершать другие действия в соответствии с законодательством Российской Федерации и республик в ее составе. За совершение нотариальных действий он взимает плату по тарифам, соответствующим размерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в государственной нотариальной конторе. В других случаях тариф определяется соглашением между физическими и (или) юридическими лицами, обратившимися к нотариусу, и нотариусом. Денежные средства, полученные нотариусом, занимающимся частной практикой, после уплаты налогов, других обязательных платежей поступают в собственность нотариуса и полное его распоряжение. А средства эти огромные. Почему же учитель-репетитор, занимающийся частной практикой, отнесен к числу предпринимателей, а нотариус, тоже занимающийся частной

¹ Ведомости РФ. 1993. № 10. Ст. 357; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ // Российская газета. 2006. 7 июля.

практикой, из когорты предпринимателей исключен? Непросто решается вопрос об отнесении или неотнесении к предпринимательской такой деятельности, как сдача квартир в поднаем. По мнению бывшего МНС России, эта деятельность, как правило, не может расцениваться как экономическая, а значит, и как предпринимательская. Но другое дело, если гражданин имеет в собственности несколько квартир или многоквартирный дом, используемые для сдачи на короткий срок, т. е. как гостиницы.

Вывод очевиден: законы и иные нормативные правовые акты, относящие конкретную деятельность к предпринимательской или непредпринимательской, сами требуют юридической оценки с точки зрения их конституционности. Не настроением законодателей, не их отношением к той или иной «прибыльной» деятельности должно определяться предпринимательство. Поле последнего недвусмысленно очертила Конституция РФ: предпринимательство может осуществляться только в рамках экономической деятельности. Деятельность, направленная на систематическое получение какого-то дохода, но не являющаяся экономической, не может расцениваться как предпринимательская. Автор данного учебника ограничился в основном постановкой указанной проблемы, которая нуждается в дальнейшем осмыслении. Удовлетворительный ответ может быть найден лишь коллективными усилиями. В поисках содержания экономической деятельности, очевидно, надлежит исходить из положений, изложенных в теме ! «Экономика, рынок, право». Экономика есть сфера, где людьми создаются материальные и духовные блага для удовлетворения потребностей человека. Если в результате деятельности материальные и духовные блага не создаются, то относить ее к экономической было бы неправомерно.

4. После того как установлено, что конкретная деятельность является экономической, отнесение или неотнесение ее к предпринимательской осуществляется проще, хотя также небеспроблемно. В ст. 2 ГК РФ приведен критерий вычленения предпринимательства из общей массы экономической деятельности, а именно присущая ему цель — систематическое получение прибыли. Рассмотрение этой правовой характеристики предпринимательства предполагает выделение в ней двух относительно самостоятельных аспектов: что есть прибыль и что есть ее систематическое получение.

Прибыль — понятие родовое, и в ст. 2 ГК РФ не сказано, о какой именно идет речь. Ответ содержится в механизмах образования прибыли, любой из которых подпадает под действие ст. 2 ГК РФ. Прибыль и ее величина изначально связаны с созданием нового товара, новой стоимости в результате соединения факторов производства. Основные из них — земля и иные природные ресурсы, капитал, рабочая сила. Соединяет их предприниматель, который в данном контексте тоже выступает в качестве самостоятельного фактора производства. Капитал, в свою очередь, состоит из основного и оборотного. **Основной капитал — та часть производительного капитала, которая целиком участвует в процессе производства, но ее стоимость переносится на готовую продукцию по частям.** К нему относятся средства труда — заводские здания, машины, оборудование и т. п. Они окупаются не сразу, а их стоимость переносится на созданный продукт по мере износа. Так, каменные производственные здания могут служить 50 лет, машины — 10—12 лет, инструменты — 2—4 года. Допустим, предприниматель израсходовал на приобретение станков 100 млн руб. и они будут действовать в течение 10 лет. Стало быть, станки будут передавать готовым изделиям ежегодно 1/10 часть своей стоимости — 10 млн руб.

Оборотный капитал — предметы труда, в том числе быстроизнашивающиеся (т. е. служащие менее одного года — специальный инструмент, спецодежда, сырье, топливо и т. п.). **Он переносится на вновь созданный товар сразу,** после обработки утрачивает свои прежние полезные качества и *принимает новые*. Топливо и электроэнергия вещественно не входят в продукцию и по мере потребления исчезают, но без них невозможно создать нужное благо. К оборотному капиталу на практике относят и заработную плату, поскольку способ оборота денежных средств, затраченных на оплату труда, одинаков с оборотом стоимости *предметов труда*.

Новая стоимость, в том числе прибыль, создается в процессе непрерывного движения факторов производства, которое охватывает три стадии. На *первой стадии* деньги превращаются в товар. Она протекает в сфере обращения. Предприниматель на авансированные деньги покупает средства производства и рабочую силу, необходимые для того, чтобы начать производство. *Вторая стадия* совершается в сфере производства, где соединяются купленные средства производства и рабочая сила для создания новых товаров, новой потребительской стоимости. Произ-

веденный продукт имеет уже большую стоимость, чем первоначально авансированный капитал. Данная стадия — решающая в процессе возрастания капитала. *Третья стадия* — как и первая, относится к сфере обращения. Здесь вновь созданный товар продается и снова превращается в денежный капитал. **Непрерывное движение капитала, последовательный переход из одной функциональной формы в другую и возвращение к исходной форме называется кругооборотом капитала.**

В результате кругооборота капитала каждому из собственников (носителей) факторов производства причитается своя доля из общего дохода. Работники, нанятые предпринимателем, получают в соответствии с трудовым договором (контрактом) заработную плату. За использование привлеченного капитала выплачивается процент, природных ресурсов — рента. Предприниматель же за свои усилия и риск имеет предпринимательскую прибыль. Разумеется, далеко не всегда для получения предпринимательской прибыли факторам производства необходимо прохождение всех трех стадий кругооборота капитала. **Предпринимательство** иногда ограничивается лишь сферой обращения товара (рынком) — перепродажей по более высокой цене купленных товаров. Стадия производства здесь отсутствует. Но данное обстоятельство сути процесса получения предпринимательской прибыли не меняет.

Соединение факторов производства и получение на этой основе предпринимательской прибыли происходят на микроуровне экономики. Предприниматель жизненно заинтересован в максимальном ускорении их кругооборота: возвращение авансированного капитала позволяет вновь и вновь инвестировать его в производство новых товаров и тем самым получать все большую и большую прибыль.

Однако процесс воспроизводства на предприятии, его масштабы и **эффективность** не только определяют судьбу данного конкретного предпринимателя, но и существенно влияют на макровоспроизводство. Расширение производства на отдельном предприятии означает увеличение выпуска и продажи его продукции, а следовательно, и рост доходов предприятия. Выпуск новой продукции означает дополнительное насыщение рынка, а рост доходов обуславливает расширение рыночного спроса. Все это означает, что развитие макроэкономики как целостного экономического организма непосредственно зависит от функционирования каждого отдельного предприятия.

А как же конкретно формируется предпринимательская прибыль? Стоимость товара для самого предпринимателя выражается в **издержках производства**. К ним относятся затраты на приобретение факторов производства (рабочей силы, машин, сырья; аренда земли и т. п.). **Данные издержки называют явными или внешними. Их сумма выступает как себестоимость продукции. Разница между рыночной ценой и себестоимостью составляет прибыль.**

Однако последняя по своей структуре неодинакова и зависит от характера издержек. В частности, наряду с внешними **есть издержки внутренние, которые связаны с использованием ресурсов, являющихся собственностью предпринимателя**. Например, предприниматель — собственник земли не платит ренту. Гражданин, один занимающийся индивидуальной предпринимательской деятельностью, не платит самому себе заработную плату. Предприниматель, вложивший собственные деньги в производство, не платит банковский процент. В этой связи принято выделять бухгалтерскую и чистую (экономическую) прибыль.

Бухгалтерская прибыль равна общей выручке за вычетом внешних издержек. Чистая прибыль равна общей выручке за вычетом внешних и внутренних издержек. Реальное получение прибыли предпринимателем существенно зависит от состояния рынка, цены на товар, складывающейся на рынке под влиянием спроса и предложения, о чем говорилось выше в теме 1 «Экономика, рынок, право».

В связи с акционированием народного хозяйства остро встал вопрос о понимании прибыли, из которой производится выплата дивидендов. Под предлогом необходимости пополнения фондов акционерного общества владельцы контрольного пакета акций часто добиваются того, что дивиденды выплачиваются в крайне незначительных размерах, чем нарушаются интересы многих миллионов акционеров — граждан, а также различных организаций и государства в целом. Все это приводит к тому, что утрачивается стимул к инвестициям. Федеральный закон от 6 апреля 2004 г. № 17-ФЗ установил, что «источником выплаты дивидендов является прибыль общества после налогообложения (чистая прибыль общества). Чистая прибыль общества определяется по данным бухгалтерской отчетности общества. Дивиденды по привилегированным акциям определенных типов также могут выплачиваться за счет ранее сформированных для

этих целей специальных фондов общества»¹. Статья 247 НК РФ определяет для российских организаций прибыль в целях налогообложения как доход, уменьшенный на величину произведенных расходов.

Главное же, при формальной оценке роли прибыли в правовой характеристике предпринимательства надо иметь в виду, что не имеет значения не только форма получаемой прибыли, но и то, была ли она получена фактически: достаточно в действиях субъекта констатировать наличие цели ее получения, чтобы отнести их к предпринимательским.

5. Установление второго аспекта правовой характеристики цели предпринимательской деятельности — ее направленности на систематическое получение прибыли — не вызывает затруднений, когда речь идет об осуществлении легального предпринимательства на постоянной (профессиональной) основе. Некоторые авторы занятие предпринимательством на постоянной (профессиональной) основе относят к существенным признакам предпринимательской деятельности², с чем нельзя согласиться.

Деятельность «систематическая» и «постоянная» — не одно и то же. Первая означает неоднократное повторение чего-то, вторая — непрерывающуюся, всегдашнюю во времени. В неразличении, 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.

Возьмем типичный пример. По договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его. Статья 711 ГК РФ определила следующий порядок оплаты подрядных работ: если договором подряда не предусмотрена предварительная оплата выполненной работы или от-

¹ СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1343.

² См., например: Предпринимательское право: Курс лекций. М., 1993. С. 11 — 13; *Тихомиров К. А.* Предприниматель и закон. С. 4.

дельных ее этапов, заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок либо с согласия заказчика досрочно. Подрядчик вправе требовать выплаты ему аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре подряда. Сегодня по различным причинам многие работники заняты на основном производстве неполный рабочий день или неполную рабочую неделю, и они периодически подряжаются на выполнение строительных или иных подрядных работ. Сколько же раз в месяц, квартал, год они должны выполнять их, чтобы такая деятельность могла быть расценена как предпринимательская? Или, может, вести отчет по-другому: сколько раз в указанные отрезки времени они получали оплату за выполненные работы? Но возможна и ситуация, прямо предусмотренная ст. 711 ГК РФ. Два-три человека в течение полугода обустроивали «фазенду», возводили дом, сарай, баню, а многотысячную оплату получили после полного окончания работ, т. е. один раз. Значит, нет систематического получения прибыли, а следовательно, и нет предпринимательства? А если они получали оплату ежемесячно, то налицо предпринимательство? К сожалению, разработчики ГК РФ ввели «систематичность» в число критериев предпринимательской деятельности, вместо того чтобы найти более точную, однозначную правовую характеристику последней.

Необходимость легального толкования словосочетания «систематическое извлечение прибыли» вызывается и тем, что в него, по субъективным соображениям, может вкладываться различное конкретное содержание. Применение же аналогии с трудовым или иным законодательством представляется неуместным ввиду новизны и специфики предпринимательства как феномена современной экономической жизни. Вряд ли, например, поможет здесь положение п. 11 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ, гласящее, что под систематическим осуществлением монополистической деятельности понимается осуществление хозяйствующим субъектом такого рода деятельности, выявленное в установленном законом порядке более двух раз в течение трех лет.

Как же быть сейчас? Прокуратуре, налоговым и иным надзорным и контрольным органам, выявившим случаи скрытого

(«теневое») предпринимательства и доказывающим его действительное наличие, надлежит оценивать с позиций действующих нормативно-правовых актов всю совокупность фактических обстоятельств: объект и объем соответствующей деятельности, размер полученной прибыли и цели ее траты (вкладываются ли средства в поддержание и расширение предпринимательского дела или расходуются на личное, семейное потребление) и др. Единообразное понимание и применение правового положения о «систематическом получении прибыли» потребует регулярного обобщения опыта предпринимательской деятельности и дачу разъяснений по вопросам судебной практики пленумами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Может, также понадобится официальное толкование данного правового положения или внесение изменений в ст. 2 ГК РФ.

б. Еще одна правовая характеристика предпринимательства состоит в том, что оно рассматривается как деятельность, осуществляемая на «свой риск». Законодатель никак не разъясняет, что такое риск, равно как и то, зачем понадобилось представление о предпринимательстве непременно связывать с риском.

Риск — понятие неоднозначное, отражаемые им общественные отношения внутренне противоречивы. Иногда в научной литературе риск интерпретируется слишком односторонне, только как «возможный отрицательный результат деятельности»¹. Конечно, как усилия в расчете на будущий спрос, который не всегда может быть гарантирован в условиях рынка, предпринимательство объективно сопряжено с некоторой неопределенностью и неустойчивостью, возможностью невостребования результатов деятельности, что означает неизбежность риска, в частности угрозу потерь времени, ресурсов, прибыли, вплоть до вероятности банкротства. Но это лишь одна, причем не главная, грань предпринимательства. Рискует как раз по другому поводу, в надежде на удачный исход затеянной неординарной операции, на получение более высокой прибыли по сравнению с другими предпринимателями, занимающимися сходной деятельностью.

Риск — вечный спутник предпринимательства, но необязательно присутствующий в деятельности каждого отдельного предпринимателя. Есть и немало предпринимателей, склонных

¹ Предприниматель и право. М., 1996. С. 229.

не рисковать, а действовать, как говорится, наверняка, по принципу «тише едешь — дальше будешь». Налицо противоречие. Его разрешение требует от предпринимателя не только тонкого расчета в выборе варианта поведения, но и исследовательского, творческого подхода, что превращает развитую предпринимательскую деятельность в своеобразное искусство. Как показывает мировой и отечественный опыт, предпринимательская деятельность без риска или минимально рискованная часто оказывается бесперспективной, затухает, чахнет и, не выдержав конкуренции на рынке товаров, работ, услуг, гибнет. Напротив, более высокий риск обеспечивает и более высокую прибыль.

Предпринимательский риск должен быть разумным, не переходить рубеж, за которым он превращается в элементарную авантюру, головотяпство. При подготовке рискованной операции следует исходить из того, что ее последствия зависят главным образом от двух факторов: от самого предпринимателя, его умений, энергии, настойчивости в доведении задуманного до успешного завершения; от партнеров (партнера), вовлеченных предпринимателем в рискованную операцию, от того, насколько ответственно они отнесутся к выполнению взятых на себя обязательств. Иногда могут вмешаться и совершенно неожиданные, непредсказуемые обстоятельства: резкое нарушение социальной, экономической и политической стабильности в стране и в мире, наводнения, землетрясения и иные стихийные бедствия.

В предпринимательской деятельности, как и любой другой, главным является принятие решения о совершении конкретных действий, в котором и воплощается предпринимательский риск. Здесь обычно перед предпринимателем разворачивается множество вариантов, альтернатив. И при самом тщательном «взвешивании» всех возможностей нельзя полностью исключить неудачу, наступление негативных последствий избранного варианта осуществления конкретной предпринимательской акции. Снижению, а то и устранению убытков от предпринимательского риска служат разнообразные правовые меры. Относительно новая и весьма эффективная среди них — страхование.

Важно обратить внимание на то, что в Законе РФ от 27 ноября 1992 г. «О страховании» (Федеральным законом от 31 декабря 1997 г. № 157-ФЗ название изменено на «Об организа-

ции страхового дела в Российской Федерации») сформулировано определение страхового риска, которое вполне применимо к уяснению юридического смысла риска как такового: **страховым риском является предполагаемое событие, обладающее признаками вероятности и случайности**¹. Страхование осуществляется на основании договоров имущественного или личного страхования, заключаемых гражданином или юридическим лицом (страхователем) со страховой организацией (страховщиком). По договору имущественного страхования могут быть, в частности, застрахованы следующие имущественные интересы:

1) риск утраты (гибели), недостачи или повреждения определенного имущества;

2) риск ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, а в случаях, предусмотренных законом, также ответственное^{ТМ} по договорам — риск гражданской ответственности;

3) риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов — предпринимательский риск.

По договору страхования предпринимательского риска может быть застрахован предпринимательский риск только самого страхователя и только в его пользу. Договор страхования предпринимательского риска лица, не являющегося страхователем, ничтожен. Договор страхования предпринимательского риска в пользу лица, не являющегося страхователем, считается заключенным в пользу страхователя. Сумма, в пределах которой страховщик обязуется выплатить страховое возмещение по договору имущественного страхования или которую он обязуется выплатить по договору личного страхования (страховая сумма), определяется соглашением страхователя со страховщиком. При страховании имущества или предпринимательского риска, если договором страхования не предусмотрено иное, страховая сумма не должна превышать их действительную стоимость (страховую стоимость). Такой стоимостью считается: для имущества —

¹ Ведомости РФ. 1993. № 2. Ст. 56; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2) июля 2005 г. № 104-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3115.

его действительная стоимость в месте его нахождения в день заключения договора страхования; для предпринимательского риска — убытки от предпринимательской деятельности, которые страхователь, как можно ожидать, понес бы при наступлении страхового случая.

Несколько иная и более развернутая трактовка риска приведена в Федеральном законе от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹: экологический риск — вероятность наступления события, имеющего неблагоприятные последствия для природной среды и вызванного негативным воздействием хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайными ситуациями природного и техногенного характера (ст. 1).

7. Статья 2 ГК РФ в правовой характеристике предпринимательской деятельности особо выделяет способы систематического получения прибыли «от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг». Приведенное законоположение юридически несовершенно, неполно и неадекватно отражает реальные способы получения прибыли. Повторим: предпринимательство для России — явление относительно новое, оно бурно развивается, постоянно возникают новые формы предпринимательской деятельности и способы получения прибыли. В таких условиях претензии законодателя, что имеет место в данном случае, на то, чтобы дать закрытый (исчерпывающий) перечень способов получения прибыли, заранее обречены на неудачу. Кроме того, предпринятая попытка ущербна с точки зрения законодательной техники. Среди способов получения прибыли на первое место почему-то поставлено пользование имуществом, хотя само по себе оно, как правило, никакой прибыли принести не в состоянии. Из широкого же ассортимента актов распоряжения имуществом, действительно приносящих прибыль, названа только продажа товаров (подробно о пользовании и распоряжении имуществом см. тему 6). Поэтому толковать процитированный текст ст. 2 ГК РФ следует распространительно: прибыль в предпринимательской деятельности можно получать любыми способами, кроме противоправных, а точнее — запрещенных законом.

¹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 10.

Критической оценки заслуживает и заключительное положение ст. 2 ГК РФ. Из него следует, что деятельность лиц, являющаяся по своему содержанию фактически предпринимательской, не относится к предпринимательству, если она осуществляется лицами, которые в установленном **порядке** не зарегистрированы в **качестве** предпринимателей. С такой оценкой предпринимательской деятельности никак нельзя согласиться. От отсутствия чисто формального признака — государственной регистрации субъекта предпринимательской деятельности последняя не перестает быть предпринимательской. Она лишь получает иную правовую оценку: из легальной превращается в противозаконную, что влечет наступление юридической ответственности (см. об этом подробнее тему 4).

§ 3. Предпринимательство и общество

1. Конституционная модель российской экономики весьма далека от своего воплощения в жизнь. Внедрение предпринимательства пока не привело к ожидаемым стабилизации и должному росту народного хозяйства, а сама предпринимательская деятельность характеризуется сложностью и глубокими внутренними противоречиями. В практике хозяйствования и нормативно-правовом регулировании необходимо учитывать складывающиеся тенденции, с тем чтобы активно влиять на положительные процессы и максимально тормозить, устранять отрицательные явления.

Во-первых, все более утверждается представление о предпринимательстве как многообразном явлении современной России, воздействующем на государственную и общественную жизнь. Во-вторых, можно говорить о более высокой степени зрелости самих российских предпринимателей, осознании ими своей важной социальной роли. Так, в связи со стихийным бедствием — затоплением весной 2001 г. ряда районов Иркутской области **предпринимательское** объединение «Русский алюминий» оказало области безвозмездную помощь в размере 30 млн руб. Иногда добрые дела проявляются в более мелких акциях. Но лиха беда начало! Например, в ряде областей — Липецкой, Московской и др. — предприниматели «усыновляют» находящиеся в зоопарках животных и птиц (медведей, львов, лебедей и т. д.), внося крупные суммы денег на их содержание, оказывают **значительную** материальную поддержку театрам, му-

зеям, учебным заведениям. Отрадны факты поддержки российской науки со стороны предпринимателей. Так, осенью 2000 г. президиумом Российской академии наук и представителями крупного предпринимательства создан общественный Фонд содействия отечественной науке. В начале XXI в. на средства предпринимателей стали создаваться частные благотворительные фонды для поддержки талантливой молодежи и иных общественно значимых целей. К 2005 г. их насчитывалось уже более 10. Думается, что настало время и для более кардинального шага. Историческим актом благородства и национального примирения стала бы, например, акция, в результате которой предприниматели (особенно «первой волны»), невзвест как нажившие многомиллионные и многомиллиардные состояния, в складчину погасили бы внешние долги России и СССР. Это, помимо облегчения взваленного на плечи народа тяжелейшего бремени, даст будущим историкам ключик к пониманию того, как богатейшая по полезным ископаемым, научно и технически мощнейшая страна, распродав в процессе приватизации чуть ли не половину ценностей, сама накопила за то же время огромный долг — внутренний и внешний.

В-третьих, качественно изменяется социальный слой предпринимателей. Особую надежду на укрепление и развитие нового способа хозяйствования вселяет быстрый рост интереса к нему со стороны женщин. В мае 2002 г. в Москве прошел Форум женщин-предпринимателей России и Украины. При его подготовке и проведении выяснилось, что только за последние три года доля женщин-предпринимателей в общей структуре работающего населения России возросла в шесть раз. В-четвертых, в общественном сознании и предпринимательской практике предпринимательская деятельность, к сожалению, пока еще связывается не столько с производством товаров, выполнением работ, оказанием услуг, инвестициями в промышленность, сельское хозяйство, строительство и т. п., сколько с посредничеством на рынке, скупкой и перепродажей товара в целях наживы, что нередко расценивается общественным мнением как антиобщественное деяние — спекуляция. Предпринимательство еще крайне слабо иницирует и стимулирует отечественного товаропроизводителя. В-пятых, нарастает опасность все большей криминализации предпринимательства, особенно коммерческой деятельности, его тесного сращивания с преступностью, а всех их вместе — с органами государственной власти и органами

местного самоуправления. Это дискредитирует новые способы хозяйствования, ставит под сомнение их перспективность.

2. Предпринимательская деятельность будет иметь будущее в России и прочно утвердится как способ хозяйствования при условии учета, в том числе в правовом регулировании, многоаспектное™ ее прямых и обратных связей с обществом. При этом одной из ведущих идей в рационализации предпринимательства должна стать идея защиты предпринимательства от компрометации в глазах общественного мнения. За годы бесславной перестройки и уже после провозглашения Декларации о государственном суверенитете России мы успели дискредитировать немало перспективных начинаний в сфере экономики. Это относится и к кооперативному движению, и к аренде, которые нередко вырождались в разного рода противоправные действия. Позднее грустную эстафету приняла приватизация. Ее организаторы каждодневно с использованием всех возможных средств массовой информации убеждали, как прекрасно обстоят дела с приватизацией, как много миллионов россиян стали собственниками в результате поголовной ваучеризации. Только, к сожалению, граждане России не ощущали изменений к лучшему: падал жизненный уровень, останавливались предприятия, включая приватизированные, ваучеры за бесценок скупали разного рода махинаторы.

Нельзя допустить, чтобы подобная участь постигла и предпринимательство. У нас просто нет альтернативы, равноценной предпринимательской экономике. Но ведь насильственно предпринимательство не внедришь, и оно не станет полноценной частью нашей экономики, если не получит поддержки народа. Пока же наиболее зримым плодом предпринимательства является известное и некоторым другим странам негативное состояние, когда новые богатые становятся богаче, а бедные еще беднее.

За 2005 г. число долларовых миллионеров в России выросло на 4 тыс. и составило 88 тыс. человек. По долларовым миллиардерам — 33 человека — наша страна заняла второе место в мире после США. Отечественные миллиардеры владеют активами на общую сумму 172 млрд долл., что равно четверти годового валового внутреннего продукта. Столь уродливая концентрация капитала вызывает, как правило, негативную оценку со стороны большинства граждан. В то же время одна из причин обнищания — грубое игнорирование хозяйствующими субъек-

тами требований законодательства о своевременной выплате заработной платы. Задолженность работодателей своим работникам на 1 сентября 2005 г. равнялась 10 млрд руб. Компетентные же органы государства очень редко применяют к виновным установленную ответственность за это правонарушение (см. ст. 236 ТК РФ, ст. 145¹ УК РФ, ст. 5.27 КоАП РФ). Их реагирование обычно ограничивается требованием к работодателям о выплате работникам задерживаемой заработной платы. Так, прокуратурой в 2005 г. было подано в суды 270 тыс. таких исков.

Необходимо всеми средствами, в том числе правовыми, поставить заслон этой разрушительной для предпринимательства тенденции. Оно нуждается в поддержке общественным мнением, тем более что многие десятилетия людям внушали представление о частнопредпринимательской, коммерческой деятельности как о не просто антиобщественной, а преступной. Намечаемые Правительством РФ сроки по сокращению доли населения, живущего за чертой бедности (а она составляет десятки миллионов людей), на 15% к 2010 г. и на четверть — к 2015 г.¹ вряд ли вызовут согласие в обществе. Их необходимо максимально сократить в результате согласованных действий, прежде всего, предпринимателей, по искоренению бедности, что, несомненно, позитивно сказалось бы на их имидже.

3. Предпринимательство тесно связано и непрерывно взаимодействует со всеми сферами общества. Первый аспект этого взаимодействия — его прямые и обратные связи с экономической сферой общества, в пределах которой предпринимательство только и может осуществляться. Предпринимательство должно быть обосновано экономически, логично вписываться в систему производственных отношений, демонстрировать преимущества перед планово-централизованной экономикой и иными непредпринимательскими способами хозяйствования, обеспечивать более эффективное использование материальных и финансовых ресурсов, научно-технический прогресс, рост производительности труда. Общая задача теоретиков и практиков — выявить внутренние резервы предпринимательства, использовать все его позитивные возможности и подчинить их эффективному реформированию народного хозяйства.

¹ В Правительстве РФ // Российская газета. 2001. 24 авг.

Особого внимания требует производительность труда. Известно высказывание В. И. Ленина, что социализм может одержать победу над капитализмом лишь более высокой производительностью труда. Все годы советской власти производительность труда в СССР многократно отставала от аналогичного показателя в развитых капиталистических странах. И случилось то, что должно было случиться «по теории»: общественно-политический строй, который мы называли социалистическим, не выдержав соревнования с капиталистическим, потерпел всемирно-историческое поражение. Та же участь рано или поздно постигнет и общественно-политический строй нынешней России, если предпринимательство не обеспечит необходимый рост производительности труда в отечественном народном хозяйстве.

4. Второй аспект взаимодействия предпринимательства и общества отражает взаимосвязь предпринимательства с социальной сферой общества. Развитие предпринимательства должно сопровождаться повышением благосостояния населения, более полным удовлетворением насущных потребностей людей, не должно вести к резкой поляризации различных групп граждан по уровню доходов, бездумному проматыванию национального богатства. Президент РФ в Послании 2002 г. подчеркнул, что «основное сейчас: это создание условий, при которых граждане России могут зарабатывать деньги... и — с выгодой для себя — вкладывать в экономику своей собственной страны».

Следует наладить действенный государственный и общественный контроль над доходами, а при определенных условиях и ограничивать их. Необходимы, в частности, более действенные меры контроля за соответствием реальных и декларируемых доходов физических лиц, предусматривающие ужесточение ответственности в случае обмана государства, в том числе конфискацию имущества. В полную силу надо использовать и уже действующее законодательство для контроля за соответствием имущества, особенно недвижимого, декларируемым доходам. Реализация этих и иных акций по упорядочению доходов отвечала бы интересам не только граждан, общества и государства, но и самих преуспевающих предпринимателей. Любопытно признание, недавно сделанное процветавшим в начале 90-х гг. руководителем фирмы «Алиса»: «Деньги не дают ни свободы, ни безопасности, ни тем более счастья». Жить с народом, ради народа и интересами народа — вот подлинный смысл деятель-

ности предпринимателя, снимающий все противоречия между предпринимательством и развитием социальной сферы общества.

Декриминализации предпринимательства, народного хозяйства и общества в целом будет способствовать проведение в жизнь положений Конвенции об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности от 8 ноября 1990 г., подписанной от имени России 7 мая 1999 г. Конвенция ратифицирована Федеральным законом от 28 мая 2001 г. № 62-ФЗ¹.

Действующий в этой сфере Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»² регулирует отношения граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства, организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, а также государственных органов, осуществляющих контроль на территории Российской Федерации за проведением операций с денежными средствами или иным имуществом, в целях предупреждения, выявления и пресечения деяний, связанных с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма.

Средства массовой информации нередко сообщают о многих непонятно как обогатившихся предпринимателях и даже лицах, занимающих государственные должности государственной службы, государственных и муниципальных служащих, о вывозе ими неведомыми путями крупных денежных сумм за рубеж и трате их далеко не на предметы первой необходимости — на покупку земельных участков, дворцов, морских и воздушных судов, спортивных клубов, на устройство пышных банкетов. Подобные публикации в условиях, когда у многих миллионов людей нет средств, обеспечивающих прожиточный минимум, будоражат общественное мнение, усиливают неприязнь к предпринимательству и государственной власти, недоверие к исходящим с их стороны акциям. Однако о реакции на

¹ СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2280.

² СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3418; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 153-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3452.

подобные публикации компетентных государственных органов, в частности правоохранительных, как правило, не сообщается.

В Послании Президента РФ 2005 г. сказано: «Достаток каждого должен определяться его трудом и способностями, квалификацией и затраченными усилиями». И если правомерность нажитого достатка вызывает сомнения, их надо в целях консолидации общества, укрепления доверия граждан к лицам, работающим в предпринимательстве и государственном аппарате, рассеивать, что способствовало бы реализации политической установки, содержащейся в том же Послании, о необходимости «обеспечить право граждан на объективную информацию». Пока же гражданину становится кое-что известно о жульнических похождениях этих лиц лишь в случае возбуждения против них уголовных дел.

5. Третий аспект — взаимосвязь предпринимательства с политической сферой общества. Надлежит обеспечить поддержку, лоббирование предпринимательской деятельности со стороны государства, органов местного самоуправления, иных влиятельных политических сил общества. Без этого не утвердятся авторитет предпринимателя в обществе, не будут созданы благоприятные условия для предпринимательской деятельности. Как следствие, предпринимательство не окажет сколько-нибудь заметного позитивного влияния ни на экономическую, ни на социальную сферу, о чем речь шла выше при рассмотрении первых двух аспектов взаимодействия предпринимательства и общества.

6. Четвертый аспект — взаимосвязь предпринимательства с духовной сферой общества, интегрирующей все другие сферы общества в единое целое. Надо добиться позитивного восприятия предпринимательства широким общественным мнением, что предполагает глубокие перемены в сознании, психологии российских граждан. Лишь при этом условии предпринимательство и общество свяжут живительные встречные потоки, из сознания людей будет искоренено представление о предпринимателях как стяжателях, «мистерах-твистерах миллионерах», «купчинах толстопузых». Предприниматели приобретут благоприятный имидж, и их корпус будет пополняться честными инициативными россиянами.

7. Осмысливая прошлое и вглядываясь в будущее предпринимательства, невольно приходишь к выводу о его универсальности, всеобщности как способа хозяйствования. Вспомним

советское прошлое. Вся мощь, как сейчас бы сказали, силовых структур была направлена в то время на искоренение так называемых нетрудовых доходов, в частности скупки и перепродажи в целях извлечения прибыли. Однако, несмотря на это, данное явление не перестало существовать в природе. Может, не случись развала СССР, с ним рано или поздно было бы покончено? Вряд ли! Под конец существования советской власти предпринимательство фактически уже было признано как сектор социалистической экономики.

Показателен в этом отношении и пример Китая. Еще, казалось, недавно там самым жестоким репрессиям подвергались люди, стремившиеся к обогащению посредством предпринимательства. Однако состоявшийся в ноябре 2002 г. XVI съезд компартии Китая уже официально разрешил предпринимательство, которое фактически начало развиваться в стране значительно раньше. Ко времени проведения съезда только непосредственно коммунистическая партия насчитывала более 113 тыс. членов, занимавшихся предпринимательской деятельностью.

§ 4. Юридические критерии рыночных экономических отношений

1. Подытоживая первые две темы учебника, необходимо обратиться к вопросу о том, что же представляет собой в настоящее время российское народное хозяйство и, главное, построена ли у нас социально ориентированная рыночная экономика. Именно этим определяется механизм правового регулирования предпринимательской деятельности. И этот вопрос — признавать ли за Россией статус страны с рыночной экономикой — постоянно возникает при определении места и роли нашей страны в европейском или мировом сообществе, идет ли речь, например, о ее вступлении в Европейский союз или Всемирную торговую организацию. Остановимся коротко лишь на официальной интерпретации данного вопроса. В Послании Президента РФ 1998 г. на поставленный вопрос давался утвердительный ответ: **«Экономика России стала принципиально иной... в России построена рыночная экономика. И другой она уже не будет»**. Обосновывался изложенный вывод, в частности, тем, что решена задача либерализации экономики и достигнута финансовая стабилизация. Иной вывод содержится в Послании Президента РФ 1999 г.: **«Россия испытывает недостаток**

нормальных рыночных отношений. У нас сложилась уродливая переходная система, застрявшая на полпути от плановой командной экономики к рыночной».

В последующих посланиях Президент РФ воздерживается от столь категоричных оценок. В Послании 2000 г. говорится о том, что России нужна устойчивая экономика, которая была бы конкурентоспособна, эффективна, социально справедлива, обеспечивала стабильное политическое развитие. В Послании 2001 г. констатируется: «Наша экономическая система, по сути дела, мало изменилась». Послание Президента РФ 2002 г. становится цивилизованного рынка относит к **нашим** неизменным целям, фиксирует, в основном **за** счет совершенствования законодательной базы, продвижение в развитии инфраструктуры рынка, **констатирует**, что «мировой рынок уже у нас, а наш стал **частью** мировой системы».

Россия наконец получила статус страны с рыночной экономикой. Коль скоро речь идет о рыночной экономике, то необходим поиск четких оценочных критериев экономики именно как рыночной. **Сразу** отметим, что **на** роль критериев не годится динамика народного хозяйства. Показатели роста экономики сами по себе отнюдь не свидетельствуют **в** пользу рыночных отношений. У экономики с позитивной динамикой может быть деформированный рынок, равно как застои, спады, кризисы могут иметь место в подлинно рыночном национальном хозяйстве. Критерии должны быть таковыми, чтобы позволяли отграничить рыночные экономические отношения от нерыночных. Это тем более важно для России, переживающей переходный период, когда в обществе, и прежде всего народном хозяйстве, сохранились черты прежней централизованно управляемой советской экономики **и** не **в** полной мере проявились еще черты экономики рыночной.

2. Обобщая экономическую практику зарубежных государств и собственную отечественную, **в** том числе дооктябрьскую 1917 г., можно выделить следующие *критерии рыночных экономических отношений. Первый исходный критерий — четкая имущественная обособленность участников таких отношений.* Имеется в виду, что каждый, кто **вступает** в имущественные, экономические связи с другими лицами, располагает только ему принадлежащим имуществом, исчисленным в натуральном и денежном **выражении**, которое как бы **показывает** реальные

материальные возможности сторон (субъектов) соответствующих отношений.

Важность отмеченного критерия подчеркивается тем обстоятельством, что имущественное обособление не есть плод самостоятельности самих участников общественных отношений. Оно может иметь место лишь в формах, установленных законом. Пока в России узаконены три варианта такого обособления: право собственности, право хозяйственного ведения и право оперативного управления.

Второй критерий — неприкосновенность имущества собственника, равно как и любого другого субъекта вещного права. Никто не может покушаться на имущество, обособленное в перечисленных выше легальных формах, — ограничивать в обороте, изымать полностью или частично и т. п. Сказанное касается и собственника, передавшего свое имущество в хозяйственное ведение или оперативное управление другим лицам: последние имеют право на защиту своего владения имуществом также против самого собственника.

Третий критерий — юридическое и фактическое равенство участников имущественных отношений. Данная черта весьма актуальна сейчас в России, когда формируется социально ориентированная рыночная экономика на базе существовавшего многие десятилетия строго централизованного и управляемого сверху народного хозяйства, первичные звенья которого — предприятия, производственные объединения и другие — в отношении закрепленного за ними имущества были фактически бесправными.

Четвертый критерий — свобода собственника, а в установленных законом пределах и субъектов иных вещных прав в принятии решений, касающихся принадлежащего им имущества. Как поступать со своим имуществом, какие выпускать товары, выполнять работы и оказывать услуги, куда производить инвестиции и т. д., решает сам субъект вещного права. Каждый человек, записано в Конституции РФ, имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Вмешательство во внутривозрастные дела участников имущественных, экономических отношений недопустимо, в том числе со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Пятый критерий выражается в товарно-денежной форме опосредования имущественных отношений. Бартер, мена не типичны для социально ориентированной рыночной экономики. Развитие, рост имущественных отношений в товарно-денежной форме расширяют возможности рыночной экономики.

С пятым критерием тесно связан *шестой — наличие стабильной национальной валюты, ее экономическая и правовая защищенность.* Снижение, а тем более утрата платежеспособности денежной единицы Российской Федерации — рубля, его унижение в глазах населения навешиванием ярлыка «деревянный» и присвоением тому подобных кличек дезорганизуют имущественные отношения, порождают у граждан настроения социальной обреченности. В Послании 2003 г. Президент РФ в числе крупных задач назвал «достижение полной конвертируемости рубля... не только внутренней, но и внешней», что наряду с другими положительными моментами явится важным фактором интеграции России в мировую экономику.

Седьмой критерий — реальная и добросовестная конкуренция между участниками имущественных, экономических отношений, ограничение и вытеснение монополизма. Для нормальной рыночной экономики одинаково вредны как сохранение экономических монстров, доминирующих на товарных рынках, так и искусственное создание ситуации состязательности между участниками экономических, производственных отношений.

Восьмой критерий — полная материальная ответственность участников имущественных отношений друг перед другом за результаты своей деятельности как партнеров в этих отношениях. Хронические затяжные неплатежи не только приносят невосполнимые потери формирующейся рыночной экономике, но и влекут грубые нарушения социальных прав граждан. Ведется настойчивый поиск эффективных средств — и организационных, и правовых, способных покончить с неплатежами, сделать нормой своевременное и надлежащее выполнение взаимных обязательств участниками имущественных отношений.

Девятый критерий — свободное определение самими партнерами по взаимному соглашению цен на различные товары, работы и услуги, составляющие объект имущественных отношений. Только в предусмотренных законом случаях в обязательном порядке применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т. п.), установленные или регулируемые уполномоченными на то государственными органами.

Наконец, *еще один критерий: обеспечение государством защиты прав участников рыночных отношений, повсеместное создание обстановки, когда бы они для пресечения действий, создающих угрозу нарушения их прав, и (или) для восстановления уже нарушенных прав обращались в органы государственной власти, прежде всего суды, а не искали себе «крышу» в криминальных структурах общества.* Остановимся на нем чуть подробнее.

Незаконные и необоснованные решения судов дискредитируют государство, и прежде всего — судебную власть, препятствуют развитию здорового делового климата, очень часто ставят в тупик предпринимателей. Нужна, сказал Президент РФ в Послании 2002 г., эффективная судебная система, с тем чтобы у отечественных и иностранных предпринимательских структур не возникало сомнений в ее авторитете и действенности. Этой цели служит проводимая судебная реформа. В частности, уже приняты важнейшие для граждан и экономики новые Гражданский процессуальный и Арбитражный процессуальный кодексы РФ, Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации».

В создании комфортных безопасных условий для отечественных и зарубежных предпринимателей велика роль правоохранительных органов. Последние, подчеркнул Президент РФ в Послании 2002 г., должны направлять свои усилия на защиту прав граждан, жесткую борьбу с рэкетом, административным произволом и коррупцией, на охрану прав собственника и производителя.

Лишь все десять критериев, взятые вместе, свидетельствуют о действительном состоянии народного хозяйства, о мере его рыночности. Их приложение к фактически функционирующим у нас экономическим отношениям позволяет судить о том, как далеко мы продвинулись на тех или иных направлениях формирования рыночной экономики.

3. Встает вопрос: может ли быть построена рыночная экономика, выражаясь языком господствовавшей в недавнем прошлом идеологии, в отдельно взятом регионе Российской Федерации — республике, крае, области и т. д. или в определенных объединениях регионов, например Сибири или Дальнего Востока? Так, руководитель одного из самых крупных субъектов Российской Федерации заявил, что на территории данного субъекта «в сфере экономики сложились рыночные отношения,

это рынок цивилизованный, а не дикий, как в некоторых районах России».

Подобное утверждение, думается, если не глубоко ошибочно, то по меньшей мере сомнительно. Экономика страны, будучи динамичной системой, представляющей собой целостную совокупность прочно взаимосвязанных хозяйственных отношений, многочисленных отраслей народного хозяйства, объективно, независимо от воли государства и его органов, а также воли самих участников экономических отношений распространяется на всю территорию страны, охватывает и объединяет все субъекты Российской Федерации. Государство, в свою очередь, обязано гарантировать на территории России единство экономического и правового пространства, наличие единого общероссийского рынка.

Конечно, дела в экономике различных субъектов Российской Федерации, в том числе связанные с функционированием рыночных отношений, складываются неодинаково. Приведенные выше критерии как раз и позволяют сравнивать регионы между собой. Однако лобовое противопоставление региональных экономик, когда у одних она декларируется как идеально рыночная, а у других как «дикая», вряд ли уместно и плодотворно. Очевидно, бесперспективно пытаться создать в российском народном хозяйстве некие изолированные рыночные оазисы. Экономика — единый народно-хозяйственный механизм, и в качестве рыночной она только и может «жить» в масштабе всей страны.

Тема 3
**МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

*§ 1. Понятие и структура правовой основы предпринимательства.
§ 2. Нормативно-правовая основа предпринимательства. Понятие предпринимательского права. § 3. Законность и правопорядок в предпринимательской деятельности*

**§ 1. Понятие и структура правовой основы
предпринимательства**

1. Понятие правовой основы вошло в отечественную теорию и практику, когда наметился закат советской власти и пришло слишком запоздалое осознание необходимости существенного повышения роли правового фактора в жизнедеятельности общества, включая его руководящую и направляющую силу — правящую коммунистическую партию. Сейчас это понятие широко используется в российском государственно-правовом строительстве. Однако до сих пор не определены общепризнанные объем и содержание правовой основы, четко не очерчены круг отражаемых ею общественных отношений и ее место в ряду сложившихся правовых категорий.

Наиболее распространена точка зрения, в соответствии с которой правовая основа отождествляется с правом в его государственно-официальной форме, т. е. с системой действующих норм права, закрепленных в законах, нормативных указах Президента РФ и постановлениях Правительства РФ, федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления. С такими взглядами на правовую основу вообще и правовую основу предпринимательства в частности согласиться нельзя. Они не только обедняют основу, но и ослабляют ее, создают лишь иллюзию государственной заботы о правовой основе, когда функции государственных органов и органов местного самоуправления свелись бы к принятию все новых и но-

вых нормативных актов без обременения себя ответственностью за исполнение принимаемых решений.

2. Правовая основа как понятие охватывает и нормативно-правовую базу предпринимательства, и весь правовой механизм реализации юридических норм, регулирующих предпринимательскую деятельность. Структура правовой основы предпринимательства представляет собой диалектическое единство права, законности и правопорядка. Что же дает основание отстаивать такой взгляд на правовую основу? Право, законность, правопорядок — главное, своего рода костяк в правовом регулировании общественных отношений. Объединенные в более общее понятие, они связывают в одно целое основные элементы правового регулирования: исходный пункт (правовые нормы), процесс реализации (законность) и его конечный результат (правопорядок). Право, как мы видим, есть необходимая предпосылка, опора, на которой разворачивается и действует механизм законности, формируется правопорядок. Без права не могут возникнуть ни законность, ни правопорядок, оно есть их основа. В указанном смысле в учебнике употребляется и словосочетание «нормативно-правовая основа» как базовый, но все-таки всего лишь один из элементов правовой основы.

Подытоживая сказанное, можно предложить следующее определение правовой основы: **это одна из основ общества и государства, которая посредством отражения, закрепления и реализации интересов российских граждан упорядочивает экономические, социальные, политические и духовные процессы, придает им юридически гарантированную оптимальность функционирования и развития.**

3. Иногда в научной литературе и официальных государственных решениях рассматриваемое понятие используется во множественном числе — «правовые основы», что вызывает возражение. О чем бы ни шла речь, под какую бы конкретную группу общественных отношений, например связанных с предпринимательством, образованием, медициной, государственной, муниципальной или военной службой, мы ни «подводили» правовую основу, последняя всегда одна. Данный вывод со всей очевидностью вытекает из нашей реальности: в стране действуют единая (одна) нормативно-правовая система, единая (одна) законность и устанавливается единый (один) правопорядок. Это свое качество они не только не утрачивают, а, напротив, усиливают, будучи системно объединенными в поня-

тие «правовая основа». О трех названных структурных элементах правовой основы применительно к предпринимательству и пойдет речь в настоящей теме.

§ 2. Нормативно-правовая основа предпринимательства. Понятие предпринимательского права

1. Приступая к рассмотрению нормативно-правовой основы предпринимательства, необходимо в первую очередь обратиться к понятию, давшему название ей и правовой основе в целом, — праву, имеющему ключевое значение для всей юридической науки и практики. Вокруг правопонимания уже много лет ведутся то чуть затухающие, то вспыхивающие с новой силой дискуссии. В них доминируют три концепции права.

Первая — традиционная концепция *так называемого узконормативного правопонимания*. Она господствовала со второй половины 30-х гг. XX в. и длительное время считалась у нас в стране единственно правильной. Согласно ей право есть система установленных (санкционированных) и обеспечиваемых государством, в том числе принудительной силой, общеобязательных правил поведения (юридических норм), направленных на регулирование общественных отношений. Ее недостаток — явное преувеличение в правотворчестве роли государства, которое выступает как бы сочинителем, создателем правовых норм. Относить те или иные правила к правовым или не относить, зависит только от усмотрения государства — творца права.

В последние три десятилетия все больше сторонников завоевывает концепция *«широкого» правопонимания*¹. Она по степени преодоления узконормативной трактовки права разветвляется на две основные и самостоятельные концепции, в пределах которых, в свою очередь, имеются расхождения в оттенках, деталях широкого понимания права. На деталях мы останавливаться не будем, а передадим лишь суть обеих «широких» концепций.

Одна из них объединяет авторов, которые предлагают не ограничивать право системой норм, а включить в него также все, что связано с реализацией права, — его «жизнь», функционирование, реальное воздействие на общественные отношения.

¹ См. об этом, например: *Мальцев Г. В.* Справедливость и право. М., 1977; *Нерсесянц В. С.* Право и закон. М., 1980; *Керимов Д. А.* Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986.

Изложенные суждения встречают возражение не только сторонников традиционного определения права, но и выступающих за его пересмотр. Ими вполне обоснованно отмечается, что предложения о **включении** в понятие права кроме установленных (санкционированных) государством норм еще и, скажем, правоотношений, правосознания, субъективных прав носят непринципиальный характер и логически некорректны: правоотношения и другие правовые явления в предлагаемой интерпретации выступают как производные от норм права.

Наиболее радикальна концепция широкого правопонимания, признающая существование предзаконного, догосударственного права. Она исходит из такого различия «права» и «закона», когда первое, будучи явлением объективного порядка, логически и исторически предшествует второму. Сторонники данной концепции различают **в правообразовании** два идущих как бы параллельно процесса: объективный процесс фактического правообразования, **в результате** чего обществом, всей совокупностью общественных **отношений** формируются нормы права, и формальный процесс законотворчества, означающий официальное признание, придание правовым нормам законной силы.

Приведенные концепции обычно **рассматриваются** как альтернативные, взаимоисключающие, противостоящие одна другой, что представляется неверным. Каждая из них раскрывает определенный сущностный момент в праве, а взятые вместе, они дают достаточно полное видение этого сложного и многообразного феномена.

2. В предпринимательской деятельности комплексный, всесторонний подход к пониманию права также важен. В ее регулировании необходимы и государственно-обязательные правила, и последовательное проведение их в жизнь. Особый интерес для **предпринимательства** представляет концепция предзаконного права в *голландской* ее части, где доказывается, что экономические и правовые институты общества функционируют неотделимо друг от друга, что право есть явление, данное объективными экономическими отношениями, а закон **субъективное** отражение права в виде **позитивно** установленного государственно-волевого **акта**.

Возникает **вопрос**: а **что это за нормы права, которые действуют** сами по себе, без какого бы **то** ни было участия государства и его органов, **каковы** их значение и **возможности** в регули-

ровании предпринимательской деятельности? Ответить на поставленный вопрос — значит определить критерии, опираясь на которые можно обнаружить, вычленив из необозримого множества касающихся предпринимательства общественных отношений, не находящихся в сфере прямого воздействия права в форме законодательства и регулируемых различными социальными нормами, те отношения и соответствующие им нормы, которые имеют правовую природу, запрограммированы именно как правовые и в силу указанных объективно заданных свойств при необходимости получают официальное закрепление в государственных нормативных актах. Это, пожалуй, самая трудная теоретическая проблема, которая возникает при исследовании права в его широком понимании.

Для оценки, определения и отбора предпринимательских отношений правового характера и регулирующих их норм могут, на наш взгляд, служить применяемые в единстве следующие критерии. Эти общественные отношения должны: не носить характер случайных, разовых контактов отдельных участников предпринимательства, а иметь широкое распространение, многократную повторяемость; быть социально значимыми и полезными; выражать общественный интерес в такой мере, чтобы при возникновении конфликтов и иных затруднений их реализация не была безразличной обществу и государству, не опиралась лишь на усмотрение самих сторон этих отношений, не оставалась их личным делом, не зависела от их личных симпатий или антипатий.

Обнаружение догосударственных норм права имеет для предпринимательства двоякое значение.

Во-первых, они нередко фактически регулируют предпринимательские отношения. Историки права убедительно доказывают, что право как государственно-обязательная система норм возникло из обычаев, которым государство своими актами придавало юридическую силу. Очевидно, и теперь государственно-обязательное право часто функционирует в той же форме. Действующим российским законодательством предпринимательские обычаи приравнены к официальным источникам права. Согласно ст. 5 ГК РФ 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. Не допускается

применение лишь таких обычаев делового оборота, которые противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору.

Изложенные положения прошли проверку на практике и получили ее подтверждение. Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ, обобщив соответствующую практику, в своем совместном постановлении от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ дали на этот счет следующие разъяснения: **под обычаем делового оборота, который в силу ст. 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, т. е. достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например традиции исполнения тех или иных обязательств и т. п.** Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т. п.).

Предзаконное право, включая обычаи делового оборота, нуждается во внимательном обращении. Оперирование им, кем бы оно ни производилось и какие бы благородные цели ни преследовало, неизбежно будет иметь оттенок личного усмотрения, субъективизма, что создает предпосылки для возникновения конфликтов. Более того, опирающаяся на предзаконное право общественно полезная предпринимательская активность, лишенная должной упорядоченности и каких бы то ни было формальных барьеров, способна превратиться в свою противоположность, включая произвол.

Поэтому всемерную поддержку надлежит оказывать стремлению предпринимателей и их объединений к собирательству и оценке вырабатываемых практикой правил, отбору и своего рода кодификации тех из них, которые обладают качествами рациональных и справедливых. Например, участники второго Конгресса российских предпринимателей, представлявшие деловые круги из всех субъектов Российской Федерации и 120 профес-

¹ БВС РФ. 1996. № 9; 1997. № 5; Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

сиональных общественных объединений национального предпринимательства, 1 ноября 1995 г. приняли Хартию бизнеса России. С момента принятия она постоянно открыта для подписания всеми желающими. Подписавшие Хартию добровольно принимают на себя бессрочные обязательства, касающиеся этических основ делового поведения и взаимодействия предпринимателей, а именно: отказываются от применения или угрозы применения насилия как способа ведения бизнеса; обязуются не прибегать к недобросовестным формам ведения бизнеса, обману и умышленному нанесению ущерба своему контрагенту, фальсификации качества товара или предоставляемой услуги, а также к сообщению ложных сведений о себе, своей организации или своих партнерах; считают должным не участвовать в легализации доходов, имеющих незаконное или сомнительное с точки зрения этики бизнеса происхождение. Участники Хартии, допустившие нарушение ее положений, согласны с теми общественными санкциями, вплоть до бойкота, которые будут применены к ним другими участниками Хартии¹.

В октябре 2002 г. Российский союз промышленников и предпринимателей принял Хартию деловой и корпоративной этики, согласно которой отечественные предприниматели обязуются строить свою работу, «основываясь на принципах добропорядочности, справедливости, честности». Отныне все конфликты между хозяйствующими субъектами будут рассматривать не только государственные суды, но и суд чести предпринимателя.

Особую Хартию деловой этики в октябре 2005 г. подписали крупнейшие книгоиздатели России, политики и популярные авторы. В Хартии изложены правила взаимоотношений на книжном рынке.

Нормотворчество самих предпринимателей положительно зарекомендовало себя в США во время жесточайшего кризиса конца 20-х — начала 30-х гг. прошлого века. С 1929 по 1932 г. промышленное производство там сократилось почти наполовину, а капитальное строительство — почти в 10 раз, разорилось 5 тыс. банков. Объединения предпринимателей в различных отраслях экономики разработали и приняли более 500 «кодексов честной конкуренции», определявших условия производства, сбыта, уровень цен, трудовые отношения. Интересно и то,

¹ См.: Интерфакс-АиФ. 1995. № 24.

что кодексы, одобренные президентом страны, получали силу закона.

Во-вторых, исходя из широкого правопонимания, нельзя преуменьшать особое значение государства в правотворчестве. Официальной силой действующего права обладает только законодательство. Догосударственное право служит при этом неиссякаемым и надежным живительным источником государственного правотворчества. Хотя и робко, но начинает пробивать себе дорогу плодотворная тенденция к возрастающей интеграции объективного процесса формирования права, происходящего до и независимо от его официального признания, с процессом субъективным, сознательно-волевым, когда складывающимся в реальной действительности, многократно повторяющимся и имеющим позитивную социальную направленность поведенческим актам придается государственный статус общеобязательной нормативности.

Отмеченная тенденция значительно повышает качество законодательства, служит заслоном появлению «антиправового» законодательства, официальному закреплению случайных, нетипичных, не соответствующих общественным потребностям норм. Складывается новая ситуация, когда действующее законодательство возможно оценивать с точки зрения его соответствия праву, т. е. применить право к законодательству, обратить право вовнутрь самого себя. Право становится мерилем законности законов.

Такая тенденция означает, что при государственно-правовом воздействии на те или иные стороны предпринимательства надо прежде всего тщательно изучить соответствующую практику, те неофициальные правила, которыми уже руководствуются отечественные предприниматели в своей деятельности. К сожалению, нередко мы наблюдаем обратную картину. Законодатели вместо поездок в «глубинку» России и поиска там ответов на возникающие правотворческие вопросы совершают дорогостоящие вояжи в другие страны «для изучения опыта», который часто оказывается неприемлемым или не приживается на российской почве.

3. Государственно-правовое воздействие в большей или меньшей мере охватывает все основные сферы предпринимательства, о чем подробно будет сказано в начале каждой из тем при раскрытии нормативно-правовой основы этих сфер. Здесь же ограничимся лишь сведениями, которые необходимы для об-

шей ориентации в огромном массиве соответствующих государственно-обязательных норм права.

Правовое регулирование предпринимательской деятельности ведется по четырем основным направлениям, которым корреспондируют четыре крупных блока нормативных актов.

Первый блок определяет внутренние отношения в конкретном субъекте предпринимательской деятельности: порядок его учреждения, управления и самоуправления, организации труда.

Второй блок, самый важный и определяющий, регулирует отношения субъектов предпринимательской деятельности по «горизонтали»: со своими партнерами по экономической деятельности: поставщиками, покупателями, перевозчиками, страховщиками и др.

Третий блок регулирует отношения по «вертикали»: между субъектами предпринимательской деятельности, с одной стороны, и органами государственной власти и органами местного самоуправления — с другой, в том числе с законодательными (представительными) и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации, с выборными и иными органами местного самоуправления.

Четвертый блок опосредует отношения субъектов предпринимательства по «диагонали», в частности с банками и иными кредитными организациями, органами по валютному регулированию и контролю. Особенность этого блока, давшая регулируемым им отношениям наименование «диагональные», та, что в них переплетены горизонтальные и вертикальные связи предпринимателей со своими партнерами. Те же банки не только выступают в отношениях с предпринимателями как равноправные с ними гражданско-правовые субъекты, но и в установленных законом случаях и пределах правомочны осуществлять контроль за их деятельностью, например за целевым использованием предпринимателями денежных средств (кредита), если обязанность именно такого использования этих средств предусмотрена кредитным договором, по которому банк предоставил предпринимателю деньги.

В регулировании предпринимательской деятельности, обеспечении экономических реформ «задействованы» все отрасли права — государственное, административное, финансовое, уголовное и др. Ведущей отраслью, ядром среди них является гражданское право. Именно оно опосредует отношения рыночного, предпринимательского характера, т. е. те отношения, где

непосредственно «куется» предпринимательская прибыль. Одной или обеими сторонами в этих отношениях выступают субъекты предпринимательской деятельности — непосредственные участники, творцы новой российской экономики.

4. Система гражданского права находится в процессе становления. В завершённом виде она будет включать четыре структурных элемента (части гражданского права), три из которых уже сформированы. *Первый* объединяет «статические» нормы гражданского права. Он может быть расценен как теория гражданского права. Часть первая ГК РФ, в главах которой содержатся эти нормы, введена в действие с 1 января 1995 г. (кроме гл. 4, вступившей в силу с 8 декабря 1994 г.). По поводу гл. 17, которая была в полном объеме «заморожена» более чем на шесть лет (как было указано в сноске к ней — до введения в действие Земельного кодекса РФ), принят специальный Федеральный закон от 16 апреля 2001 г. № 45-ФЗ. Он исключил сноску к гл. 17 и установил действие последней не в полном объеме (см. об этом п. 4 § 1 темы 5). С принятием Земельного кодекса РФ глава заработала в полную силу.

Второй элемент представлен нормами гражданского права «в действии», «в работе». Соответствующая ему часть вторая ГК РФ введена в действие с 1 марта 1996 г. Она включает нормы гражданского права о договорных и внедоговорных обязательствах. *Третий элемент* — часть третья ГК РФ. Сюда входят нормы двух крупных подотраслей гражданского права: наследственное право и общепризнанные принципы и нормы международного частного права. Часть третья ГК РФ принята Федеральным законом от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ и введена в действие с 1 марта 2002 г. Правовое регулирование интеллектуальной собственности составит *четвертый* самостоятельный элемент системы гражданского права.

Конкретные источники гражданского права (акты, содержащие гражданско-правовые нормы) многочисленны, сложны и разнообразны. Одновременно действует законодательство различных государств: Российской Федерации, СССР и РСФСР. Федеральным Собранием, Президентом и Правительством намечены конкретные меры по дальнейшему улучшению гражданского законодательства¹.

¹ СЗ РФ. 1999. М> 33. Ст. 4109; № 41. Ст. 4904; № 42. Ст. 5071.

Значение ГК РФ в системе регулирования предпринимательской деятельности очевидно. Высказано даже предложение о том, чтобы 21 октября — день, когда Государственная Дума приняла его первую часть, — было объявлено общенациональным Днем российского предпринимателя. Есть и другая инициатива: объявить Всероссийским днем предпринимателя третье воскресенье апреля в память о том, что 25 апреля 1785 г. была оглашена «Грамота на права и выгоды городам Российской Империи» Екатерины II, где впервые в российской истории нормативно закрепились статус и привилегии русского купечества как особого, третьего сословия. В ГК РФ нет главы или раздела, посвященных только предпринимательству. Его особые предпринимательские правила рассредоточены по всему Кодексу, содержатся в ст. 5, 23, 25, 132, 401, 492 и многих других. Их надо реализовывать вместе с более общими, относящимися ко всем субъектам гражданского права, а в целом они образуют гражданско-правовую нормативную базу режима предпринимательской деятельности.

5. Разбросанность юридических норм, регулирующих предпринимательскую деятельность, по различным отраслям права и часто отсутствие их систематизации внутри последних подчас порождают несогласованность, противоречивость, несовпадающее, а то и прямо противоположное толкование этих норм, вызывают немалые трудности в правореализационной, в том числе правоприменительной, практике. Сложившаяся ситуация подвергнута резкой критике в посланиях Президента РФ 2001 и 2002 гг. В частности, противоречивая и невнятная законодательная база вызывает определенные трудности в деятельности арбитражных судов. «Судья или иной правоприменитель, — говорится в Послании 2001 г., — может по своему усмотрению выбирать норму, которая кажется ему наиболее приемлемой. Как результат, наряду с «теневой экономикой» у нас уже формируется и своего рода «теневая юстиция». Какие же проблемы имеются в этом законодательстве — назовем его экономическим, которые решаются сейчас и будут решаться в будущем? Назовем некоторые из них.

А. Качество экономического законодательства неотделимо от качества нормативно-правового регулирования общественных отношений в стране в целом. И самая важная проблема здесь — гармонизация всей нормативно-правовой основы общества и государства, придание ей стройной системности, не-

допущение противоречий между Конституцией РФ и конституциями, уставами субъектов Российской Федерации, между федеральными и региональными законами. Опасность состоит в том, что эти противоречия порождают негативную цепную реакцию на региональном уровне. На базе противоправных положений конституций, уставов и законов субъектов Российской Федерации принимаются столь же противоправные нормативные и правоприменительные акты различными органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, хозяйствующими субъектами, что подрывает правовой порядок, ослабляет российскую государственность.

В налаживании эффективных экономических отношений особое значение имеют установление непротиворечивой правовой основы единого общероссийского рынка; финансовое и кредитное регулирование, основы ценовой политики; гражданское законодательство. Все это согласно Конституции РФ отнесено к предметам исключительного ведения Российской Федерации. К сожалению, имеют место факты, когда субъекты Федерации вторгаются в предметы ведения Российской Федерации, присваивают себе полномочия федеральных органов государственной власти, что, естественно, ведет к деформации рыночных экономических отношений. Не прекращается опасная для России как правового государства практика, когда законодательная власть своевременно не реагирует на постановления Конституционного Суда РФ о необходимости приведения действующего законодательства в соответствие с Конституцией РФ.

Б. Повышению качества нормативно-правового регулирования предпринимательской деятельности, обеспечению его единства, преодолению противоречивости способствует нынешняя практика заключения договоров, подписываемых Президентом РФ и главами субъектов Российской Федерации, о прекращении действия ранее заключенных договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Договоры подчас ставили в неравное экономическое положение эти субъекты и соответственно хозяйствующих субъектов, работающих в различных регионах страны. Большинство таких договоров прекратили действовать ввиду достижения целей, которые ставились при их заключении.

В. Для повышения качества экономического законодательства необходимо:

завершить его кодификацию там, где это возможно;

принять федеральные законы, предусмотренные частями первой, второй и третьей ГК РФ (об иммунитете государства и его собственности — ст. 127 и др.);

принять законы, которые хотя и не предусмотрены ГК РФ, но необходимы для нормального функционирования рыночных отношений. Так, в ГК РФ имеется гл. 58, призванная регулировать «проведение игр и пари». В ней всего две статьи. Игорное же предпринимательство — тотализаторы, казино, залы игровых автоматов и т. д. — получило быстрое распространение. Лишь в Москве подобных объектов насчитываются многие сотни. Однако разрабатываемый в течение нескольких лет федеральный закон, который устанавливал бы правила игр, Государственная Дума так и не смогла принять. В результате этим занимаются субъекты Федерации. Например, приняли региональные законы: Московская городская Дума — «О размещении объектов игорного бизнеса на территории города Москвы», Законодательное собрание Пермской области — «Об организации игорного бизнеса на территории Пермского края», хотя необходимы единые общероссийские правила организации и проведения игр. Постановлением Правительства РФ от 21 декабря 2005 г. № 793 установлено, что уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере организации и проведения азартных игр и пари, является Минфин России¹. С 1 января 2007 г. вступил в силу Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр...». Учитывая высокую криминализацию игорного предпринимательства, оно выводится из городов и населенных пунктов и сосредоточивается в четырех игорных зонах — двух в европейской части России и по одной в Сибири и на Дальнем Востоке.

6. Нормативно-правовая основа предпринимательства весьма подвижна. Она должна отвечать не только меняющимся запросам отечественного предпринимательского сообщества, но и соответствовать месту России в мировой экономике, на что об-

ратил особое внимание Президент РФ в Послании 2006 г. Существенный пересмотр действующего законодательства вызовет предстоящее вступление нашей страны во Всемирную торговую организацию (ВТО), потребуются привязка нынешней нормативно-правовой основы предпринимательства к стандартам, сложившимся в государствах, входящих в эту организацию. Приведем лишь один пример. Сравнение, оценка экономического состояния хозяйствующих субъектов, экономик различных стран в целом проводятся на базе данных бухгалтерского учета. Чтобы последние служили надежным мериллом для сравнения и выводов, для определения перспектив экономического развития на микро- и макроуровнях, сам бухгалтерский учет надлежит вести по одинаковым правилам — стандартам. Однако, как отмечают специалисты, российские стандарты бухгалтерского учета (РСБУ) заметно отличаются от международных стандартов финансовой отчетности (МСФО). Их применение, скажем, к одному и тому же банку или иному хозяйствующему субъекту дает совершенно различное представление о фактическом состоянии изучаемого субъекта, что препятствует как налаживанию надлежащих партнерских контактов предпринимателей внутри страны, так и иностранным инвестициям в нашу экономику. Для продвижения системы МСФО на российское правовое поле готовится законопроект «О регулировании бухгалтерского учета и финансовой отчетности».

7. С начала экономических реформ и развития предпринимательства активно обсуждается вопрос о том, существует ли наряду с гражданским правом и соответствующим ему ГК РФ также право предпринимательское. По этому поводу высказаны две полярные точки зрения. Одна сводится к тому, что гражданское право вместе с другими уже сложившимися отраслями права способно в полной мере обслуживать предпринимательский сектор экономики. Вторая исходит из необходимости конструирования отдельной отрасли права — предпринимательского и разработки предпринимательского кодекса.

Думается, правы авторы первой точки зрения. Нормы, регулирующие предпринимательство в его сущностном проявлении — деятельность по систематическому получению прибыли, органично слиты с гражданским правом и неотделимы от него. Такова традиция российского досоветского и нынешнего законодательства. Главное же состоит в том, что сложившаяся за

многие десятилетия отраслевая структура права не есть плод субъективного усмотрения, она объективно детерминирована. Система права, дифференцированная на отрасли по предмету и методу правового регулирования, охватывает собой все регулируемые правом общественные отношения. Новая отрасль права может сформироваться лишь в случае, если в реальной действительности возникают качественно новые общественные отношения, которые по предмету и методу правового регулирования не укладываются в уже существующие отрасли. Предпринимательские отношения подобными признаками не обладают: они все без исключения регулируются нормами традиционных отраслей права. Речь может идти лишь о конструировании «предпринимательского права» на базе существующих традиционных отраслей путем вычленения из них норм, относящихся к предпринимательской деятельности, т. е. о вторичном, комплексном, производном праве. Таким образом, возможно (в зависимости от практической целесообразности и субъективного усмотрения) конструирование любых «прав» — сельскохозяйственного, автотранспортного, медицинского, гуманитарного и т. п. Во избежание путаницы их правильнее обозначать через соответствующие законодательство, нормативно-правовую основу, что они и представляют собой в действительности.

8. Отдавая должное ведущимся дискуссиям по поводу предпринимательского права, следует вместе с тем иметь в виду, что изучение правового регулирования предпринимательства именно как предпринимательского права предусмотрено Государственным образовательным стандартом. И всем сталкивающимся с данной проблемой надлежит исходить из этого действующего нормативного предписания, что обязывает и автора настоящего учебника сформулировать *дефиницию понятия предпринимательского права*. Изложенные выше рассуждения позволяют определить его как **систему юридических норм, регулирующих общественные отношения, где одной из сторон или обеими сторонами выступают предприниматели.**

В приведенном определении целесообразно обратить внимание на следующие моменты:

а) нормы предпринимательского права содержатся главным образом в традиционных отраслях права, призванных быть первичным регулятором общественных отношений, в которых могут участвовать наряду с другими субъектами также предприни-

матели, — конституционном, гражданском, административном, финансовом и иных. Это обстоятельство снимает вопрос об *источниках собственно предпринимательского права*. Ими служат источники соответствующих отраслей права в той части, в которой они регулируют общественные отношения с участием предпринимателей, например Конституция РФ, ГК РФ, КоАП РФ, НК РФ и др. Проблемы правового регулирования предпринимательской деятельности исследуются с позиций конституционного, финансового, гражданского, трудового и других отраслей права¹.

Тем самым мы получаем ответ и на вопрос о *методе предпринимательского права*, т. е. о способах реализации норм этого права. Как известно, метод наряду с предметом правового регулирования используется как один из критериев подразделения системы права на отрасли. Следовательно, предпринимательское право не имеет своего, только ему присущего метода. Его нормы проводятся в жизнь методами, свойственными той традиционной, назовем ее родительской, отрасли права — гражданскому, административному, финансовому и т. д., к которой они принадлежат генетически, по происхождению и в пределах которой привлекаются для регулирования предпринимательских отношений;

б) самое трудное в конструировании предпринимательского права — придание системности его нормам. Отдельные ученые «преодолевают» трудность таким образом, что в формулируемых ими определениях предлагают рассматривать предпринимательское право как совокупность правовых норм, регулирующих предпринимательские отношения, с чем трудно согласиться. «Совокупность» — термин менее строгий, чем термин «система», позволяющий довольно-таки произвольно рассредоточивать соответствующий нормативный материал. Между тем правовые нормы, институты, подотрасли, образующие любую отрасль права, не представляют собой простую совокупность, некое их собрание, а должны быть приведены в систему — систематизированы, т. е. строго упорядочены, в том числе иерархично расположены между собой. Позиция автора по

¹ См., например: *Белых С. В.* Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации. СПб., 2005.

данной проблеме изложена во введении к настоящему учебнику;

в) четким критерием, позволяющим выделить предпринимательское из числа иных правоотношений, служит факт участия в нем предпринимателя. Второй стороной правоотношения может быть другой предприниматель, равно как любой иной субъект права — гражданин, государственный или муниципальный служащий, властная структура и т. д. По этому критерию предпринимательские правоотношения можно классифицировать на «чистые» предпринимательские правоотношения с участием в них только предпринимателей и иные предпринимательские правоотношения, где предприниматель (предприниматели) представляет лишь одну сторону, а другую — любой иной субъект права;

г) предпринимательское право регулирует не только экономические отношения, в которых одна или обе стороны — предприниматели, но также социальные и иные общественные отношения с их участием. Здесь можно наблюдать своеобразное расслоение предпринимателей как субъектов права. Предпринимательское право распространяется только на те общественные отношения, в которых предприниматели выступают именно как таковые. Поведение (деятельность) этих же лиц при их участии в каких-то общественных отношениях в ином качестве, т. е. не обладая субъективными правами и обязанностями предпринимателей, регулируется другими отраслями права. Например, граждане-предприниматели участвуют в выборах Президента РФ, депутатов Государственной Думы на основе норм конституционного права.

В научной и учебной литературе активно обсуждается вопрос *о соотношении права предпринимательского, коммерческого и хозяйственного*. Уже одно то, что в качестве претендентов на регулирование примерно одних и тех же общественных отношений выступают разные по названию три отрасли права, а к ним можно добавить еще и четвертую — гражданское право, свидетельствует о том, что налицо проблема, нуждающаяся в дальнейшем исследовании.

Думается, выделение коммерческого права в качестве самостоятельной отрасли права лишено сколько-нибудь убедительных доводов. «Коммерция» в переводе на русский язык означает торговлю. Ничего иного, кроме как регулирование общест-

венных отношений по торговле товарами, не может означать и коммерческое право. В части второй ГК РФ есть особая гл. 30, которая так и называется «Купля-продажа». В ней наряду с общими положениями о купле-продаже (§ 1) предусмотрено семь отдельных видов этого договора (розничной купли-продажи, поставки товаров, продажи недвижимости и др.). Приведенный перечень не является исчерпывающим, нормами гл. 30 регулируются любые другие отношения по купле-продаже.

С гл. 30 тесно связана не только «территориально», но и содержательно гл. 31 — о договоре мены, по которому каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороны товар в обмен на другой. К договору мены применяются правила о купле-продаже, если это не противоречит правилам и существу мены. Общественные отношения, регулируемые нормами гл. 30 и 31 ГК РФ, и призваны составить предмет коммерческого права, из чего следует, что оно есть не особая отрасль права, а всего лишь подотрасль гражданского права. Нормы гл. 30 и 31 ГК РФ входят в структуру предпринимательского права постольку, поскольку одной или обеими сторонами регулируемых ими общественных отношений выступают предприниматели. Примечательно, что и в дооктябрьской (1917 г.) России не имелось коммерческого права, а действовало торговое право как специальная часть гражданского права¹.

Иначе обстоит дело с хозяйственным правом. Дискуссия по поводу обоснованности выделения его в качестве самостоятельной отрасли права уходит в далекое прошлое. Были подготовлены доктринальные проекты Хозяйственного кодекса². Идея о хозяйственном праве возникла как ответ на директивный характер советского народного хозяйства с преобладанием в нем вертикальных экономических связей (властный центр—предприятие) и принижением роли, подавлением прямых связей (предприятие—предприятие). Последние регулировались нормами гражданского права, которые часто оказывались непри-

¹ См. об этом: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права. М., 1994 (опубликован в 1914 г.).

² См. об этом: *Гинцбург Л. Я.* Хозяйственный кодекс СССР. М., 1933; *Иоффе О. С.* Критика теории «хозяйственного права»: Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 696—741; *Лантев В. В.* Предмет и система хозяйственного права. М., 1969; *Хозяйственное право.* М., 1983.

годными для опосредования связей вертикальных и постепенно заменялись, вытеснялись нормами административными. Сейчас, когда вследствие проводимых реформ указанная вертикаль оказалась почти полностью разрушенной, а все экономические отношения подпадают под регулирующее воздействие гражданского права, не осталось места для хозяйственного права ни в юридической теории, ни в правотворчестве, ни в хозяйственной практике. Все, на что претендовала эта отрасль права, охватывается правом предпринимательским. Однако все еще издаются учебники по предпринимательскому праву, которые рекомендуются для использования при изучении права хозяйственного. Иногда же к решению вопроса о соотношении предпринимательского и хозяйственного права привлекаются не понятно что означающие скобки, и тогда ситуация выглядит так: «Хозяйственное (предпринимательское) право», «Предпринимательское (хозяйственное) право», а в учебниках по предпринимательскому праву вместо предпринимательских анализируются хозяйственные правоотношения. Оперирование хозяйственным правом сохранилось как рудимент от прежних лет и вносит лишь путаницу в регулирование общественных отношений и организацию обучения управленческих кадров.

§ 3. Законность и правопорядок в предпринимательской деятельности

1. Законность — один из основных устоев российского общества и государства. *Суть ее состоит в требовании неуклонной реализации законов и основанных на них подзаконных актов всеми участниками общественных отношений, выражающемся в соответствии их деятельности (поведения) нормам права.* Требования законности распространяются на все органы государственной власти и органы местного самоуправления, на их высших должностных лиц и рядовых служащих, на общественные объединения — партийные, профсоюзные, женские, молодежные и иные организации, на хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, унитарные предприятия, на всех граждан России, иностранцев и лиц без гражданства, на всю предпринимательскую деятельность.

Однако имеются и существенные отличия законности в деятельности властных структур нашего общества и иных участников социального общения. Органы государственной власти и

местного самоуправления, в том числе ведущие контроль и надзор за предпринимательством, жестко связаны нормативно-правовыми установлениями. Они могут осуществлять лишь такую деятельность, на которую прямо уполномочены нормами права, закрепляющими их компетенцию. Эти нормы изложены во многих актах: Конституции РФ, конституциях и уставах субъектов РФ, федеральных законах. Выход государственных структур и структур местного самоуправления за пределы соответствующих нормативных предписаний есть нарушение законности, влекущее их юридическую ответственность.

В отношении негосударственных участников социального общения, включая субъектов предпринимательства, действует прямо противоположное правило. Им разрешено делать все, что не запрещено законом. Указанное правило стало вводиться в нашем обществе и государстве с конца 1980-х гг. и заменило собой прежнее правило, когда возможности негосударственных субъектов, включая граждан, также ограничивались дозволениями, установленными нормами права. Новое правило до сих пор многие подвергают критике, усматривают в его внедрении в рыночные отношения России одну из причин ослабления дисциплины, роста правонарушений, в том числе преступности в сфере **экономики**. Между тем это правило явилось необходимым следствием реформирования российского общества, устранения прежней административно-бюрократической, командной системы управления, демократизации государственной и общественной жизни. Оно создало широкое поле для свободного волеизъявления предпринимателей, иных негосударственных субъектов социального общения, значительно сузило пределы государственного контроля и надзора за ними. Другое дело, и в этом нельзя не согласиться с его критиками, что надо научиться умело пользоваться предоставленной свободой, не нарушать права и интересы других лиц.

Введенные государством запреты можно свести в две группы. В первую **входят** прямые запреты, **устанавливающие** недопустимость конкретных действий, прямо указанных (перечисленных) в законе. Такие запреты составляют основное содержание УК РФ и КоАП РФ, где **приведен** исчерпывающий перечень составов преступлений и административных правонарушений. За совершение запрещенных деяний определены строгие уголовные и **административные** санкции: лишение свободы, штрафы и др. Подобные запреты содержат и иные нор-

мативные акты. Например, ст. 928 ГК РФ запрещает страхование убытков от участия в играх, лотереях и пари, расходов, к которым лицо может быть принуждено в целях освобождения заложников.

Вторую группу составляют косвенные запреты. Они вытекают из реализации императивных норм права, предписывающих субъектам социального общения совершенно определенное альтернативное поведение в сложившейся ситуации. Например, установлено, что в простой письменной форме должны совершаться сделки юридических лиц между собой и с гражданами, а также сделки граждан между собой на сумму, превышающую не менее чем в 10 раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а в случаях, предусмотренных законом, — независимо от суммы сделки. Тем самым вводится косвенный запрет на совершение в подобных ситуациях иных действий: заключать сделки в устной форме вместо обязательной письменной.

Правовые последствия нарушения косвенных запретов, как правило, более мягкие по сравнению с последствиями нарушения прямых запретов. В частности, несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания и т. п. Нарушение косвенных запретов может повлечь и более серьезные правовые последствия. Та же письменная сделка, подлежащая нотариальному удостоверению или государственной регистрации, но не прошедшая этих обязательных процедур, считается ничтожной, т. е. недействительной, с момента ее совершения.

Императивные правовые нормы следует отличать от диспозитивных. Последние выступают как альтернатива волеизъявлению участников общественных отношений. Диспозитивная норма будет применяться лишь в случаях, если стороны этих отношений не договорятся об ином варианте действий (поведения). Например, диспозитивная норма гражданского права гласит: право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи. Передачей признается вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки ее приобретателю. Но стороны в договоре могут предусмотреть и любое иное удобное для них время перехода права собственности от одного лица к другому.

Таким образом, в отличие от государственных структур, далеко не все действия предпринимателей, иных негосударственных участников социального общения находятся под воздействием требований законности. Эти требования распространяются лишь на такие их акции, которые подпадают под законодательно установленные запреты или когда сами стороны решили вступить в отношения, так или иначе урегулированные нормами права.

2. Значение законности состоит в том, что она служит переходным «мостиком» между сконструированной на бумаге нормативно-правовой моделью общественных отношений, в том числе предпринимательских, и фактической жизнедеятельностью общества. Вызывает возражение позиция авторов, смешивающих законность с самим правом и, исходя из такого двуединого содержания понятия законности, равновесными частями последней считающих законодательство и практику его исполнения. Законности при всей тесной связанности с правом присущи специфические черты, выделяющие ее в ряду правовых явлений как вполне самостоятельный феномен. Это выражается прежде всего в том, что именно через законность государственно-обязательные решения, зафиксированные в различных нормативных актах — законах, указах, постановлениях и др., воплощаются в реальную действительность.

В неразрывной связи с жизнью, с практикой проявляется активная творческая роль законности. В зависимости от характера и направленности правовой деятельности на первый план выдвигаются различные стороны законности. Она может выступать как принцип (основное начало), определяющий деятельность различных органов, организаций, поведение предпринимателей, граждан. В аспекте реализации государственно-властных полномочий законность есть метод или способ, когда все отношения между государством, каждым его органом и должностным лицом, органами местного самоуправления, с одной стороны, и всеми другими участниками общественных отношений — с другой, строятся на основе строгого соблюдения действующих норм права. Государство, органы местного самоуправления могут потребовать от предпринимателей, граждан и организаций лишь такого поведения, которое предписывается правовыми актами. За пределами юридических предписаний государственно-властные отношения не имеют места, так как лишены реальной основы.

И если сегодня мы вынуждены констатировать неисполнение многих нормативных актов, исходящих от Федерального Собрания РФ, Президента РФ, Правительства РФ, других федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, то происходит это во многом из-за ослабления или просто бездействия механизма законности. Поэтому первым и, пожалуй, главным направлением укрепления законности, исполнительской дисциплины в обществе и государстве, перевода норм права в опосредуемые ими общественные отношения, включая предпринимательские, является повсеместное оживление механизма законности, повышение его действенности.

3. Механизм законности, составляющий ее содержание, включает некоторые конкретные требования, обращенные к участникам общественных отношений. Эти требования, независимо от формы их законодательного закрепления, не просто служат правилами, направленными на упорядочение общественных отношений. В правовой сфере они выступают регуляторами самого высокого ранга, распространяются на все формы права — законы, указы, постановления и др. Содержащиеся в них правила указывают, в отличие от других нормативно-правовых регуляторов, не на то, что нужно соблюдать, исполнять и т. д., а на то, как это делать, каким образом добиваться максимально полного воплощения правовых предписаний в жизнь.

Важнейшее конкретное требование — единство законности, означающее, что понимание и исполнение нормативных правовых актов должны быть одинаковыми на всей территории нашей страны. Это требование особенно актуально сейчас, когда реализуются совершенно новые конституционные положения о федеративном устройстве России, создании социально ориентированной рыночной экономики с преобладанием в ней предпринимательства. Единство законности как раз и направлено на единообразное осуществление государственных решений, прежде всего федеральных законов и нормативных актов Президента РФ, в масштабе всей страны, на достижение равенства субъектов Федерации, российских граждан и предпринимателей. Тем самым законность служит внутренним стержнем, прочно скрепляющим все территории России и гарантирующим ее государственную целостность, выступает важным фактором интенсификации экономических реформ, создает ком-

фортные правовые условия для каждого гражданина, субъекта предпринимательства независимо от места жительства и места нахождения, требует повсеместного проведения одинаковой бескомпромиссной борьбы с преступностью и иными правонарушениями в сфере экономики и других сферах общества.

Не менее важное конкретное требование, имеющее особое значение в экономических, предпринимательских отношениях, состоит во всеобщности законности, т. е. в утверждении отношения к законам как актам, непререкаемым для всех без исключения. Соблюдение законов одинаково обязательно для любого гражданина, каждой организации и каждого органа, занимаются ли они предпринимательской деятельностью или деятельностью иного рода. Перед законом все равны. Требование исполнять его составляет важнейшую предпосылку укрепления государственной и общественной дисциплины. Нарушение правовой нормы не может быть оправдано ни высоким должностным положением человека, ни характером работы, ни незнанием закона, ни какими-либо другими причинами. Напротив, личный пример уважительного отношения к закону, последовательное исполнение норм права со стороны руководителей всех ступеней и структур — государственных, муниципальных, хозяйственных — одно из благоприятных условий дальнейшего упрочения законности.

Еще одно конкретное требование сводится к необходимости правильно соотносить законность и целесообразность в практической деятельности по реализации норм права. Одинаково ошибочно как их противопоставление, так и отождествление. Правильное и умелое применение этого требования в предпринимательской деятельности является необходимым условием ее высокой эффективности. Деятельность есть сознательно направленное на достижение какой-либо цели поведение. Цель может ставиться лишь тогда, когда имеются средства, создающие возможность ее достижения. Назначение деятельности и состоит в том, чтобы, связав цель со средствами, обеспечить превращение возможности (мыслимого результата деятельности) в действительность (реально существующий результат).

Перед гражданами и их объединениями постоянно возникают самые разнообразные цели — близкие и отдаленные, экономические, социальные, политические. Часто средством достижения цели и выступают правовые нормы, указывающие, каким может или должно быть поведение субъектов обществен-

ных отношений в определенных условиях. Но, естественно, в нормах нельзя заранее предусмотреть особенности каждой жизненной ситуации. Поэтому ими устанавливаются лишь общие правила, реализация которых почти всегда есть сложный творческий процесс. Повышение действенности правового регулирования предполагает не просто исполнение юридических норм, а их наиболее целесообразную реализацию. Диалектическое соединение законности и целесообразности составляет отличительную черту научного управления обществом в целом и его отдельными сферами — экономической, социальной, политической, духовной. Иногда правовыми актами вводятся одновариантные правила поведения, неуклонное следование которым одновременно является и законным, и наиболее целесообразным. Однако чаще всего, особенно в предпринимательстве, нормы права не столь жестки, они лишь устанавливают границы (пределы) или варианты возможного поведения. Целесообразность как свойство законности проявляется в выборе конкретного варианта поведения из нескольких или многих допускаемых нормой права.

Такое понимание соотношения законности и целесообразности позволяет бороться с бюрократизмом и догматизмом в применении норм права, проявлять творчество, находить неординарные решения в предпринимательской деятельности. Оно помогает участникам предпринимательских отношений постоянно соизмерять свою деятельность с нормативными правовыми актами и в их границах выбирать наиболее эффективные пути достижения своих целей, связанных с систематическим получением прибыли. Особенно следует предостеречь от противопоставления законности и целесообразности. Всякие попытки ради «целесообразности», например получения большей прибыли, обойти закон, совершить преступление или иное правонарушение недопустимы.

4. Второе направление укрепления законности, повышения ее роли в обществе и государстве связано с уровнем качества законов и иных нормативно-правовых актов. Законность и законы как общественные явления не только близки по названию. Они находятся в тесной, неразрывной связи, постоянном взаимодействии между собой.

Зависимость законности от законов двояка. Во-первых, законы и иные правовые акты составляют основу законности, служат необходимой предпосылкой ее существования. Без за-

конов нет и не может быть законности. Это обстоятельство позволяет точно определить реальные границы ее действия. Во-вторых, чем более совершенны правовые акты, чем полнее они отражают объективные потребности общественного развития, тем лучшие условия создаются для упрочения законности. И наоборот, акты, устаревшие или противоречащие интересам общества, государства, народа и решаемым ими задачам, способны служить тормозом общественного прогресса, ослаблять и даже подрывать режим законности в стране. Отсюда ясно значение в укреплении законности той большой работы, которая проводится государством по созданию и обновлению законодательства, повышению качества принимаемых нормативных правовых актов.

Коренные перемены в стране потребовали обновления всей нормативно-правовой системы, и прежде всего законодательства, регулирующего общественные отношения в главной сфере общества — экономической. В Послании 2002 г. Президент РФ отметил: «И сегодня нам приходится принимать много законов — для того, чтобы быстрее адаптироваться к изменяющимся экономическим и социальным условиям». Изданы сотни законов и иных актов, упорядочивающих предпринимательство, что создало дополнительные возможности для эффективного действия здесь законности, последовательного проведения в жизнь ее конкретных требований.

К сожалению, подготовка и принятие многих законов, крайне необходимых для правомерного развертывания предпринимательской деятельности, без видимых причин затягивается, что поощряет самовольные несправедливые акции со стороны недобросовестных предпринимателей. В условиях переживаемого Россией переходного периода подготовка безукоризненных во всех отношениях и рассчитанных на десятилетия стабильности законов — задача явно непосильная и в принципе невыполнимая. Законы часто пишутся «умозрительно», лишь проверка практикой, в том числе предпринимательской, обнаруживает слабые и сильные стороны законов и иных нормативных правовых актов. Пусть лучше действуют безупречные государственные решения, чем их отсутствие подменяется своеволием и произволом «сильных мира сего». Выявившиеся же недостатки, несовершенство законов (замена «вредных» норм, изменение и дополнение недостаточно эффективных, заполнение пробелов) легко устранимы. Для этого есть все необходи-

мые условия: Федеральное Собрание РФ является постоянно действующим органом и в состоянии оперативно вносить нужные исправления. Это позволит быстрее сформировать прочный правопорядок в обществе, его экономике и предпринимательстве.

В особых случаях, когда возникает сомнение в том, соответствует ли Конституции РФ то или иное положение закона, на помощь приходит Конституционный Суд РФ. Например, острейшие споры вызвала имеющая особое значение для предпринимателей норма ст. 113 НК РФ о давности привлечения к ответственности за совершение налоговых правонарушений. Сложность заключается в том, что такие правонарушения, как правило, относятся к так называемым длящимся. Немалые трудности вызывает здесь определение времени начала и окончания течения срока давности привлечения к ответственности, последствия пропуска срока, установление фактов прерывания и приостановления течения срока. Статья 113 НК РФ по-разному толковалась учеными, не было единства также в правоприменительной практике налоговых органов и судов. Вопрос стал предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ. Суд постановлением от 14 июля 2005 г. № 9-П признал ст. 113 НК РФ не противоречащей Конституции РФ и обосновал конституционно-правовой смысл положений этой статьи¹.

5. Правопорядок есть система упорядоченных правом фактически сложившихся общественных отношений. Но он представляет собой не простую совокупность множества индивидуальных актов соблюдения закона, а складывается как общий итог, конечный результат всей деятельности общества по соблюдению юридических норм, представляет собой правовое лицо общества.

На современном этапе реформирования России неизмеримо возрастает значение конечного результата любой социально значимой деятельности. Идет ли речь об экономическом развитии и предпринимательской деятельности или об ином направлении социального прогресса, должны быть научные категории, понятия, которые концентрированно, всесторонне и полно отражали бы сформировавшуюся здесь на каждый данный момент объективную реальность бытия. Таким понятием в правовом регулировании выступает правопорядок. Будучи именно

¹ СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. II. Ст. 3200.

следствием правовой активности предпринимателей и всех других участников социального общения, он по сравнению с другими правовыми явлениями отличается большей стабильностью, устойчивостью, относительной неизменностью. Правопорядок как научное понятие тем и ценен, что концентрированно отражает устойчивый конечный результат правовой деятельности всех участников социального общения; позволяет, пользуясь методом сравнительного исследования, выявлять происходящие в обществе за определенные промежутки времени позитивные или негативные сдвиги (наращивание или, напротив, снижение числа соответствующих законодательству завершенных поведенческих актов); делает возможным путем соотнесения правопорядка с массивом правонарушений определить общие тенденции в развитии правового регулирования.

Что касается законности, то она логически и исторически предшествует правопорядку, служит основой, на которой он формируется, развивается и укрепляется. В масштабах страны ежедневно совершается в урегулированной правом сфере общественных отношений бесчисленное множество самых разнообразных поведенческих актов. По различным причинам далеко не все они согласуются с теми моделями, которые закреплены или допускаются правом. Вместе с тем требования законности и система их экономических, политических, социальных и юридических гарантий призваны служить тому, чтобы каждый поведенческий акт соответствовал праву. Опираясь на эти требования и гарантии, можно и необходимо предупреждать и пресекать любые правонарушения, в том числе и в сфере экономики, в рамках законности еще до того, как они станут прочным противовесом правопорядку, войдя составной частью в общий массив правонарушений, который, также обладая относительной устойчивостью, выступает антиподом правопорядка. Обязательной предпосылкой достижения такого положения является устранение причин и условий, способствующих совершению правонарушений. Механизм законности позволяет еще в ходе реализации права на предшествующей правопорядку стадии эффективно воздействовать на поведенческие акты в урегулированной правом жизнедеятельности общества, добиваться своевременного реагирования на нарушения законности. Борьба с правонарушениями на основе законности — одно из важных направлений работы по упрочению правопорядка.

6. Правопорядок как системное образование имеет сложную структуру. В зависимости от задач, которые решаются в обществе и государстве, можно применить различные критерии определения, вычленения его структурных элементов. Для принятия мер по укреплению законности, а значит, и самого правопорядка, борьбы с преступностью и иными правонарушениями представляется важным использовать по крайней мере три «среза» правопорядка.

Первый — территориальный, характеризующий состояние правопорядка в Российской Федерации в целом, в ее субъектах и отдельных административно-территориальных единицах: районах, городах, поселках и др. Каждая из территорий имеет особенности в социально-экономическом устройстве, развитии предпринимательства, реализации норм права, структуре правонарушений, кадровом составе государственных, общественных и хозяйственных организаций, которые надо знать и учитывать в работе по упрочению правопорядка.

Второй — отраслевой, когда элементы правопорядка подразделяются соответственно отраслям правового регулирования общественных отношений определенного вида, например гражданско-правовых, административных, трудовых, финансовых. Подобные отношения, отличающиеся большей или меньшей степенью близости, составляют предмет правового регулирования, служащий основным критерием подразделения системы права на отрасли, подотрасли и институты. Каждый такой предмет, представленный в виде реализованного конечного результата правового регулирования, входит в структуру правопорядка. Его место здесь детерминируется местом в системе права. Тем самым правопорядок в каждый момент есть воплощенная в жизнь, в фактические общественные отношения система права. Структура правопорядка, обращенная к отраслям права, помогает выявить меру воплощения права в реальные общественные отношения, обнаружить пробелы и иные недостатки в правовом регулировании определенных общественных отношений, готовить отвечающие запросам практики новые нормативные правовые акты, изменения и дополнения в действующие.

Третий — по сферам общества. Здесь структура правопорядка дифференцируется применительно к наиболее крупным группам урегулированных и охраняемых правом общественных отношений в каждой из основных сфер общества — экономической, социальной, политической, духовной. Каждая данная

группа, будучи относительно обособленной, олицетворяет собой экономический правопорядок, социальный правопорядок и т. д. как части единого правового порядка — общего конечного результата правовой деятельности всех участников социального общения. Здесь в отличие от отраслевой структуры хорошо видно состояние правопорядка в той или иной сфере общества независимо от отраслевой принадлежности правовых норм, регулирующих соответствующие общественные отношения, в том числе уровень правонарушений и иные негативные правовые явления. Вдумчивый анализ изменений этой структуры правопорядка необходим для эффективного избирательного управляющего воздействия на каждую из сфер общества, защиты социально-экономических и политических прав и свобод граждан, организации борьбы с преступностью и иными правонарушениями на базе использования всех отраслей права.

При необходимости можно в пределах той или иной сферы осуществить более дробное членение структуры правопорядка. Например, решающую роль в исторических судьбах современной России призвана играть экономика, и в первую очередь ее фундамент — производство. Без эффективно действующего отечественного производства (промышленного, сельскохозяйственного, строительного и т. д.) не могут быть обеспечены устойчивое функционирование самой экономики как целого, в частности надежное удовлетворение спроса на товары, работы и услуги; политическая и социальная стабильность; наполнение необходимыми денежными средствами бюджетов всех уровней, своевременные выплаты гражданам пенсий и заработной платы; иные социальные и культурные потребности людей.

Поэтому в целях поиска путей улучшения экономической деятельности наряду с правопорядком, складывающимся в экономике и отражающим ее правовое состояние в целом (общее), бывает необходимым выделить правопорядок как результат правового регулирования предпринимательской (особенное) и коммерческой (отдельное) деятельности, конкретных организационно-правовых форм предпринимательства — обществ с ограниченной ответственностью, акционерных обществ, государственных и муниципальных унитарных предприятий и других, а также лиц, занимающихся индивидуальной предпринимательской деятельностью (единичное).

Особую опасность для правопорядка в сфере экономики представляют преступления и иные правонарушения. Новый

УК РФ содержит обширный разд. VIII «Преступления в сфере экономики». К ним отнесены преступления против собственности; в сфере экономической деятельности; против интересов службы в коммерческих и иных организациях. Ряд конкретных составов правонарушений в промышленности, строительстве, энергетике, сельском хозяйстве, на транспорте, в области охраны собственности, связи, предпринимательской деятельности, финансов и рынка ценных бумаг предусмотрен КоАП РФ. 3 марта 1998 г. Президент РФ издал специальный Указ № 224 «Об обеспечении взаимодействия государственных органов в борьбе с правонарушениями в сфере экономики»¹.

Одной из характерных черт преступности, в том числе в сфере предпринимательства, является ее латентность, т. е. скрытость, когда преступные деяния не выявляются и не регистрируются. Устранению этого застарелого порока в борьбе с преступностью служит совместный приказ семи министерств и ведомств — Генеральной прокуратуры РФ, МВД России и др. от 29 декабря 2005 г. «О едином учете преступлений»².

7. Уголовное и административное законодательство об ответственности предпринимателей было принято сравнительно недавно и проходит испытание практикой. При его изучении целесообразно:

а) обратить внимание на введенную им новую терминологию. Принципиально важное значение для рассмотрения любых дел об административных правонарушениях имеет правильное уяснение по новому КоАП РФ понятия должностного лица как субъекта этих правонарушений. Оно значительно шире той трактовки, которая дана в примечании 1 к ст. 285 УК РФ, а именно: к должностным лицам в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, войсках и воинских формированиях приравнены по административной ответственности индивидуальные предприниматели, руководители и другие работники иных организаций (коммерческих и некоммерческих), совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

¹ СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1159; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 25 июля 2000 г. № 1358 // СЗ РФ. 2000. № 31. Ст. 3252.

² Российская газета. 2006. 25 янв.

КоАП РФ ввел новый вид административной ответственности — дисквалификацию, под которой понимается лишение физического лица права занимать руководящие должности в исполнительном органе управления юридического лица, входить в совет директоров (наблюдательный совет), осуществлять предпринимательскую деятельность по управлению юридическим лицом, а также осуществлять управление юридическим лицом в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. Административная ответственность в виде дисквалификации назначается судьей. Правительство РФ постановлением от 11 ноября 2002 г. № 805 утвердило Положение о формировании и ведении реестра дисквалифицированных лиц¹, а постановлением от 2 августа 2005 г. № 483 формирование и ведение реестра возложило на МВД России²;

б) привлечь акты Верховного Суда РФ, где обобщена практика применения судами уголовного и административного законодательства и даны разъяснения по возникающим в ней вопросам: постановления Пленума от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем»³ и от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»⁴. Интерес представляет и определение Конституционного Суда РФ от 12 апреля 2005 г. № 113-0 по поводу конституционности ч. 1, 2 и 3 ст. 30.11 КоАП РФ⁵.

8. Эффективность реализации экономического законодательства, полнота воплощения требований законности в рыночные отношения, прочность предпринимательского правопорядка детерминируются рядом факторов. Многое зависит от наличия в обществе и государстве устойчивой оптимистичной социальной и политической ситуации. Экономические реформы, предпринимательская деятельность не могут проводиться в некоем вакууме, изолированно от динамики общего процесса

¹ СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4584; 2005. № 32. Ст. 3323.

² СЗ РФ. 2005. № 32. Ст. 3323.

³ Российская газета. 2004. 7 дек.

⁴ Российская газета. 2005. 19 апр.

⁵ Российская газета. 2005. 31 мая.

переустройства нашего общества. Затягивание разрешения обостряющихся подчас противоречий между различными ветвями государственной власти, между федеральными и региональными органами государственной власти, а последних — с органами местного самоуправления, локальные межнациональные конфликты, массовые коллективные трудовые споры, в которые вовлекаются сотни тысяч работников, хронические неплатежи по поставкам и задержка выплаты заработной платы, иные негативные социальные и политические факторы препятствуют действенной реализации обеспечивающего экономического реформы законодательства.

Но главное, наверное, — поведение самих предпринимателей, содержание их деятельности как участников экономических отношений, степень ее соответствия закрепленным в экономическом законодательстве нормативным правовым предписаниям. Обо всем этом — в следующих темах.

Тема 4

СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие и виды субъектов предпринимательства. § 2. Организационно-правовые формы предпринимательских организаций. § 3. Порядок учреждения, реорганизации и ликвидации предпринимательских организаций. § 4. Лицензирование деятельности субъектов предпринимательства. § 5. Правовая культура и правосознание предпринимателя. § 6. Правовое воспитание предпринимателей

§ I. Понятие и виды субъектов предпринимательства

1. Субъекты предпринимательства — это лица, правомочные осуществлять предпринимательскую деятельность. Для раскрытия понятия и статуса субъекта предпринимательской деятельности необходимо пройти две предшествующие ему ступени, а именно уяснить суть понятий «субъект права» и «субъект гражданского права». **Субъект права — самая широкая категория правоведения. В нее входят все участники общественных отношений, которые в соответствии с действующим законодательством способны быть носителями прав и обязанностей.** Общая правосубъектность конкретизируется применительно к отдельным отраслям права, каждая из которых имеет свой «набор» отраслевых субъектов права. В конституционном (государственном) праве это, например, избиратели и депутаты, в трудовом — работодатели и работники, в финансовом — налогоплательщики и налоговые органы, в уголовно-процессуальном — дознаватель, следователь, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный и т. д.

Все возможные субъекты гражданского права, объединяемые общим понятием «лица», подразделяются на три группы. *Первая* — физические лица, которые, в свою очередь, представлены тремя их разновидностями: граждане, иностранцы, лица без гражданства. *Вторая* — юридические лица. Они могут быть российскими, иностранными и смешанными (совместными). Юридические лица учреждаются и действуют дифференциро-

ванно в рамках определенных организационно-правовых форм. Третью группу составляют Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования. Физические и юридические лица могут быть участниками гражданско-правовых отношений в качестве предпринимателей или не обладая этим качеством.

Таким образом, изучение статуса (прав, обязанностей, ответственности) субъекта предпринимательской деятельности предполагает предварительное познание статуса субъекта права и субъекта гражданского права, правовой режим которых полностью распространяется и на субъектов предпринимательской деятельности по известной триаде: общее (субъект права), особенное (субъект гражданского права) и отдельное (субъект предпринимательской деятельности). Другими словами, прежде чем стать субъектом предпринимательской деятельности, лицо является субъектом гражданского права. **Субъект предпринимательской деятельности — это такой субъект гражданского права, который на свой риск осуществляет самостоятельную деятельность, направленную на систематическое извлечение прибыли от пользования имуществом, продажи товара, выполнения работ или оказания услуг, и который зарегистрирован в этом качестве в установленном законом порядке.**

2. Физические лица (далее — граждане) могут заниматься предпринимательством путем оформления индивидуальной предпринимательской деятельности. В установленных законом случаях (п. 1 ст. 66 ГК РФ) гражданин может самостоятельно, один создать также юридическое лицо, и тогда на него будет распространяться режим последнего, о чем речь пойдет ниже.

Для приобретения статуса индивидуального предпринимателя гражданин должен обладать следующими общими признаками субъекта гражданского права:

- 1) правоспособностью (способность иметь гражданские права и нести обязанности);
- 2) гражданской дееспособностью (способность своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их);
- 3) иметь имя (фамилия, собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая);
- 4) иметь место жительства (место, где гражданин проживает постоянно или преимущественно).

Главным в приведенных признаках является гражданская дееспособность. Правоспособность и иные признаки создают лишь необходимые предпосылки, возможность осуществления гражданином предпринимательской деятельности. Дееспособность же превращает возможность в действительность, в реальные предпринимательские отношения.

По признаку дееспособности граждане подразделяются на четыре группы:

1) недееспособные — малолетние в возрасте до шести лет, а также признанные судом страдающими психическими расстройствами, не лающими возможности понимать значение своих действий или руководить ими. Они сами не вправе совершать юридически значимые действия. Но сказанное вовсе не означает, что принадлежащее им имущество не может участвовать в гражданском обороте, быть объектом предпринимательской деятельности. От имени детей сделки совершают их законные представители — родители, усыновители или опекуны, а от имени страдающего психическим расстройством — его опекун. При этом на акты распоряжения имуществом необходимо предварительное разрешение органа опеки и попечительства (см. ст. 37 ГК РФ);

2) не полностью дееспособные — **малолетние** в возрасте от 6 до 14 лет и несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет. Как правило, сделки от имени малолетнего заключают его законные представители с соблюдением правил ст. 37 ГК РФ. Сам он может совершать лишь мелкие бытовые и некоторые иные сделки, исчерпывающий перечень которых дан в законе (см. ст. 28 ГК РФ). Несовершеннолетние с 14-летнего возраста вправе самостоятельно совершать в сфере имущественных отношений значительно более широкий круг акций, нежели малолетние. И все другие сделки они также совершают от своего имени, но с письменного согласия своих законных представителей (см. ст. 26 ГК РФ);

3) ограниченно дееспособные — признанные судом злоупотребляющими спиртными напитками или наркотическими средствами, чем ставят свою семью в тяжелое материальное положение. Эти лица вправе совершать мелкие бытовые сделки. Совершать другие сделки, а также получать заработок, пенсию и иные доходы и распоряжаться ими они могут **лишь** с согласия попечителя. Такие граждане самостоятельно несут имущественную ответственность по совершенным ими сделкам и за причи-

ненный ими вред. Однако, по мнению автора, актуальной является проблема более надежных юридических гарантий для честных правопослушных предпринимателей и других граждан, с тем чтобы их партнерами могли выступать лишь полноценные дееспособные физические лица. Не так уж редки случаи, когда алкоголики и наркоманы, дееспособность которых ограничена судом, несмотря на ограничения, вступают в запрещенные для них имущественные отношения: распродают дорогостоящие вещи, принимают в качестве задатка крупные суммы денег, которые затем пропивают, и т. д. Видимо, в условиях интенсивного развития предпринимательства назрела потребность, чтобы суды, ограничивая в дееспособности граждан, делали в паспортах соответствующие отметки. Смогли же в свое время подобной простейшей операцией хоть как-то защитить интересы миллионов детей, получающих алименты от нерадивых родителей. Так же просто можно оградить и интересы предпринимателей, уберечь их от вступления в деловые отношения с ограниченно дееспособными;

4) полностью дееспособные. Они вправе самостоятельно заниматься любой предпринимательской деятельностью. Такая дееспособность наступает в трех случаях: а) с наступлением совершеннолетия — по достижении 18-летнего возраста; б) в случае, когда законом допускается вступление в брак до достижения 18 лет, гражданин, не достигший 18-летнего возраста, приобретает дееспособность в полном объеме со времени вступления в брак; в) в результате эмансипации. Суть ее состоит в том, что несовершеннолетний, достигший 16 лет, может быть объявлен полностью дееспособным, если он работает по трудовому договору, в том числе по контракту, или с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимается предпринимательской деятельностью. Объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) производится по решению органа опеки и попечительства с согласия обоих родителей, усыновителей или попечителя либо при отсутствии такого согласия — по решению суда. Органами опеки и попечительства являются органы местного самоуправления. Такой несовершеннолетний обладает в полном объеме гражданскими правами и несет обязанности (в том числе самостоятельно отвечает по обязательствам, возникшим вследствие причинения им вреда), за исключением тех прав и обязанностей, для приобретения которых федеральным законом установлен возрастной

ценз¹. Родители, усыновители и попечитель не несут ответственности по обязательствам эмансипированного несовершеннолетнего, в частности по обязательствам, возникшим вследствие причинения им вреда.

Из названных трех оснований возникновения полной дееспособности особого внимания требует последнее — эмансипация. Использовать его надлежит лишь в исключительных случаях, при сложившемся крайне неблагоприятном материальном положении несовершеннолетнего, его семьи. Подросткам надо учиться, а не заниматься коммерцией.

Предпринимателем теперь может стать и несовершеннолетний, достигший 14-летнего возраста, и то, что поход детей в предпринимательство обуславливается согласием их законных представителей, — слабое утешение. Приватизация жилья выявила немало родителей, способных в одночасье сделать своих детей бездомными. Для исправления ситуации потребовалось срочно вносить изменения в законодательство о приватизации жилья. Не следует повторять ошибки. Найдутся папы и мамы, бабушки и дедушки, которые без нужды будут толкать подростков и в уличную торговлю, и в иную предпринимательскую деятельность. Но самое главное: не надо дискредитировать предпринимательство, превращать его в некую детскую забаву. Честно ли мы, взрослые, поступим в отношении неоперившихся подростков, бросив их, необученных, не обладающих жизненным опытом, в самый сложный мир предпринимательства?!

3. Особенности статуса индивидуального предпринимателя, действующего без образования юридического лица, по сравнению с общегражданской правоспособностью гражданина заключаются в следующем:

во-первых, этот статус приобретается в результате (с момента) государственной регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя. Гражданин, осуществляющий такую деятельность без государственной регистрации, действует в нелегальной, «теневой» экономике. Глава крестьянского (фермерского) хозяйства, осуществляющий деятельность без образования юридического лица, признается предпринимателем автоматически с момента государственной регистрации

¹ См., например, ст. 13 Федерального закона от 13 декабря 1996 г. № 150-ФЗ «Об оружии» (СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5681; Российская газета. 2006. 31 дек.).

крестьянского (фермерского) хозяйства. Особой регистрации его как индивидуального предпринимателя не требуется.

Гражданин, фактически занимающийся предпринимательской деятельностью, но не прошедший государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя, не приобретает в связи с занятием такой деятельностью статуса предпринимателя. Поэтому споры с участием таких граждан, в том числе связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, подведомственны не арбитражному суду, а суду общей юрисдикции. Вместе с тем при разрешении споров, возникающих по поводу незаконной предпринимательской деятельности, гражданин не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила ГК РФ об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности;

во-вторых, к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, актов Президента РФ и Правительства РФ или существа правоотношения;

в-третьих, с октября 2006 г. действует правило о том, что работодатель — индивидуальный предприниматель обязан на каждого работника вести трудовую книжку. Работодатель — физическое лицо, не являющийся индивидуальным предпринимателем, делать это не вправе (см. ст. 309 ТК РФ в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ);

в-четвертых, в отличие от граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, имущественные споры между индивидуальными предпринимателями либо между ними и юридическими лицами подведомственны арбитражным судам. Но это касается только споров, связанных с предпринимательской деятельностью. Иные споры с участием гражданина, хотя и имеющего статус индивидуального предпринимателя, подведомственны судам общей юрисдикции. Суды общей юрисдикции рассматривают также все споры с участием граждан, фактически занимающихся предпринимательством, но не прошедших в установленном порядке государственную регистрацию. Однако в случаях, предусмотренных федеральными законами, дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осу-

шествием предпринимательской и иной экономической деятельности, в которых участвуют граждане, не имеющие статуса индивидуального предпринимателя, могут рассматриваться и арбитражными судами (п. 2 ст. 27 АПК РФ);

в-пятых, индивидуальный предприниматель, который не в состоянии удовлетворить требования кредиторов, связанные с осуществлением им предпринимательской деятельности, может быть признан по решению суда несостоятельным (банкротом). При разрешении подобного спора его участникам и арбитражному суду следует иметь в виду, что свои требования к индивидуальному предпринимателю могут предъявить и кредиторы по обязательствам, не связанным с осуществлением предпринимательской деятельности (о причинении вреда жизни, здоровью или имуществу граждан или юридических лиц, о взыскании алиментов и т. п.). Основания и порядок осуществления соответствующих процедур устанавливаются Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» (см. тему 19);

в-шестых, требования кредиторов индивидуального предпринимателя в случае признания его банкротом удовлетворяются за счет принадлежащего ему имущества, на которое может быть обращено взыскание. Требования удовлетворяются в порядке и в очередности, установленных п. 3 ст. 25 ГК РФ. Перечень имущества граждан, включая индивидуальных предпринимателей, на которое не может быть обращено взыскание, установлен ст. 446 ГПК РФ (перечень такого имущества организаций определяется федеральным законодательством);

в-седьмых, на индивидуальных предпринимателей возлагаются некоторые дополнительные обременения, обусловленные повышенной нагрузкой с их стороны на услуги, оказываемые на одинаковых условиях всем гражданам. Индивидуальные предприниматели иногда используют эти услуги в своей профессиональной деятельности безвозмездно. Главенствующий же в гражданском праве принцип справедливости обязывает участников рыночных отношений к соразмерной компенсации в равной мере как получаемых выгод, так и производимых затрат. Однако в подобных ситуациях этот принцип нарушается. Возьмем простейший пример. Известно, например, что подавляющее большинство индивидуальных предпринимателей все вопросы организации и функционирования предпринимательства решают по месту своего жительства — в домах, квартирах и т. п. И основным «рабочим инструментом» здесь им служит

домашний телефон, оплачиваемый по единому для всех граждан тарифу. Это позволяет индивидуальным предпринимателям значительно снижать издержки производства, себестоимость продукции и тем самым повышать получаемую прибыль. Как следствие, граждане-непредприниматели, в том числе живущие за чертой бедности, через усредненный тариф на домашний телефон как бы оплачивают многочасовые деловые переговоры индивидуальных предпринимателей со своими деловыми партнерами, адвокатами и другими лицами.

Это обстоятельство не могло не привлечь внимание государства и общественности. Постановлением Правительства РФ от 18 мая 2005 г. № 310 утверждены Правила оказания услуг местной, внутризоновой, междугородной и международной телефонной связи¹. Правила регулируют отношения между абонентом и (или) пользователем услугами телефонной связи и оператором связи при оказании услуг местной, внутризоновой, междугородной и международной телефонной связи в сети связи общего пользования.

Очевидно, индивидуальным предпринимателям надлежит оплачивать услуги телефонной связи по тем же тарифам, что установлены для коммерческих организаций (см. п. 3 ст. 23 ГК РФ). Для этого необходимо установить порядок, чтобы органы, проводящие государственную регистрацию индивидуальных предпринимателей, сообщали о такой регистрации организациям, оказывающим услуги телефонной связи.

Однако у индивидуальных предпринимателей есть и немало общего с гражданами-непредпринимателями. Это позволяет сделать вывод о том, что правовой статус индивидуальных предпринимателей «расположен» на стыке правомочий обычных граждан и коммерческих организаций, вбирая в определенной мере и те и другие. В частности, индивидуальный предприниматель, как любой гражданин, может быть решением суда ограничен в дееспособности или вовсе лишен дееспособности, признан безвестно отсутствующим или объявлен умершим. Он же может работать в любой должности на платной основе в частных, государственных или общественных организациях, если только эту работу и должность законом не запрещено совмещать с предпринимательством. В отличие от юридических лиц имущество индивидуальных предпринимате-

лей, составляющее объекты коммерческой деятельности, может быть ими завещано и переходить по наследству. Но право заниматься предпринимательством по наследству не переходит. Согласно ст. 1112 ГК РФ в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю (в данном случае предпринимателю) на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Став собственником предприятия или иного имущества и правопреемником всех кредиторских и дебиторских задолженностей наследодателя, наследник для продолжения предпринимательского дела своего наследодателя обязан зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя.

4. Самостоятельное место в структуре субъектов предпринимательства, осуществляющих свою деятельность без образования юридического лица, занимают *крестьянские (фермерские) хозяйства*. Последние представляют собой объединение граждан, связанных родством и (или) свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность (производство, переработку, хранение, транспортировку и реализацию сельскохозяйственной продукции), основанную на личном участии. Фермерское хозяйство может быть создано также одним гражданином. Право на создание хозяйств имеют не только граждане России, но и иностранные граждане и лица без гражданства. Органы государственной власти и местного самоуправления оказывают всемерное содействие и помощь в создании и деятельности этих хозяйств.

Подобно индивидуальным предпринимателям к предпринимательству крестьянского (фермерского) хозяйства применяются правила гражданского законодательства, которые регулируют деятельность юридических лиц — коммерческих организаций. С 17 июня 2003 г. правовые, экономические и социальные основы создания и деятельности крестьянских (фермерских) хозяйств определяет Федеральный закон от 11 июня 2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»¹, который гарантирует гражданам право на создание таких хозяйств и их самостоятельную деятельность. Одна из актуальных проблем состоит в том, что далеко не все, кто фактически осуществляет предпринимательство с использованием крестьянского (фер-

мерского) хозяйства, легализуют свой статус формально через государственную регистрацию хозяйства, как это предписывает ст. 5 названного Федерального закона.

Некоторое сходство с крестьянским (фермерским) хозяйством имеет *личное подсобное хозяйство по производству и переработке сельскохозяйственной продукции*. Такое хозяйство ведется гражданином или гражданином и совместно проживающими с ним и (или) совместно осуществляющими с ним ведение личного подсобного хозяйства членами его семьи в целях удовлетворения личных потребностей на земельном участке, предоставленном и (или) приобретенном для ведения личного подсобного хозяйства.

Качественное отличие личного подсобного хозяйства состоит в том, что оно есть *форма непредпринимательской деятельности*. Соответственно и реализация гражданами, ведущими личное подсобное хозяйство, сельскохозяйственной продукции, произведенной и переработанной при ведении личного подсобного хозяйства, не является предпринимательской деятельностью.

Максимальный размер общей площади земельных участков, которые могут находиться одновременно на праве собственности и (или) ином праве у граждан, ведущих личное подсобное хозяйство, устанавливается законом субъекта РФ. Часть земельных участков, площадь которых превышает указанный минимальный размер, должна быть отчуждена гражданами, у которых находятся эти земельные участки, в течение года со дня возникновения прав на эти земельные участки, либо в этот срок должна быть осуществлена государственная регистрация указанных граждан в качестве индивидуальных предпринимателей или государственная регистрация крестьянского (фермерского) хозяйства.

Отношения, возникающие в связи с ведением гражданами личного подсобного хозяйства, регулируются Федеральным законом от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве»¹.

5. Юридические лица в отличие от физических являются «предметом неодушевленным» — организациями, которым присущи совершенно определенные юридически обязательные признаки. Примечательное отличие юридических лиц от физи-

ческих состоит и в том, что юридические лица, как правило, в той или иной мере занимаются предпринимательством. Поэтому в рассмотрении статуса юридических лиц как субъектов предпринимательской деятельности необходимо четко уяснить по крайней мере два обстоятельства: первое — признаки юридического лица, по которым оно отличается от других организаций — не юридических лиц; второе — классификацию, группировку юридических лиц по степени и возможности их участия в предпринимательской деятельности.

В законодательстве и научной литературе уже давно ведется поиск однозначных признаков юридического лица. С практической точки зрения целесообразно эти признаки подразделить на две группы.

Первая группа — основополагающие признаки. Их четыре: наличие у организации обособленного имущества в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении; возможность от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, а также нести обязанности; возможность самостоятельно отвечать по своим обязательствам; возможность от своего имени выступать истцом и ответчиком в суде. Только все четыре признака, взятые вместе и одновременно наличествующие у организации, придают ей статус юридического лица.

Главенствующим среди указанных признаков является первый — наличие обособленного имущества. Без него не возникает сам вопрос о юридическом лице, не приходят в движение, не оживают другие признаки юридического лица. Наличие этого признака качественно отличает статус последнего от статуса индивидуального предпринимателя. Гражданин, являющийся индивидуальным предпринимателем без образования юридического лица, владеет, пользуется и распоряжается своим имуществом не только для занятия предпринимательством. Он использует его также для удовлетворения любых своих потребностей и интересов, для осуществления неотчуждаемых прав и свобод. Поэтому отграничение с помощью юридически обязательных норм имущества гражданина, которым он оперирует в предпринимательской деятельности, от имущества, используемого им в иных целях, означало бы нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Вторая группа — дополнительные признаки, производные от первых. Это, в частности: организационное единство, пред-

полагающее наличие у юридического лица четкой внутренней упорядоченности — органов управления, наделенных строго определенными полномочиями, разного рода структурных подразделений, предназначенных для выполнения функций юридического лица, и т. п.; обязанность иметь самостоятельный баланс или смету.

6. Классификация, группировка юридических лиц может проводиться по различным критериям. Для характеристики степени и самой возможности их участия в предпринимательской деятельности главным, исходным является правоспособность юридического лица. Для правового статуса гражданина, как мы видели, главным на практике является дееспособность. Если правоспособность у всех граждан одинакова и возникает с их рождением, то у юридических лиц даже в рамках одной организационно-правовой формы она бывает различной. Правоспособность юридического лица возникает с момента его государственной регистрации. Кроме того, на отдельные виды деятельности, определяемые законом, юридическим лицам необходимо получение специального разрешения — лицензии.

До недавнего времени вопрос о классификации юридических лиц по критерию правоспособности не возникал. Согласно ст. 26 ГК РСФСР 1964 г. юридическое лицо могло совершать лишь акции, соответствующие установленным для него целям, т. е. обладало так называемой специальной правоспособностью. Сделки, не отвечавшие этим целям, во всех случаях признавались недействительными. Указанный принцип строго проводился и в последующие годы вплоть до начала экономических реформ 90-х гг. По действующему ныне законодательству все юридические лица, включая предпринимательские организации, подразделяются на две большие группы.

В *первую* входят те предпринимательские организации, которые обладают общей правоспособностью. Они могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов предпринимательской деятельности, не запрещенных законом. В круг таких юридических лиц входят коммерческие организации (за исключениями, установленными законом). Извлечение прибыли для них — основная цель деятельности, они профессионально занимаются предпринимательством.

Конкретно к таким юридическим лицам относятся:

а) *полные товарищества* (ст. 69—81 ГК РФ). Их участники — полные товарищи занимаются предпринимательской деятельностью от имени товарищества и несут ответственность по его обязательствам принадлежащим им имуществом. Нередко полные товарищества путают с простыми товариществами, о которых речь идет в гл. 55 ГК РФ. Между тем ничего общего, кроме созвучия в названии и полного совпадения в сокращенном буквенном обозначении (аббревиатуре) — ПТ, между ними нет. Их существенное юридическое различие состоит в том, что ныне полное товарищество — юридическое лицо. Этот статус оно получило после вступления в силу части первой ГК РФ. Простое товарищество, напротив, юридическим лицом не является, а представляет собой разновидность гражданско-правового договора (о нем см. ниже);

б) *товарищества на вере (командитные товарищества)* (ст. 82—86 ГК РФ). Они объединяют две разновидности неодинаковых в правовом отношении участников: полных товарищей, осуществляющих предпринимательскую деятельность от имени товарищества и отвечающих по обязательствам товарищества всем своим имуществом, и вкладчиков (командитистов), которые несут риск убытков в пределах сумм внесенных ими вкладов и не принимают участия в предпринимательской деятельности товарищества;

в) *общества с ограниченной ответственностью* (ст. 87—94 ГК РФ). Их участники несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов. До конца 1994 г. наиболее популярными в нашей стране были товарищества с ограниченной ответственностью. Однако ГК РФ не предусмотрел возможности создания таких коммерческих организаций. Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» вступил в силу с 1 марта 1998 г.¹;

¹ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3437; см. также: Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Вестник ВАС РФ. 2000. № 2.

г) *общества с дополнительной ответственностью* (ст. 95 ГК РФ). Их участники солидарно несут субсидиарную ответственность по обязательствам общества своим имуществом в одинаковом для всех кратном размере к стоимости их вкладов, определяемом учредительными документами самого общества;

д) *акционерные общества* (ст. 96—104 ГК РФ). Их участники несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций. Кроме ГК РФ правовое положение акционерных обществ определяется федеральными законами от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»¹ и от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)»². По ранее действовавшему законодательству различались акционерные общества открытого типа и акционерные общества закрытого типа. Сейчас они именуется соответственно «открытые акционерные общества» и «закрытые акционерные общества»;

е) *производственные кооперативы* (артели). Основы их правового статуса закреплены в ГК РФ (§ 3 гл. 4), а более подробно — в особых федеральных законах. В частности, члены производственных кооперативов несут по обязательствам кооператива субсидиарную ответственность в размерах и порядке, предусмотренных Федеральным законом от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах»³ и уставом кооператива. Наряду с Федеральным законом «О производственных кооперативах» действует Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»⁴, ус-

¹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 155-ФЗ // Российская газета. 2006. 29 июля; см. также: Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 апреля 1997 г. № 4/8 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» // Российская газета. 1997. 23 апр.; Вестник ВАС РФ. 1998. № 4.

² СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3611; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 12. Ст. 1093.

³ СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2321; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 12. Ст. 1093.

⁴ СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. № 183-ФЗ // Российская газета. 2006. 8 нояб.

танавливающий статус одной из многих разновидностей производственных кооперативов — сельскохозяйственных. Уже упоминавшийся Закон о предприятиях и предпринимательской деятельности не предусматривал возможности создания и функционирования производственных кооперативов — этой весьма популярной в первые годы реформирования экономики формы предпринимательства. Сейчас идет ее возвращение. Широкое распространение она уже получила в сельскохозяйственном производстве.

Особую разновидность коммерческих организаций составляют *дочерние и зависимые хозяйственные общества* (ст. 66 и 67 ГК РФ). Хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом. Хозяйственное общество признается зависимым, если другое (преобладающее, участвующее) общество имеет более 20% голосующих акций акционерного общества или 20% уставного капитала общества с ограниченной ответственностью.

Перечисленные коммерческие организации, обладая по закону общей правоспособностью, нередко сами ограничивают свою правоспособность, приводя в учредительных документах исчерпывающий (законченный) перечень видов деятельности, которыми они вправе заниматься. В результате возникает вопрос о юридических последствиях их действий, не запрещенных законом, но выходящих за рамки, очерченные учредительными документами. Судебная практика исходит из того, что сделки, совершенные коммерческими организациями в противоречие целям деятельности, определенно ограниченным в их учредительных документах, могут быть признаны недействительными в случаях, предусмотренных законом (см. ст. 173 ГК РФ).

Во *вторую* группу входят юридические лица, наделенные специальной правоспособностью. Суть специальной правоспособности состоит в том, что ее обладатели могут иметь гражданские права, лишь соответствующие целям деятельности, предусмотренным в их учредительных документах, и нести связанные с этой деятельностью обязанности. Эту группу составляют:

а) *коммерческие организации*, которые в порядке исключения из общего правила не обладают общей правоспособностью (государственные и муниципальные унитарные предприятия и иные виды организаций, предусмотренные законом, например банки, страховые организации). Унитарные предприятия, а также другие коммерческие организации, в отношении которых предусмотрена специальная правоспособность, не вправе совершать сделки, противоречащие целям и предмету их деятельности, определенным законом или иными правовыми актами. Такие сделки являются ничтожными (см. ст. 168 ГК РФ).

Применительно к унитарным предприятиям необходимо выделить три момента. Во-первых, в форме унитарных предприятий могут быть созданы только государственные и муниципальные предприятия. Имущество государственного или муниципального унитарного предприятия находится соответственно в государственной или муниципальной собственности.

Во-вторых, законодательством установлены виды деятельности, которые могут осуществлять только и исключительно государственные предприятия (производство оружия и боеприпасов, наркотических и ядерных веществ, переработка драгоценных металлов и радиоактивных элементов и др.).

В-третьих, унитарные предприятия неоднородны. Одним, а таких подавляющее большинство, имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, а другим — на праве оперативного управления. Последние — федеральные казенные предприятия — ранее создавались по решению Правительства РФ на базе находящегося в федеральной собственности имущества. Например, Указом Президента РФ от 29 сентября 1995 г. № 977 «О преобразовании государственных предприятий учреждений, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» Правительству РФ предложено было обеспечить в 1996—1997 гг. преобразование предприятий этих учреждений в федеральные казенные предприятия. Согласно Федеральному закону от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»¹ казенные предприятия могут создаваться также на базе имущества субъектов РФ и муниципального имущества. Решение об этом принимает собственник соответствующего имущества;

¹ СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746; 2003. № 50. Ст. 4855.

б) *некоммерческие организации* (извлечение прибыли не является для них основной целью, а полученная прибыль не делится между участниками организации). К ним относятся: потребительские кооперативы (они — единственный вид некоммерческой организации, доходы которой, полученные от предпринимательской деятельности, распределяются между ее членами); общественные или религиозные организации (объединения); создаваемые собственником учреждения — частные (создаются гражданином или юридическим лицом), государственные или муниципальные (создаются соответственно Российской Федерацией, ее субъектом или муниципальным образованием. Они могут быть бюджетными или автономными); благотворительные и иные фонды, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы); другие организационно-правовые формы, предусмотренные законом. В частности. Федеральным законом от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹ введены три такие формы: некоммерческое партнерство, автономная некоммерческая организация и государственная корпорация. Федеральным законом от 17 декабря 1999 г. № 211-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности ассоциаций экономического взаимодействия субъектов Российской Федерации» статус некоммерческих организаций получили эти ассоциации². Статьей 291 ГК РФ предусмотрено создание некоммерческих организаций в форме товарищества собственников жилья.

В начале 2007 г. вступил в силу Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. № 174-ФЗ «Об автономных учреждениях»³, направленный на реформирование бюджетной сферы. **Автономное учреждение — некоммерческая организация, созданная Российской Федерацией, субъектом РФ или муниципальным образованием для выполнения работ, оказания услуг в целях осуществления предусмотренных российским законодательством полномочий ор-**

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 276-ФЗ // Российская газета. 2007. 11 янв.

² СЗ РФ. 1999. № 51. Ст. 6286; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 169-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4855.

³ СЗ РФ, 2006. № 45. Ст. 4626; см. также Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. № 175-ФЗ, которым внесены изменения в ряд законодательных актов в связи с принятием **Федерального** закона от 3 ноября 2006 г. № 174-ФЗ.

ганов государственной власти, органов местного самоуправления в сферах науки, образования, здравоохранения, культуры, социальной защиты, занятости населения, физической культуры и спорта (ст. 2). Статусом автономных будут наделяться нынешние государственные и муниципальные учреждения образования, науки, культуры, что, однако, не означает их реорганизации, предусмотренной ст. 57 ГК РФ. Организационно-правовая форма при этом не меняется, они по-прежнему остаются государственными и муниципальными учреждениями, но не бюджетными, а автономными. Суть изменения — в предоставлении автономному учреждению по сравнению с бюджетным большей самостоятельности, в стимулировании предпринимательской активности.

Некоммерческие организации могут создаваться для достижения социальных, благотворительных, культурных, образовательных, научных и управленческих целей, в целях охраны здоровья граждан, развития физической культуры и спорта, удовлетворения духовных и иных нематериальных потребностей граждан, защиты прав, законных интересов граждан и организаций, разрешения споров и конфликтов, оказания юридической помощи, а также в иных целях, направленных на достижение общественных благ. Необходимо подчеркнуть: некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. Такой деятельностью признаются приносящее прибыль производство товаров и услуг, отвечающих целям создания некоммерческой организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие в хозяйственных обществах и участие в товариществах на вере в качестве вкладчика. Некоммерческая организация ведет учет доходов и расходов по предпринимательской деятельности. Специальная правоспособность устанавливается законом. Следовательно, сделки, совершенные за пределами такой правоспособности, являются ничтожными как противоречащие закону.

7. Хозяйствующие субъекты, исходя из своих интересов, прежде всего ради укрепления связей между собой и с властными структурами, интегрируются в самые разнообразные объединения — союзы, ассоциации и др. Широко распространены объединения по территориальному признаку — в масштабах

района, города, области; по производственному признаку — занимающиеся строительством, перевозками, торговлей, производством сельскохозяйственной продукции и т. д.

В практике организации взаимодействия все большее значение приобретают не столько формальные признаки, например статус хозяйствующего субъекта, принадлежность к той или иной организационно-правовой форме, деятельность на определенной территории, сколько реальный вес субъекта в народном хозяйстве, его фактические экономические возможности. Все хозяйствующие субъекты по этому критерию сводятся в три группы: малые, средние и крупные.

В Федеральном законе от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации»¹ четко определено, какие хозяйствующие субъекты могут обладать статусом малого предпринимателя (см. тему 9). Критерий разграничения среднего и крупного предпринимательства размыт, законодательно пока не определен. К какой группе отнести того или иного хозяйствующего субъекта, решается конкретно, исходя из его действительного экономического состояния. В разрабатываемом проекте федерального закона «О малом предпринимательстве» к среднему предпринимательству предполагается отнести предприятия с численностью работающих до 200 человек.

Однако в любом случае ясно, что состав каждой из трех групп очень многочислен, насчитывает тысячи субъектов, и согласовать с государством да и между собой их интересы весьма затруднительно. Практика пошла по пути объединения субъектов, входящих в каждую из групп, в одну отдельную организацию, с тем чтобы создать механизм для выработки общей позиции. Крупные предприниматели вошли преимущественно в Российский союз промышленников и предпринимателей (работодателей) — РСПП, внесший большой вклад в становление рыночной экономики и развитие предпринимательской деятельности. На долю предпринимателей, объединившихся в РСПП, приходится более 50% валового национального продукта России. Весной 2002 г. появился своеобразный двойник РСПП, только в другой сфере экономики, — Российское аграрное движение (РАД). В него уже объединились не входившие в

¹ СЗ РФ. 1995. № 25. Ст. 2343; 2006. № 6. Ст. 636.

РСПП крупные предприниматели, работающие в сельском хозяйстве и представляющие многие регионы страны.

Появились на федеральном уровне также объединения средних и малых предпринимателей. Средние предприниматели вошли главным образом в Общероссийскую общественную организацию «Деловая Россия». Самая большая группа хозяйствующих субъектов — малые предприниматели, которых насчитывается многие сотни тысяч, интегрировалась преимущественно в два объединения со сходными наименованиями — Общероссийская общественная организация малого и среднего предпринимательства «ОПОРА России» и некоммерческое партнерство «Объединение предпринимательских организаций России» (ОПОРа). В 2003 г. между ними, принимая во внимание единство уставных целей и задач, заключено Соглашение о сотрудничестве в осуществлении совместной деятельности. Среди общих задач, определенных Соглашением, на первом месте стоит поддержание постоянного тесного взаимодействия с представителями органов государственной власти и управления по вопросам обеспечения устойчивого развития малого и среднего предпринимательства.

8. Рассмотренные выше субъекты предпринимательства осуществляют экономическую деятельность не только внутри нашей страны. К предпринимательской относится и внешнеторговая деятельность. Российскими участниками внешнеторговой деятельности (российскими лицами) являются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, имеющие постоянное место нахождения на ее территории, а также физические лица, имеющие постоянное или преимущественное место жительства на территории Российской Федерации и зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей.

На территории Российской Федерации занимаются предпринимательской деятельностью также иностранные граждане и юридические лица, и с ними все чаще вступают в деловые контакты наши отечественные хозяйствующие субъекты. Последние расширяют свое присутствие и на территории других государств, налаживая партнерские связи с тамошними предпринимательскими структурами.

Один из самых сложных и спорных вопросов, возникающий при этом в гражданско-правовых отношениях с участием иностранных граждан или юридических лиц либо гражданско-пра-

вовых отношениях, осложненных иным иностранным элементом (например, когда объект гражданских прав находится за границей), — какое право подлежит применению к таким отношениям. Ответу на него посвящен разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ.

9. Даже краткая правовая характеристика юридических лиц, в том числе предпринимательских организаций, свидетельствует, что они являются главной движущей силой реформируемой российской экономики. Однако о них ничего не сказано в Конституции РФ, они там даже не упоминаются. Отсюда можно сделать ложный вывод, что правовые корни юридических лиц лишены выхода на конституционное поле и, следовательно, предпринимательские организации лишены опоры на этот основополагающий политический и правовой акт современной России. Сейчас поздно спрашивать разработчиков проекта Конституции РФ о причинах, почему такое случилось. Но вопрос о связи юридических лиц с Конституцией РФ настойчиво выдвигала жизнь, предпринимательская практика. Первую официальную попытку дать ответ на него сделал Конституционный Суд РФ, но ответ, естественно, не исчерпывающий, а в рамках той компетенции, которой наделен этот Суд, и в пределах повода, послужившего основанием для рассмотрения им дела.

В Конституционный Суд РФ обратились с жалобами учредители — собственники двух товариществ, в которых ставился вопрос о распространении на юридических лиц действия гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина» Конституции РФ. Суд констатировал: «Конституционное право человека и гражданина, закрепленное в статье 35 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации, распространяется на юридические лица в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним применимо... Товарищества (общества) с ограниченной ответственностью — это организации, к которым применяются правила, регулирующие деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями. Они были созданы гражданами специально в целях совместной реализации таких конституционных прав, как право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1, Конституции Российской Федерации) и право иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совме-

стно с другими лицами (статья 35, часть 2, Конституции Российской Федерации)¹.

Думается, в будущем возникнут и другие дела, когда правовой статус юридических лиц придется рассматривать с точки зрения конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина. Это соответствует коллективной природе предпринимательской деятельности юридических лиц, в которых на добровольной основе объединяются граждане, для того чтобы сообща реализовать свои неотчуждаемые конституционные права и свободы. В частности, об органичном единстве прав и интересов юридических лиц и граждан, входящих в юридическое лицо как организацию, свидетельствуют нормы разд. V части третьей ГК РФ и других федеральных законов, регулирующих наследование прав, связанных с участием наследников в хозяйственных товариществах и обществах, производственных и потребительских кооперативах, наследование предприятий и имущества крестьянских (фермерских) хозяйств (см., например, ст. 1176—1179).

10. В нормативно-правовом регулировании и на практике во избежание ошибок в определении статуса субъектов предпринимательской деятельности и недоразумений во взаимоотношениях с ними органов государственной власти и органов местного самоуправления надлежит правильно уяснить соотношение предпринимательской деятельности со смежными видами деятельности, в частности коммерческой деятельностью. Коммерческая деятельность — понятие неоднозначное. В узком смысле слова оно означает осуществление торговли, скажем, розничной купли-продажи. В широком смысле (и это закреплено в нынешнем законодательстве) к коммерческой относится деятельность, которая в качестве основной своей цели ставит извлечение прибыли.

Таким образом, всякая коммерческая деятельность есть предпринимательская, но не всякая предпринимательская деятельность есть коммерческая. Грань, их разделяющая, — в цели деятельности: «систематическое извлечение прибыли» характе-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 декабря 1996 г. № 20-П по делу о проверке конституционности п. 2 и 3 ч. 1 ст. 11 Закона РФ от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 197.

ризует предпринимательскую, а «основная цель — извлечение прибыли» — коммерческую деятельность.

Четкое различие предпринимательской и коммерческой деятельности, а также отграничение их от иных, непредпринимательских видов деятельности имеет важное практическое значение. Возможность возникновения и функционирования некоторых правовых отношений закон ставит в прямую зависимость от соответствующего статуса сторон — субъектов предпринимательской или иной деятельности. Знание статуса позволяет не допускать правонарушения в предпринимательстве. Это обстоятельство следует учитывать, *во-первых*, при использовании некоторых давно устоявшихся, традиционных институтов гражданского права. Один из самых распространенных среди них — купля-продажа, участниками которой по общему правилу могут быть любые физические и юридические лица. Когда же речь заходит об отдельных видах купли-продажи, то картина меняется. По договору розничной торговли продавцом выступает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу. Передаваемый же покупателю товар предназначен для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью. По договору поставки в качестве предпринимателя выступает уже поставщик-продавец, а товар передается им покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

Сходна ситуация и с арендой. Каждый гражданин, как и юридическое лицо (арендодатели), вправе при определенных условиях передать любому другому лицу (арендатору) имеющееся у него имущество за плату во временное владение и пользование или в пользование. Но сдать в аренду имущество, например, по договору проката может только арендодатель, занимающийся этим в качестве постоянной предпринимательской деятельности.

По договору хранения хранителем, т. е. стороной, обязавшейся хранить вещь, переданную ей поклажедателем, и возвратить эту вещь ему в сохранности, вправе выступать и коммерческая организация, и некоммерческая организация, осуществляющая хранение в качестве одной из целей своей профессиональной деятельности. При хранении же на товарном складе дело обстоит иначе. Складом общего пользования, т. е. обязанным при-

нимать товары на хранение от любого товаровладельца, может быть только коммерческая организация. Ведомственным же, например, складом может выступать любая организация, осуществляющая в качестве предпринимательской деятельности хранение товаров и оказывающая иные связанные с хранением услуги.

Во-вторых, линия на различение предпринимательской и коммерческой деятельности проводится и в гражданско-правовых отношениях, впервые отраженных в ГК РФ. Например, теперь официально узаконено финансирование под уступку денежного требования. По такому договору одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать другой стороне (клиенту) денежные средства в счет денежного требования клиента (кредитора) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения им работ или оказания услуг третьему лицу, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование. При этом особо подчеркнута, что финансовыми агентами вправе быть лишь банки и иные кредитные организации, а также другие коммерческие организации, имеющие разрешение (лицензию) на осуществление деятельности такого вида.

По договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управлению) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя). Доверительным управляющим вправе быть индивидуальный предприниматель или коммерческая организация (за исключением унитарного предприятия). И только в исключительных случаях, когда доверительное управление имуществом осуществляется по основаниям, предусмотренным законом, доверительным управляющим может быть гражданин, не являющийся предпринимателем, или некоммерческая организация (за исключением учреждения). Такое доверительное управление учреждается, в частности, при необходимости постоянного управления недвижимым и ценным имуществом подопечного.

По договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образова-

ния юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели. Если же такой договор заключается для осуществления предпринимательской деятельности, то его сторонами могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации.

Иногда закон устанавливает жесткие безальтернативные требования к статусу участников гражданских правоотношений. Интерес в этой связи представляют новые институты гражданского права — коммерческая концессия и безвозмездное пользование.

По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности последнего комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т. д. Сторонами по договору коммерческой концессии могут быть только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей.

По договору безвозмездного пользования (договору ссуды) одна сторона (ссудодатель) обязуется передать или передает вещь в безвозмездное временное пользование другой стороне (ссудополучателю), а последняя обязуется вернуть ту же вещь в том состоянии, в каком она ее получила, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором. Но коммерческая организация не вправе передавать имущество в безвозмездное пользование лицу, являющемуся ее учредителем, участником, руководителем, членом ее органов управления или контроля.

11, Родовым понятием, объединяющим всех лиц, является хозяйствующий субъект. Согласно действующему законодательству под «хозяйствующим субъектом» понимаются индивидуальный предприниматель, коммерческая организация, а также некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход.

В законах, актах Президента РФ и Правительства РФ словосочетания «субъект предпринимательской деятельности» и «хозяйствующий субъект» используются как идентичные. Как полностью равнозначные употребляются они и в тексте данного учебника. Однако часто в нормотворчестве, предпринимательской практике и на учебных занятиях возникает необходимость вычленить в особую группу хозяйствующих субъектов — юридических лиц. Но такого родового понятия еще нет. Ему бы вполне соответствовало словосочетание «предпринимательские организации», которое объединяло бы коммерческие организации, а также некоммерческие, могущие осуществлять предпринимательскую деятельность для достижения целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. В указанном смысле словосочетание «предпринимательские организации» включено в текст учебника.

12. В заключение этого вопроса темы необходимо обратить внимание еще на два обстоятельства. Во-первых, в публикациях, особенно научно-популярных, широко эксплуатируются понятия «бизнесмен», «субъект экономической деятельности», «субъект хозяйствования». Между тем такие участники имущественных отношений, в том числе предпринимательских, в ГК РФ, федеральных законах не фигурируют, и что под ними понимают авторы, использующие эту терминологию, неизвестно. Действующее гражданское законодательство не дает никаких оснований отождествлять «бизнесменов» с российскими предпринимателями.

Во-вторых, после анализа понятий «предпринимательство» и «хозяйствующий субъект» целесообразно вернуться к проблеме «систематического получения прибыли» как обязательного признака предпринимательства. Суды уже вплотную столкнулись с этой проблемой и решают ее по-разному. Интерес представляет следующее дело. Гражданин М. в течение 1994—1995 гг. скупал лом цветных металлов с намерением перепродать его по более высокой цене. Однако перепродать скупленное он не успел и никакой прибыли от своей деятельности не получил, так как она была прервана работниками милиции¹.

¹ БВС РФ. 1997. № 10. С. 22-23.

В гражданском судопроизводстве встал вопрос: является ли деятельность М. предпринимательской? Районный суд признал ее таковой. Президиум краевого суда решение отменил, сославшись **на то**, что судом первой инстанции деятельность М. ошибочно была квалифицирована как предпринимательская, поскольку в его действиях отсутствовали такие признаки предпринимательской деятельности, как реальное получение прибыли, достигаемое только при продаже скупленного лома цветных металлов, а также систематичность, которая, по утверждению президиума, должна была выражаться в виде повторяющихся полных циклов торгового оборота от скупки товара до его продажи.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменила постановление краевого суда и оставила в силе **решение** районного, указав, **что** толкование краевым судом понятия **предпринимательской** деятельности не соответствует содержанию норм ГК РФ, в частности п. 1 ст. 2 и п. 1 ст. 50. По мнению Судебной коллегии, извлечение прибыли — цель предпринимательства, **а не** ее обязательный реальный результат. Само по себе отсутствие прибыли от этой деятельности не служит основанием для вывода о том, **что** такая деятельность не предпринимательская. Прибыль от торгово-закупочной деятельности образуется в результате покупки товара и последующей его продажи **по** более высокой цене. Такая деятельность представляет собой длящийся процесс, начало которого определяется моментом покупки товара, предназначенного для дальнейшей продажи. При наличии неблагоприятных обстоятельств полный цикл торгового оборота может не состояться, в результате чего вероятны убытки. Вместе с тем наличие неблагоприятных для предпринимателя обстоятельств не только не меняет самого характера предпринимательской деятельности, но и является одним из составляющих элементов этой деятельности, связанной с различного рода рисками.

§ 2. Организационно-правовые формы предпринимательских организаций

1. Предпринимательство осуществляется в определенных организационно-правовых формах. Какую из форм избрать, зависит от множества факторов: среды деятельности, финансовых

возможностей хозяйствующих субъектов, сравнительных преимуществ той или другой формы. В каждой стране действует свое законодательство по организации предпринимательства. Вместе с тем существуют типичные для мировой практики организационно-правовые формы предпринимательской активности. К ним относятся полные и командитные товарищества, товарищества (общества) с ограниченной ответственностью, акционерные общества, государственные предприятия. В различных странах эти основные формы, включающие те или иные субъекты предпринимательства, имеют свою модификацию. В части первой этой темы дана краткая характеристика предпринимательских организаций, создание которых допускается в России ГК РФ и другими законами.

2. Но что же представляет собой сама организационно-правовая форма как таковая, как родовое понятие, каково ее юридическое содержание и значение, зачем понадобилось вводить это понятие в сферу предпринимательства? Организационно-правовая форма юридических лиц — понятие, недавно вошедшее в законодательство и практику и широко используемое для характеристики организаций — самостоятельных субъектов экономической деятельности, в том числе и предпринимательской. Оно концентрированно воплощает сущностные организационные и правовые признаки, являющиеся общими для юридических лиц — предпринимательских организаций различных видов.

Эти признаки можно свести в две группы. *Первая* отражает организационную связь любого юридического лица с правом, законодательством.

Во-первых, юридическое лицо может создаваться лишь в порядке, установленном законодательством. Нарушение установленного порядка лишает деятельность юридического лица должных правовых последствий. Поэтому, прежде чем вступать в деловые контакты с той или иной организацией, следует убедиться в соблюдении порядка ее учреждения.

Во-вторых, любое юридическое лицо может образовываться лишь в тех организационно-правовых формах, которые установлены законом. Исчерпывающий перечень видов организационно-правовых форм коммерческих организаций приведен в части первой ГК РФ (хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, унитарные предприятия). В иных организационно-правовых формах коммерческие орга-

низации создаваться не могут. Организационно-правовые же формы некоммерческих организаций наряду с ГК РФ (см. ст. 116—123) могут определяться и другими федеральными законами (см., например, Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»). Вступая в деловые отношения с юридическим лицом, надо выяснить, соответствует ли его организационно-правовая форма предусмотренным законом.

В-третьих, юридическое лицо правомочно действовать лишь в тех пределах (рамках), которые очерчены законом для того вида организационно-правовой формы, к которому принадлежит данное юридическое лицо.

В-четвертых, на всех юридических лиц, к какой бы организационно-правовой форме они ни относились, распространяется требование соблюдать в своей деятельности законность.

Вторая группа признаков организационно-правовой формы отражает главное в характеристике юридического лица как участника экономических, предпринимательских отношений — его имущественный статус. *Во-первых*, тот или иной вид организационно-правовой формы дает четкий ответ на вопрос о генезисе, происхождении имущества, на базе которого создано и действует данное юридическое лицо, и соответственно об основании владения им этим имуществом. Например, на имущество юридических лиц — коммерческих организаций в форме государственных и муниципальных унитарных предприятий их учредители сохраняют право собственности. Имущество у предприятий находится на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Другие коммерческие и некоммерческие, кроме учреждений, организации являются собственниками имущества, либо внесенного натурой в качестве вкладов (взносов) их учредителями (участниками, членами), либо приобретенного этими юридическими лицами по иным основаниям.

Вкладом в имущество хозяйственного товарищества (полного и командитного) и хозяйственного общества (с ограниченной или дополнительной ответственностью и акционерного) могут быть деньги, ценные бумаги, другие вещи или имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку. Таким вкладом не может быть объект интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, включая программу для ЭВМ, и т. п.) или ноу-хау. Однако в качестве вклада может

быть признано право пользования таким объектом, передаваемое товариществу (обществу) в соответствии с лицензионным договором. И еще. В учредительных документах хозяйственного товарищества (общества) могут содержаться положения, свидетельствующие о том, что в уставный (складочный) капитал учредителем (участником) передавалось не имущество в натуре, а лишь права владения и пользования им. В таком случае хозяйственное товарищество (общество) не приобретает право собственности на это имущество.

Во-вторых, организационно-правовая форма раскрывает внутренние имущественные отношения юридических лиц: состав имущества, какое отношение к нему имеют учредители (члены) юридического лица, каким образом осуществляется распоряжение имуществом. Одни юридические лица имеют уставный капитал (общества с ограниченной и дополнительной ответственностью, акционерные общества), другие — уставный фонд (государственные и муниципальные унитарные предприятия), третьи — складочный капитал (полные товарищества и товарищества на вере), четвертые — паевые взносы (производственные и потребительские кооперативы).

Уставный капитал обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью разделен на доли, размер которых устанавливается учредительными документами, а уставный капитал акционерных обществ — на определенное число акций. Имущество, находящееся в собственности производственных кооперативов, делится на паи его членов в соответствии с уставом кооператива. Имущество государственных и муниципальных унитарных предприятий является неделимым и не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в том числе между работниками предприятия.

Управление деятельностью полных товариществ и товариществ на вере, включая распоряжение имуществом, осуществляется, как правило, по общему согласию всех участников (полных товарищей). Порядок распоряжения имуществом хозяйственных обществ и производственных кооперативов определяется их учредительными документами — уставами и (или) учредительными договорами. Соответствующими полномочиями наделяются общие собрания участников (членов) обществ, исполнительные органы (коллегиальные и (или) единоличные), иные органы управления. Любое государственное и муниципальное унитарное предприятие не может продавать принадле-

жащее ему недвижимое имущество, сдавать его в аренду, отдавать в залог, вносить в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ или товариществ или иным способом распоряжаться этим имуществом без согласия собственника имущества. Остальным имуществом (движимым), принадлежащим предприятию на праве хозяйственного ведения, оно, как правило, распоряжается самостоятельно. Казенные же предприятия вправе распоряжаться лишь с согласия собственника любым имуществом, а не только недвижимым.

В-третьих, организационно-правовая форма четко определяет, каким имуществом отвечает юридическое лицо по своим обязательствам. Установлено общее правило, что юридические лица, кроме финансируемых собственником учреждений, отвечают по обязательствам всем принадлежащим им имуществом. Участники (полные товарищи) хозяйственных товариществ, кроме того, несут ответственность по обязательствам товарищества своим собственным имуществом. В отношении хозяйственных обществ, унитарных предприятий законодательством особо подчеркнута роль уставного капитала (фонда), который определяет минимальный размер имущества, гарантирующего интересы их кредиторов. Нижний предел уставного капитала устанавливается законом.

В соответствии с Федеральным законом «Об акционерных обществах» минимальный уставный капитал открытого акционерного общества должен составлять не менее 1000-кратной, а закрытого общества — не менее 100-кратной суммы минимального размера оплаты труда (ст. 26). Если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых активов общества окажется меньше уставного капитала, общество обязано объявить и зарегистрировать в установленном порядке уменьшение своего уставного капитала. Если стоимость указанных активов становится меньше определенного законом минимального размера уставного капитала, общество подлежит ликвидации. Высказано мнение, что деление акционерных обществ на открытые и закрытые ныне изжило себя. Считается, что закрытые акционерные общества не проявляют активности на фондовом рынке, как особая форма не стимулируют инвестиции в экономику. Предлагается преобразовать их в открытые акционерные общества или общества с ограниченной ответственностью.

У обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, согласно упоминавшемуся выше Федеральному закону, уставный капитал не может быть менее 100 минимальных размеров оплаты труда. В соответствии с Федеральным законом «О государственных и муниципальных предприятиях» уставным фондом государственного или муниципального предприятия определяется минимальный размер имущества, гарантирующего интересы кредиторов такого предприятия. Уставный фонд может формироваться за счет денег, а также ценных бумаг, других вещей, имущественных прав и иных прав, имеющих денежную оценку. Размер уставного фонда государственного предприятия должен составлять не менее чем 5000, а муниципального предприятия — не менее чем 1000 минимальных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом на дату государственной регистрации предприятия. В казенном предприятии уставный фонд не формируется.

Законодатель ставит в зависимость от размера уставного капитала не только организационно-правовую форму предпринимательской организации, но иногда и ее производственные возможности. Так, Федеральным законом от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» установлено, что производить этиловый спирт имеют право только предприятия, уставный капитал которых составляет не менее 10 млн руб., а водку — с уставным капиталом не менее 50 млн руб.¹

3. Знание организационных и правовых признаков, определяющих форму юридических лиц, позволяет компетентно ориентироваться во всем многообразии участников экономических, предпринимательских отношений. С помощью указанных признаков можно независимо от конкретной экономической деятельности юридических лиц четко определять особенности их правовых возможностей, обязанностей и юридической ответственности, по присущим им общим параметрам сравнивать различные юридические лица между собой и на основе всего этого делать обоснованные практические выводы. Например, граждане, сами участники экономических, предприниматель-

¹ СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

ских отношений могут, таким образом, в зависимости от преследуемых целей выбирать себе более надежных деловых партнеров, а органы государственной власти и органы местного самоуправления — действеннее осуществлять контроль за соблюдением законодательства юридическими лицами различных организационно-правовых форм, эффективнее налаживать взаимодействие с ними. Если организационно-правовая форма перестает удовлетворять интересам юридического лица, то это не влечет необходимости ликвидации такого лица и образования нового. Избранная при создании юридического лица организационно-правовая форма в дальнейшем может быть изменена путем его реорганизации.

§ 3. Порядок учреждения, реорганизации и ликвидации предпринимательских организаций

1. Создание предпринимательской организации состоит из двух стадий. *Первая* — подготовительная. Она для будущих предпринимателей, пожалуй, самая ответственная и сложная. На этой стадии разрабатывается локальная нормативная модель предпринимательства, воплощаемая в учредительных документах — уставе и (или) учредительном договоре. Именно на их основе будет действовать юридическое лицо, заниматься предпринимательством. *Вторая стадия* — государственная регистрация. Учреждение предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, ограничивается второй стадией — государственной регистрацией.

Обе стадии взаимосвязаны. Быстрота прохождения второй стадии, возникновение или отсутствие на ней конфликтов с государственными служащими, проводящими регистрацию, определяются качеством подготовительной работы, проделанной на первой стадии. Поэтому, задумывая заняться предпринимательством путем создания юридического лица или в индивидуальном порядке, полезно ознакомиться с Методическими разъяснениями по порядку заполнения форм документов, используемых при государственной регистрации соответственно юридического лица или физического лица в качестве индивидуального предпринимателя, утвержденными приказом Федеральной налоговой службы от 1 ноября 2004 г. № САЭ-3-09/16@'.

Учредительный договор юридического лица заключается, а устав утверждается его учредителями (участниками). Если юридическое лицо создается одним учредителем, то оно действует на основе устава, утверждаемого этим учредителем. В п. 2 ст. 52 ГК РФ сформулированы общие требования к сведениям, включаемым во все учредительные документы — и в договор, и в устав. В указанных документах должны определяться наименование юридического лица, место его нахождения, порядок управления деятельностью юридического лица, а также содержаться другие сведения, предусмотренные законом для юридических лиц соответствующего вида. В учредительных документах некоммерческих организаций и унитарных предприятий, а в предусмотренных законом случаях и некоторых других коммерческих организаций должны быть определены предмет и цели деятельности юридического лица. Предмет и цели деятельности коммерческой организации могут быть определены учредительными документами и в случаях, когда по закону это не является обязательным. В учредительном договоре учредители обязуются создать юридическое лицо, определяют порядок совместной деятельности по его созданию, условия передачи ему своего имущества и участия в его деятельности. Договором определяются также условия и порядок распределения между участниками прибыли и убытков, управления деятельностью юридического лица, выхода учредителей (участников) из его состава.

2. Какие же конкретно учредительные документы нужны для создания той или иной организационно-правовой формы предпринимательства? Коммерческие организации по критерию учредительных документов, необходимых для их образования, подразделяются на три группы.

В *первую группу* входят хозяйственные товарищества. Для их создания достаточно одного документа — учредительного договора, который подписывается всеми участниками товарищества (полными товарищами). Участники — вкладчики (коммандитисты) товарищества на вере учредительный договор не подписывают.

В содержании учредительного договора полного товарищества и товарищества на вере есть некоторые различия. Общее у обоих договоров то, что они должны содержать помимо сведений, указанных в п. 2 ст. 52 ГК РФ, условия о размере и составе складочного капитала товарищества; размере и порядке из-

менения долей каждого из участников полных товариществ в складочном капитале; размере, составе, сроках и порядке внесения ими вкладов; их ответственности за нарушение обязанностей по внесению вкладов. Учредительный договор товариществ на вере кроме перечисленных содержит еще сведения о совокупном размере вкладов, вносимых вкладчиком.

Во *вторую группу* входят общества с ограниченной ответственностью и общества с дополнительной ответственностью, для создания которых необходимо подготовить два документа: учредительный договор, который подписывается всеми его учредителями, и утвержденный ими же устав. Если общество учреждается одним лицом, его учредительным документом является устав. Учредительные документы общества с ограниченной и дополнительной ответственностью должны содержать помимо сведений, указанных в п. 2 ст. 52 ГК РФ, условия о размере уставного капитала общества; размере долей каждого из участников; размере, составе, сроках и порядке внесения ими вкладов; ответственности участников за нарушение обязанностей по внесению вкладов; составе и компетенции органов управления обществом и порядке принятия ими решений, в том числе о вопросах, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов, а также иные сведения, предусмотренные Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью».

В *третью группу* коммерческих организаций входят акционерные общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные предприятия. У них основной учредительный документ — устав. Устав акционерного общества утверждается его учредителями и должен содержать следующие сведения: полное и сокращенное фирменные наименования общества; место нахождения общества; тип общества (открытое или закрытое); количество, номинальная стоимость, категории (обыкновенные, привилегированные) акций и типы привилегированных акций, размещаемых обществом; права акционеров — владельцев акций каждой категории (типа); размер уставного капитала общества; структура и компетенция органов управления общества и порядок принятия ими решений; порядок подготовки и проведения общего собрания акционеров, в том числе перечень вопросов, решение по которым принимается органами управления общества квалифицированным большинством голосов или единогласно; сведения о филиалах и

представительства общества; иные положения, предусмотренные Федеральным законом «Об акционерных обществах». Уставом могут быть, например, установлены ограничения количества акций, принадлежащих одному акционеру, и их суммарной номинальной стоимости, а также максимального числа голосов, предоставляемых одному акционеру.

Учредители акционерного общества заключают между собой письменный договор о создании общества, являющийся разновидностью договора о совместной деятельности (см. ст. 1041 ГК РФ). Он определяет порядок осуществления ими совместной деятельности по учреждению общества, размер уставного капитала общества, категории и типы акций, подлежащих размещению среди учредителей, размер и порядок их оплаты, права и обязанности учредителей по созданию общества. Договор о создании общества не является учредительным документом общества.

Акционерное общество может быть создано одним лицом или состоять из одного лица в случае приобретения одним акционером всех акций общества. Сведения об этом должны содержаться в уставе общества, быть зарегистрированы и опубликованы в печати. Акционерное общество не может иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица. Особенности создания акционерных обществ при приватизации государственных и муниципальных предприятий определяются законами и иными правовыми актами о приватизации этих предприятий.

Устав производственного кооператива, утверждаемый общим собранием его членов, должен содержать помимо сведений, указанных в п. 2 ст. 52 ГК РФ, условия о размере паевых взносов членов кооператива; составе и порядке внесения паевых взносов членами кооператива и их ответственности за нарушение обязательства по внесению паевых взносов; характере и порядке трудового участия членов кооператива в его деятельности и их ответственности за нарушение обязательства по личному трудовому участию; порядке распределения прибыли и убытков кооператива; размере и условиях субсидиарной ответственности его членов по долгам кооператива; составе и компетенции органов управления кооперативом и порядке принятия ими решений, в том числе о вопросах, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным

большинством голосов. Число членов кооператива не должно быть менее пяти.

Устав унитарного предприятия утверждается уполномоченными на то государственным органом или органом местного самоуправления. Эти уставы должны содержать помимо сведений, указанных в п. 2 ст. 52 ГК РФ, сведения о предмете, целях и видах деятельности предприятия, сведения об органе или органах, осуществляющих полномочия собственника имущества унитарного предприятия; наименование органа унитарного предприятия (руководитель, директор, генеральный директор); порядок назначения на должность руководителя унитарного предприятия, а также порядок заключения с ним, изменения и прекращения трудового договора в соответствии с трудовым законодательством и иными содержащими нормы трудового права нормативными правовыми актами; перечень фондов, создаваемых унитарным предприятием, размеры, порядок формирования и использования этих фондов и др. Устав казенного предприятия, кроме того, должен содержать сведения о порядке распределения и использования доходов казенного предприятия. (Подробнее см. ст. 9 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях».)

Приказом Минэкономразвития России от 25 августа 2005 г. № 205 утвержден Примерный устав федерального государственного унитарного предприятия, основанного на праве хозяйственного ведения¹.

3. Единообразнее решается вопрос об учредительных документах некоммерческих организаций. У всех этих организаций учредительным документом является устав, но некоторые из них должны иметь и другие учредительные документы. В случаях, предусмотренных законом, некоммерческая организация может действовать на основании общего положения об организациях данного вида. К ним, например, относятся средние специальные учебные заведения².

¹ Российская газета. 2005. 7 окт.

² См.: Постановление Правительства РФ от 3 марта 2001 г. № 160 «Об утверждении Типового положения об образовательном учреждении среднего профессионального образования (среднем специальном учебном заведении)» // СЗ РФ. 2001. № 11. Ст. 1034; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 31 марта 2003 г. № 175 // СЗ РФ. 2003. № 14. Ст. 1276.

Среди некоммерческих организаций особняком стоят потребительские кооперативы. Это единственный вид некоммерческих организаций, на который не распространяется действие Федерального закона «О некоммерческих организациях». Устав потребительского кооператива должен содержать помимо сведений, указанных в п. 2 ст. 52 ГК РФ, условия о размере паевых взносов членов кооператива; составе и порядке внесения паевых взносов членами кооператива и об их ответственности за нарушение обязательства по внесению паевых взносов; о составе и компетенции органов управления кооперативом и порядке принятия ими решений, в том числе о взносах, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов; о порядке покрытия членами кооператива понесенных им убытков.

Учредительными документами других некоммерческих организаций являются: устав, утвержденный учредителями (участниками), — для общественной или религиозной организации (объединения), фонда, некоммерческого партнерства и автономной некоммерческой организации (учредители (участники) некоммерческих партнерств, а также автономных некоммерческих организаций вправе заключить учредительный договор); учредительный договор, заключенный их членами, и устав, утвержденный ими, — для ассоциации или союза; решение собственника о создании учреждения и устав, утвержденный собственником, — для учреждения.

Требования учредительных документов некоммерческой организации обязательны для исполнения самой некоммерческой организацией, ее учредителями (участниками). В учредительных документах некоммерческой организации должны определяться наименование некоммерческой организации, содержащее указание на характер ее деятельности и организационно-правовую форму; место нахождения некоммерческой организации, порядок управления деятельностью; предмет и цели деятельности; сведения о филиалах и представительствах, права и обязанности членов; условия и порядок приема в члены некоммерческой организации и выхода из нее (в случае, если некоммерческая организация имеет членство); источники формирования имущества некоммерческой организации, порядок внесения изменений в учредительные документы; порядок использования имущества в случае ликвидации некоммерческой организации и иные положения, предусмотренные федеральными зако-

нами. Учредительные документы некоммерческой организации могут содержать и иные не противоречащие законодательству положения.

4. Таким образом, все коммерческие и некоммерческие организации, кроме хозяйственных товариществ (а их создание — большая редкость), действуют на основе устава. Поэтому на примере устава и рассмотрим более предметно структуру и содержание учредительных документов.

I. Первый вопрос, который надлежит решить и отразить в уставе, создавая предпринимательскую организацию, — ее *организационно-правовая форма*. Исходить при выборе целесообразно из перспектив предпринимательской деятельности. Нужно определить такую форму, которая бы одновременно отвечала задумкам и материально-финансовым возможностям лиц, создающих предпринимательскую организацию; не препятствовала развертыванию, расширению предпринимательства и не вынуждала по этой причине прибегать к изменению устава; была как хозяйствующий субъект привлекательной на рынке соответствующих товаров, работ и услуг. Например, сейчас широкое распространение получили общества с ограниченной ответственностью.

Между тем при выборе между обществом с ограниченной ответственностью и обществом с дополнительной ответственностью лучше учреждать последнее, ибо потенциальные партнеры вновь образуемой предпринимательской организации постараются устанавливать деловые контакты, при прочих равных условиях, с обществом не с ограниченной, а с дополнительной ответственностью как более надежно гарантирующим их интересы.

Хозяйственное товарищество предпочтительнее учреждать в форме товарищества на вере, ибо ему имманентны широкие возможности для привлечения «постороннего» капитала, которых нет у полного товарищества.

Прогнозируя при создании акционерного общества увеличение объемов экономической, предпринимательской деятельности, целесообразнее сразу создавать открытое акционерное общество, число акционеров которого не ограничено. Число же акционеров закрытого общества не должно превышать 50. В случае, если их число превысит данный предел, закрытое акционерное общество в течение одного года должно преобразоваться в открытое. Если этого сделано не будет, а число акционеров не уменьшится до установленного законом предела, общество подлежит ликвидации в судебном порядке.

II. *Наименование предпринимательской организации.* В особом внимании нуждаются коммерческие организации, которые должны иметь фирменные наименования. Обязательные составляющие их наименований определяются законодательством. Например, фирменное наименование товарищества на вере должно содержать либо имена (наименования) всех полных товарищей и слова «товарищество на вере» или «коммандитное товарищество», либо имя (наименование) не менее чем одного полного товарища с добавлением слов «и компания» и «товарищество на вере» или «коммандитное товарищество». Если в фирменное наименование товарищества на вере включено имя вкладчика, такой вкладчик становится полным товарищем.

При отработке формулировки наименования коммерческой организации полезными могут оказаться следующие три положения. Во-первых, надо стараться в наименование включить момент рекламы, с тем чтобы оно было эстетичным, звучным, легко запоминающимся и в кратчайшем словосочетании передавало суть предпринимательской деятельности данной организации. Во-вторых, наименование должно быть оригинальным, не повторять уже кем-то придуманное, освоенное и ставшее объектом интеллектуальной собственности. Согласно п. 4 ст. 54 ГК РФ юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право на его использование. Лицо, неправомерно использующее уже зарегистрированное фирменное название, по требованию обладателя права на фирменное наименование обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки. В-третьих, Правительство РФ 7 декабря 1996 г. приняло постановление № 1463, которым установлено, что в названиях организаций (за исключением политических партий, профессиональных союзов, религиозных объединений, имеющих статус общероссийских) названия «Россия», «Российская Федерация», слово «федеральный» и образованные на их основе слова и словосочетания применяются в соответствии с актами Президента РФ, Правительства РФ, а в иных случаях — с разрешения специальной Правительственной комиссии¹.

¹ СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5861; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 26 июля 2004 г. № 380 // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3268.

Ежедневно в России регистрируется более 1500 юридических лиц, и придумать каждому из них оригинальное наименование не просто. Действовали, например, ООО «МВД РФ», «ФСБ» и т. п., что способно создать извращенное представление об этих органах. Внесено предложение принять особый федеральный закон о фирменных наименованиях.

III. *Место нахождения предпринимательской организации.* Формально здесь все просто: по общему правилу оно определяется местом государственной регистрации организации — юридического лица (п. 2 ст. 54 ГК РФ). Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹ (далее также — Закон о государственной регистрации) уточнил эту норму, установив, что государственная регистрация проводится по месту нахождения постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа — по месту нахождения иного органа или лица, имеющего право действовать от имени юридического лица без доверенности.

В первые годы развития рыночных отношений никаких препятствий со стороны государственных структур по поводу места нахождения предпринимательских организаций не чинилось. Часто своим адресом они называли квартиры, номера в гостиницах и иные жилые помещения. Это находилось в явном противоречии с жилищным законодательством, коренной принцип которого состоит в том, что жилые помещения предназначены для проживания граждан. Размещение собственником в принадлежащем ему жилом помещении предприятий, учреждений, организаций допускается только после перевода такого помещения в нежилое.

Деловая активность предпринимателей непосредственно в жилом секторе, рядом с гражданами — нанимателями, арендаторами и собственниками соседних квартир вызвала многочисленные жалобы и нарекания со стороны последних. Как следствие, вводились запреты на размещение предпринимательских контор в жилых помещениях. Установленный запрет породил другое крайне отрицательное явление. Иногда один и тот же

¹ СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3431; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 июля 2005 г. № 83-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 27. Ст. 2722.

адрес оказывается у многих сотен и даже тысяч предпринимательских организаций (например, в Москве в одной из комнат дома по проспекту Вернадского на 1 апреля 1997 г. было зарегистрировано 4658 организаций), что является ненормальным и требует адекватной реакции властей. Поэтому в качестве адреса надлежит указывать помещение, которое было бы нежилым и не обремененным адресами других предпринимательских организаций.

В ряде мест, в том числе и в Москве, допущены послабления, в частности, субъектам малого предпринимательства. Они могут быть зарегистрированы по домашнему адресу гражданина — одного из учредителей юридического лица или индивидуального предпринимателя. Само собой разумеется, подобное жилое помещение не может использоваться для производственной деятельности, кроме определенных (чистых, «тихих») форм надомного труда.

IV. В уставе обязательно указываются *филиалы и представительства*. Общее у них то, что они являются обособленными подразделениями предпринимательской организации, расположенными вне места ее нахождения; наделяются имуществом создавшей их предпринимательской организацией и действуют на основании утвержденных ею положений; их руководители назначаются предпринимательской организацией и действуют на основании ее доверенности. В функции представительства входит представление интересов предпринимательской организации и защита ее интересов. Филиал же осуществляет все функции предпринимательской организации или их часть, в том числе функции представительства.

V. *Цели и задачи предпринимательской организации*. В этом разделе устава фиксируется правоспособность организации, о чем подробно сказано при изложении первого вопроса данной темы.

VI. *Имущество предпринимательской организации*. Конкретное содержание данного раздела полностью детерминировано организационно-правовой формой создаваемой предпринимательской структуры. Исчерпывающая имущественная характеристика каждой из организационно-правовых форм дается в гл. 4 ГК РФ и федеральных законах о соответствующих предпринимательских организациях. При подготовке раздела следует обратить внимание на три следующих обстоятельства:

1) учет специфики правомочий учредителей по участию в образовании имущества предпринимательской организации и последующих претензий на него. Учредители (участники) предпринимательской организации могут:

иметь обязательственные права в отношении этой организации. Таков статус хозяйственных товариществ и обществ, производственных и потребительских кооперативов;

иметь право собственности или иное вещное право на имущество. К таким организациям относятся государственные и муниципальные унитарные предприятия, в том числе дочерние предприятия, а также финансируемые собственником учреждения;

не иметь никаких имущественных прав — ни обязательственных, ни вещных. Таково правовое положение общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов, объединений юридических лиц (ассоциаций и союзов);

2) четкое формулирование фиксируемых в уставе правовых форм имущества (уставный капитал и складочный капитал и т. д.). Особого внимания заслуживает фиксация стоимости этого имущества. Так, к числу наиболее острых проблем, препятствующих эффективному функционированию акционерных обществ, относится низкий размер их уставного капитала;

3) возведение непреодолимых барьеров использованию создаваемой предпринимательской организации для легализации (отмывания) денежных средств или иного имущества, приобретенных незаконным путем. Статья 174 УК РФ ввела строгий запрет на совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом, заведомо приобретенными другими лицами преступным путем, в целях придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами или иным имуществом. За нарушение запрета предусмотрена уголовная ответственность в виде лишения свободы на срок до семи лет и штрафа в размере до 80 тыс. руб.

VII. Управление предпринимательской организацией. Важность этого раздела определяется тем, что от управления в решающей степени зависят конечные результаты деятельности хозяйствующего субъекта. Структуру управления учредители определяют и фиксируют в уставе самостоятельно. Именно через свои органы управления предпринимательская организация приоб-

ретаает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности. Порядок назначения или избрания органов управления устанавливается законом и учредительными документами. Само управление надо строить на демократических началах, предусматривать возможно более широкое участие учредителей (участников) и других заинтересованных лиц в делах предпринимательской организации. «Демократический минимум» в управлении предпринимательскими организациями отдельных организационно-правовых форм установлен в ГК РФ, других федеральных законах. Его и необходимо «привязать», уточнить применительно к конкретным условиям создаваемой организации. При этом целесообразно обратить внимание на следующие положения:

а) главенствующая роль здесь принадлежит высшему органу управления юридического лица — общему собранию его учредителей (участников). Законодательством установлены важные правовые гарантии прав последних на участие в управлении. В каждом федеральном законе, посвященном конкретной организационно-правовой форме юридических лиц, содержатся специальные главы или статьи об общих собраниях. В них включены императивные нормы с перечислением вопросов — десятка и более, отнесенных к компетенции общего собрания. Их и надлежит перенести в устав соответствующего юридического лица.

Однако при этом следует иметь в виду, что в различных федеральных законах возможная исключительная компетенция общего собрания очерчивается по-разному. В одних случаях приводится лишь минимальный перечень вопросов, решения по которым правомочно принимать общее собрание. Уставом же к исключительной компетенции общего собрания могут быть добавлены и иные вопросы деятельности юридического лица. Таковы, например, ст. 15 Федерального закона от 8 мая 1996 г. «О производственных кооперативах» и ст. 20 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. «О сельскохозяйственной кооперации».

В других случаях полномочия общего собрания уставами Юридических лиц не могут быть расширены — перечень вопросов его исключительной компетенции исчерпывающе дан в самом федеральном законе. Так, ст. 33 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью» установила: компетенция общего собрания участников

общества определяется уставом общества в соответствии с этим Федеральным законом.

При разработке уставов необходимо учитывать и то, что по мере развития предпринимательской деятельности тех или иных организационно-правовых форм юридических лиц позиция законодателя об исключительной компетенции общего собрания может меняться. Например, Федеральным законом от 7 августа 2001 г. № 120-ФЗ¹ значительно изменена прежняя редакция ст. 48 «Компетенция общего собрания акционеров» Федерального закона от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах». Теперь запрещено занижать в уставе кворум, необходимый для принятия решения общим собранием, четко оговорены порядок и сроки проведения собрания, информирования о нем акционеров, предоставления им необходимых материалов.

Кстати, в Федеральном законе «Об акционерных обществах» закреплены правила, более точно разграничивающие компетенцию органов управления общества: вопросы, отнесенные к компетенции общего собрания акционеров, не могут решаться исполнительным органом общества; общее собрание не вправе рассматривать и принимать решения по вопросам, не отнесенным к его компетенции;

б) должен быть решен вопрос о составе, статусе и компетенции лиц, наделяемых управленческими функциями, т. е. тех, кто в создаваемой организации будет выполнять организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности. Филигранная отточенность формулировок важна здесь потому, что согласно ст. 201 УК РФ за использование такими лицами своих полномочий вопреки законным интересам коммерческой или иной организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства, установлена уголовная ответственность. Уголовную ответственность они несут и за коммерческий подкуп, суть которого — в незаконном получении ими денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно в незаконном пользовании услугами имущественного характера за совершение действий

СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3423.

(бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этими лицами служебным положением. За такие деяния предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет.

Лица, которые в силу закона или учредительных документов выступают от имени предпринимательской организации в рыночных или иных отношениях, являются субъектами гражданско-правовой ответственности. Они должны действовать в интересах представляемой организации добросовестно и разумно. В случае причинения таким лицом убытков предпринимательской организации оно обязано по требованию ее учредителей (участников) возместить их. И надо, чтобы в уставе совершенно недвусмысленно было зафиксировано, какие лица выполняют организационно-распорядительные и административно-хозяйственные обязанности в предпринимательской организации и выступают от ее имени.

В особой тщательности нуждается проработка статуса руководителя, от которого в первую очередь зависят успехи или провалы в предпринимательстве. На современном этапе экономических реформ особенно актуально через посредство уставов обеспечить повышение ответственности руководителей за принимаемые управленческие решения, сохранность и эффективное использование имущества предпринимательской организации, финансово-хозяйственные результаты ее деятельности. Ошибку допускают те учредители, которые никак не ограничивают полномочия руководителя, тем самым позволяя ему выступать от имени создаваемой организации по всем вопросам предпринимательской деятельности. В результате они подчас оказываются «у разбитого корыта». Заслуживает заимствования опыт, когда устав предпринимательской организации на единоличное усмотрение руководителя передает совершение лишь незначительных сделок, например заключение договоров купли-продажи, получение кредитов в банке на сумму до 10% уставного капитала (фонда, складочного капитала). Более крупные предпринимательские операции в зависимости от их суммы совершаются по решению коллективных органов управления предпринимательской организации — правления, совета директоров, общего собрания и т. п.;

в) ТК РФ подтвердил общее правило, что работник может быть уволен по инициативе работодателя лишь по основаниям, предусмотренным Кодексом или другими федеральными зако-

нами с неопровержимым обоснованием конкретных мотивов увольнения. С руководителем же организации, в том числе предпринимательской, кроме того, в соответствии с п. 2 ст. 278 ТК РФ трудовой договор может быть расторгнут в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о прекращении трудового договора. Ранее во втором абзаце п. 4 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» было закреплено право общего собрания акционерного общества (совета директоров или наблюдательного совета), в случае если образование исполнительных органов отнесено уставом общества к его компетенции, в любое время принять решение о досрочном прекращении полномочий единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора), членов коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) и об образовании новых исполнительных органов.

Применение обеих приведенных норм вызвало многочисленные жалобы со ссылкой на их неконституционность (нарушение прав работников и т. п.). Конституционный Суд РФ постановлением от 15 марта 2005 г. № 3-П признал обе нормы соответствующими Конституции РФ¹. Надо лишь, чтобы при их применении были соблюдены два условия: во-первых, расторжение трудового договора не является мерой юридической ответственности; во-вторых, увольняемому выплачивается справедливая компенсация, размер которой определяется трудовым договором, т. е. по соглашению сторон, а в случае спора — решением суда. Во избежание недоразумений в устав надлежит вносить норму, устанавливающую лицо, правомочное принимать немотивированное решение о расторжении трудового договора с руководителем, и размер выплачиваемой ему при этом компенсации;

г) в устав надлежит также включить нормы (правила) о порядке принятия решений коллективными органами, например выделить решения, для принятия которых требуется единогласное волеизъявление, квалифицированное или простое большинство голосов. Эти нормы также в большей или меньшей мере находят отражение в соответствующих федеральных законах. Так, Федеральным законом от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ

«Об инвестиционных фондах»¹ установлено, что решение общего собрания акционеров акционерного инвестиционного фонда может быть принято путем проведения заочного голосования по любым вопросам, относящимся к компетенции общего собрания акционеров фонда.

Однако не всегда такие нормы бывают достаточно ясными и полными, что подчас влечет неадекватное их толкование. Скажем, в последние годы по России прошла волна судебных процессов, когда отдельные граждане (как правило, подставные лица), обладая даже одной-единственной акцией из многих десятков тысяч, добивались под предлогом нарушения их прав запрета на проведение общих собраний акционеров, в результате чего дезорганизовывалась предпринимательская деятельность акционерных обществ и наносились им громадные убытки. В этой связи Пленум Верховного Суда РФ 10 октября 2001 г. принял постановление № 12 «О вопросе, возникшем при применении Федерального закона «Об акционерных обществах»², в котором разъяснил: при рассмотрении дел об обжаловании решений органов управления акционерного общества судья или суд не вправе запрещать проведение общего собрания акционеров, поскольку это противоречит ст. 31 Конституции РФ, гарантирующей гражданам Российской Федерации право собираться мирно, без оружия, проводить собрания и демонстрации, шествия и пикетирования, а также нарушает право акционеров, не обжалующих решения органов управления акционерного общества, на участие в общем собрании акционеров, предоставленное им Федеральным законом «Об акционерных обществах» (ст. 31, 32);

д) следует решить вопрос об участии в управлении предпринимательской организацией работников, т. е. граждан, которые работают в ней на основании трудовых договоров. ТК РФ участие работников, их представителей в управлении организацией отнес к основным принципам правового регулирования трудовых отношений, расценил в качестве одной из форм социального партнерства (см. гл. 1—8 и др.). В уставе общие нормы ТК РФ необходимо с учетом особенностей создаваемой пред-

¹ СЗ РФ. 2001. №49. Ст. 4562; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 15 апреля 2006 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 17. Ч. I. Ст. 1780.

² БВС РФ. 2001. № 12.

принимательской организации наполнить конкретным содержанием, обеспечивающим реальное участие работников в управлении ею, защиту их прав.

На ужесточение ответственности предпринимателей за нарушение законов о труде и об охране труда прямо направлен ряд статей КоАП РФ. За чинение препятствий заключению и исполнению соглашений, коллективного договора и т. п. административные правонарушения предусмотрены наложение судьями на должностное лицо — работодателя или лицо, его представляющее, административного штрафа в зависимости от конкретного состава правонарушения в размере до 50 минимальных размеров оплаты труда и дисквалификация на срок до трех лет (ст. 5.27–5.35 КоАП РФ);

е) в уставе надлежит отобразить два аспекта контроля за деятельностью предпринимательской организации. Первый — внутренний контроль. Его проведение возлагается на ревизионную комиссию или иное лицо. Правительство РФ постановлением от 8 января 2003 г. № 6¹ установило, что правила внутреннего контроля в организациях, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, утверждаются руководителями организаций в течение одного месяца: для создаваемых организаций — со дня их государственной регистрации в установленном порядке; для иных организаций — со дня вступления в силу указанного постановления.

Второй аспект — внешний контроль. В уставе полезно определить механизм осуществления периодических аудиторских проверок. При разработке этого раздела следует ознакомиться с Федеральным законом от 7 августа 2001 г. № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельности»², регулирующим проведение независимой проверки бухгалтерского учета и финансовой (бухгалтерской) отчетности организаций и индивидуальных предпринимателей. Ежегодная обязательная аудиторская проверка осуществляется в случаях, если:

1) организация имеет организационно-правовую форму открытого акционерного общества;

¹ СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 188.

² СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3422; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

2) организация является кредитной организацией, бюро кредитных историй, страховой организацией или обществом взаимного страхования, товарной или фондовой биржей, инвестиционным фондом, государственным внебюджетным фондом, источником образования средств которого являются предусмотренные законодательством Российской Федерации обязательные отчисления, производимые физическими и юридическими лицами, фондом, источниками образования средств которого являются добровольные отчисления физических и юридических лиц;

3) объем выручки организации или индивидуального предпринимателя от реализации продукции (выполнения работ, оказания услуг) за один год превышает в 500 тыс. раз установленный законодательством Российской Федерации минимальный размер оплаты труда или сумма активов баланса превышает на конец отчетного года в 200 тыс. раз установленный законодательством Российской Федерации минимальный размер оплаты труда;

4) организация является государственным унитарным предприятием, муниципальным унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения, если финансовые показатели его деятельности соответствуют указанным в п. 3. Для муниципальных унитарных предприятий законом субъекта Российской Федерации финансовые показатели могут быть понижены;

5) обязательный аудит в отношении этих организаций или индивидуальных предпринимателей предусмотрен федеральным законом.

Выбор конкретного аудитора и оплату оказываемых им услуг осуществляет на коммерческой основе сам хозяйствующий субъект в рамках гражданско-правового договора. Однако следует иметь в виду постановление Конституционного Суда РФ от 1 апреля 2003 г. № 4-П по делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 7 Федерального закона «Об аудиторской деятельности». Конституционный Суд постановил; признать положение, согласно которому обязательный аудит проводится аудиторскими организациями (а не индивидуальными аудиторами), не противоречащим Конституции Российской Федерации¹.

VIII. *Условия образования и использования фондов.* Фонды подразделяются на две группы. Первая объединяет фонды, на-

¹ Российская газета. 2003. 9 апр.

личие которых является обязательным для предпринимательских организаций определенных организационно-правовых форм. Например, федеральные законы от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации», от 7 августа 2001 г. № 117-ФЗ «О кредитных потребительских кооперативах граждан», к таковым отнесли резервный фонд. Обязанность формирования этого фонда непременно подлежит включению в уставы соответствующих кооперативов. Вторая группа — инициативные фонды. Образовывать их или нет, решают те, кто создает предпринимательскую организацию. Практика действующих предпринимательских структур свидетельствует о том, что создателям стоит обсудить вопрос о целесообразности образования таких фондов, как амортизационный, расширенного воспроизводства (инвестиций), страховой, материального поощрения, научно-технического прогресса (инноваций), пожертвований.

Все названные фонды, кроме двух последних, **традиционны** и не нуждаются в комментариях. На важность интеграции науки и производства обратил внимание Президент РФ в Послании 2002 г.: «Наша экономика пока недостаточно восприимчива... к достижениям научно-технического прогресса. Значительная часть предприятий практически не вкладывает средств ни в создание новых технологий, ни в модернизацию старых». Выделение финансирования инноваций в структуре фондов послужит реализации этой политической установки. Принято решение Правительства РФ о создании федерального фонда поддержки высоких технологий — ОАО «Российская венчурная компания» для финансирования научных исследований, технических и технологических инноваций, что будет способствовать развитию наукоемких производств. В устав компании государство вносит 15 млрд руб.

Фонд пожертвований — дело новое, его иногда называют нерусским вычурным словом «спонсорский», чего надо избегать. Пожертвования ныне официально узаконены как разновидность договора дарения. При образовании этого фонда надо исходить из того, что предпринимательские организации могут делать пожертвования всем субъектам гражданского права: государству, гражданам, лечебным, воспитательным учреждениям, учреждениям социальной защиты и аналогичным учреждениям, благотворительным, научным и **учебным** учреждениям, фондам, музеям и другим учреждениям **культуры**, обществен-

ным и религиозным организациям. На принятие пожертвования не требуется чьего-либо разрешения или согласия. Пожертвование имущества гражданину должно быть, а юридическим лицам — может быть обусловлено жертвователем использованием этого имущества по определенному назначению. Юридическое лицо, принимающее пожертвование, для использования которого установлено определенное назначение, должно вести обособленный учет всех операций по использованию пожертвованного имущества. Если использование пожертвованного имущества в соответствии с указанным жертвователем назначением становится вследствие изменившихся обстоятельств невозможным, оно может быть использовано по другому назначению лишь с согласия жертвователя, а в случае ликвидации юридического лица — жертвователя — по решению суда. Использование пожертвованного имущества не в соответствии с указанным жертвователем назначением дает право последнему требовать отмены пожертвования.

Федеральные государственные унитарные предприятия *обязаны* создавать резервный фонд, используемый исключительно на покрытие убытков предприятия, и *имеют право* из чистой прибыли наряду с другими образовывать фонды: социальный, жилищный, материального поощрения, используемые соответственно на решение вопросов укрепления здоровья работников предприятия, на приобретение и строительство жилья для работников, нуждающихся в улучшении жилищных условий, на материальное поощрение работников.

IX. Условия и порядок распределения прибыли и убытков. Нередко в уставах встречаются записи, что это распределение осуществляется в соответствии с действующим законодательством. Столь неопределенных правил вносить в устав не надо, а следует установить четкие критерии того и другого. В частности, при распределении прибыли целесообразно руководствоваться одновременно двумя показателями: доля, пай или иной объем имущества, приходящийся на учредителя (участника) предпринимательской организации в общей массе ее имущества; коэффициент трудового участия в предпринимательской организации тех организационно-правовых форм, которые предполагают личное трудовое участие в предпринимательской деятельности их учредителей (участников).

X. Реорганизация и ликвидация предпринимательской организации. О них подробно речь пойдет ниже, и внимательный чи-

татель сам делает вывод о том, как важно обстоятельно предусмотреть в уставе обе процедуры прекращения деятельности предпринимательской организации и насколько неверны поверхностные формулировки в уставах, как и в предыдущем случае, ограничивающиеся отсылкой к действующему законодательству.

5. С 1 января 2004 г. действуют новые процедуры государственной регистрации индивидуальных предпринимателей, введенные Федеральным законом от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц»¹. Им же изменено само название последнего, которое сейчас звучит так: «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». Новизна состоит в следующем.

1. Регистрацию физических лиц в качестве индивидуального предпринимателя производит по месту их жительства тот же регистрирующий орган, что и юридических лиц (см. ниже п. 6).

2. Увеличено число документов, представляемых физическим лицом в регистрирующий орган (ст. 22'). При этом верность копии документа, представляемой при указанной государственной регистрации, должна быть засвидетельствована в нотариальном порядке, за исключением случая, если заявитель представляет ее в регистрирующий орган непосредственно и предъявляет одновременно для подтверждения верности такой копии соответствующий документ в подлиннике.

3. Регистрация проводится в те же сроки, что и юридических лиц (см. ниже подп. 3 п. 6).

4. Не допускается государственная регистрация физического лица в качестве индивидуального предпринимателя, если не утратила силу его государственная регистрация в таком качестве, либо не истек год со дня принятия судом решения о признании его несостоятельным (банкротом) в связи с невозможностью удовлетворить требования кредиторов, связанные с ранее осуществляемой им предпринимательской деятельностью, или решения о прекращении в принудительном порядке его деятельности в качестве индивидуального предпринимателя, либо не истек срок, на который данное лицо по приговору суда лишено права заниматься предпринимательской деятельностью.

¹ СЗ РФ. 2003. № 26. Ст. 2565.

5. Регистрирующий орган ведет Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей, требования к содержанию которого (всего 12 позиций) установлены в п. 2 ст. 5.

6. Государственная регистрация утрачивает силу после внесения в единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей записи о прекращении деятельности физического лица в качестве индивидуального предпринимателя. Основания внесения соответствующей записи и перечень необходимых для этого документов указаны в ст. 22³.

7. Регистрирующий орган вправе обратиться в суд с требованием о прекращении деятельности физического лица в качестве индивидуального предпринимателя в принудительном порядке в случае неоднократных либо грубых нарушений им законов или иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией индивидуальных предпринимателей.

6. Порядок регистрации предпринимателей — юридических лиц длительное время надлежащим образом не был урегулирован. До недавнего времени их государственной регистрацией занимались более 4,5 тыс. местных администраций. Наконец после затянувшейся почти на семь лет подготовки Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц» был подписан Президентом РФ и с 1 июля 2002 г. вступил в действие. По сути, его неотделимой составной частью стал Федеральный закон от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ «О приведении законодательных актов в соответствие с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц»¹. Согласно ему утратили силу ранее действовавшие нормативные акты, которые определяли регистрацию юридических лиц, в том числе ст. 34 и 35 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности», многие десятки федеральных законов изменены, дополнены, даны в новой редакции. Правительство РФ 3 октября 2002 г. приняло постановление № 731 «Об изменении и признании утратившими силу некоторых постановлений Совета Министров РСФСР, Правительства РСФСР и Правительства Российской Федерации, касающихся государственной реги-

СЗ РФ. 2002. № 12. Ст. 1093.

страции юридических лиц»¹. Изменения внесены в более чем 100 актов.

При изучении Закона о государственной регистрации особое внимание надо обратить на следующие моменты:

1) Закон регулирует пять групп отношений, возникающих в связи с государственной регистрацией юридических лиц при их создании, реорганизации, ликвидации, при внесении изменений в их учредительные документы и при ведении Единого государственного реестра юридических лиц. Нормативно-правовую основу государственной регистрации помимо самого Закона составляют ГК РФ и издаваемые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты Российской Федерации. Органы государственной власти субъектов Российской Федерации издавать подобные акты не вправе.

Ранее государственную регистрацию осуществляли Минюст России, а затем — Министерство РФ по налогам и сборам, которое Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 преобразовано в Федеральную налоговую службу с передачей последней в ведение Минфина России и сохранением за ней функции государственной регистрации (далее — регистрирующий орган). Минфин России в соответствии с Положением о нем осуществляет координацию и контроль деятельности Федеральной налоговой службы². Постановлением Правительства РФ от 19 июня 2002 г. № 438 утверждены Правила ведения Единого государственного реестра юридических лиц и предоставления содержащихся в нем сведений³;

¹ СЗ РФ. 2002. № 41. Ст. 3983; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 25 октября 2006 г. № 625 // СЗ РФ. 2006. № 44. Ст. 4599.

² СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3258. Далее везде, где говорится о новых федеральных органах исполнительной власти — федеральных службах и федеральных агентствах, находящихся в ведении конкретных министерств, имеется в виду, что контроль и координацию их деятельности, согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314, осуществляет это министерство. Правительство РФ постановлением от 19 января 2005 г. № 30 утвердило Типовой регламент взаимодействия федеральных органов исполнительной власти (СЗ РФ. 2005. № 4. Ст. 305; № 47. Ст. 4933).

³ СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2585; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 13 декабря 2005 г. № 760 // СЗ РФ. 2005. № 51. Ст. 5546.

2) по сравнению с прежними изменены перечень документов, представляемых в регистрирующий орган, и требования к ним. Они различны применительно к каждой из пяти групп отношений, названных в подп. 1. Так, при государственной регистрации *создаваемого юридического лица* в регистрирующий орган представляются:

а) подписанное заявителем заявление о государственной регистрации по форме, утвержденной Правительством РФ;

б) решение о создании юридического лица в виде протокола, договора или иного документа в соответствии с законодательством Российской Федерации;

в) учредительные документы юридического лица (подлинники или нотариально удостоверенные копии);

г) выписка из реестра иностранных юридических лиц соответствующей страны происхождения или иное равное по юридической силе доказательство юридического статуса иностранного юридического лица — учредителя;

д) документ об уплате государственной пошлины.

О документах, представляемых при регистрации *реорганизации и ликвидации юридических лиц, при внесении изменений в их учредительные документы и при ведении единого государственного реестра юридических лиц*, см. соответственно гл. V, VII, VI, II Закона о государственной регистрации.

Регистрирующий орган не вправе требовать представления других документов, кроме установленных названным Законом. Нотариальное удостоверение документов, представляемых при государственной регистрации, необходимо только в случаях, предусмотренных федеральными законами. Однако, как показывает практика, зачастую регистрирующие органы требуют разного рода документы, не предусмотренные законодательством, — гарантийные письма, подтверждающие место нахождения юридического лица, и т. п., что неправомерно.

Законодатель ввел особые юридические гарантии в целях обеспечения достоверности информации, содержащейся в учредительных и иных документах, представляемых в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Представление в этот орган документов, содержащих заведомо ложные сведения, если такое действие не содержит уголовно наказуемого деяния, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 50 минимальных размеров оплаты труда или дис-

квалификацию на срок до трех лет (ч. 4 ст. 14.25 КоАП РФ). Равным образом непредставление, или несвоевременное представление, или представление недостоверных сведений о юридическом лице или об индивидуальном предпринимателе в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, в случаях, если такое представление предусмотрено законом, влечет предупреждение или наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 50 минимальных размеров оплаты труда (ч. 3 ст. 14.25 КоАП РФ). Дела эти рассматривают органы, осуществляющие государственную регистрацию юридических лиц;

3) при разработке Закона о государственной регистрации имелось в виду реализовать получившую название принципа «одного окна» идею одноразового обращения с заявлением о государственной регистрации, покончить с хождением заявителей по различным инстанциям. Например, государственная регистрация юридических лиц при их *создании* осуществляется регистрирующими органами по месту нахождения указанного учредителями в заявлении о государственной регистрации постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия такого исполнительного органа — по месту нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности. Датой представления документов является день их получения регистрирующим органом.

Срок регистрации во всех случаях — не более чем пять рабочих дней со дня представления документов в регистрирующий орган. Моментом государственной регистрации признается внесение регистрирующим органом соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц (далее — государственный реестр), имеющий статус федерального информационного ресурса. Документ, подтверждающий этот факт, выдается (направляется) заявителю не позднее одного рабочего дня с момента государственной регистрации. И подчеркнем: сам же регистрирующий орган в срок не более чем пять рабочих дней с момента государственной регистрации представляет сведения о регистрации в государственные органы, определенные Правительством РФ (налоговые и иные). Несвоевременное или неточное внесение записей о юридическом лице в Единый государственный реестр юридических лиц или об индивидуальном предпринимателе в Единый государственный реестр индивидуальных пред-

принимателей влечет наложение административного штрафа на должностных лиц органов, осуществляющих государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, в размере от 10 до 20 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1ст. 14.25 КоАП РФ).

В отношении отдельных юридических лиц (коммерческих и некоммерческих организаций) введен специальный порядок, когда в регистрации участвуют два государственных органа: один принимает решение о государственной регистрации, а второй — уполномоченный регистрирующий орган на основании этого решения производит соответствующую запись в государственный реестр, т. е. совершает непосредственно сам акт регистрации. До принятия решения о государственной регистрации компетентный орган обязан тщательно проверить законность и обоснованность заявления о государственной регистрации. Этот порядок основан на ст. 10 Закона о государственной регистрации (об этом см. ниже);

4) отказ в государственной регистрации допускается в двух случаях: при непредставлении необходимых для регистрации документов; представлении документов в ненадлежащий регистрирующий орган. За неправомерный отказ или уклонение от регистрации индивидуального предпринимателя либо коммерческой организации наступает уголовная ответственность по ст. 169 УК РФ.

Регистрирующий орган, в свою очередь, вправе обратиться в суд с требованием о ликвидации юридического лица в случае допущенных при создании такого юридического лица грубых нарушений закона или иных правовых актов, если эти нарушения носят неустранимый характер, а также в случае неоднократных либо грубых нарушений законов или иных нормативных правовых актов о государственной регистрации юридических лиц;

5) новым является узаконение содержания государственного реестра. В нем, в частности, указываются следующие сведения о юридическом лице: организационно-правовая форма; способ образования юридического лица (создание или реорганизация); сведения об учредителях юридического лица; копии учредительных документов юридического лица; сведения о правопреемстве — для юридических лиц, созданных в результате реорганизации иных юридических лиц; размер указанного в учредительных документах коммерческой организации уставного

капитала (складочного капитала, уставного фонда, паевых взносов или другого); фамилия, имя, отчество и должность лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица, а также паспортные данные такого лица или данные иных документов, удостоверяющих личность в соответствии с законодательством Российской Федерации, и идентификационный номер налогоплательщика при его наличии; сведения о лицензиях, полученных юридическим лицом (эти сведения представляются лицензирующими органами не позднее пяти рабочих дней с момента принятия соответствующего решения).

Естественно, что сведения, содержащиеся в государственном реестре, могут меняться. Обо всех изменениях, за исключением сведений о лицензиях, юридическое лицо в течение трех дней с момента изменений обязано сообщить в регистрирующий орган по месту своего нахождения. Если они касаются учредительных документов, то регистрация изменений осуществляется примерно в том же порядке, что и первичная государственная регистрация юридических лиц (см. гл. VI Закона о государственной регистрации).

Примечательно правило п. 2 ст. 5 названного Закона, гласящее, что при изменении имеющихся в государственном реестре сведений ранее внесенные сведения сохраняются. Подобное правило целесообразно ввести при внесении изменений в законы и иные акты, с тем чтобы была видна динамика соответствующих нормативных положений.

Каждому предпринимателю полезно знать, что сведения, содержащиеся в государственном реестре, являются открытыми и общедоступными, отказ в их предоставлении не допускается. Из этого правила установлены два исключения: не могут предоставляться, кроме как по запросам органов государственной власти в соответствии с их компетенцией, паспортные данные физических лиц и их идентификационные номера налогоплательщиков. Незаконный отказ в предоставлении или несвоевременное предоставление содержащихся в Едином государственном реестре юридических лиц или Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей сведений и (или) документов либо иных предусмотренных законодательством о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей документов лицам, заинтересованным в получении таких сведений и (или) документов, влечет наложение админи-

стративного штрафа на должностных лиц органов, осуществляющих государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, в размере от 10 до 20 минимальных размеров оплаты труда (ч. 2 ст. 14.25 КоАП РФ).

7. Закон о государственной регистрации регулирует общий порядок государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Особенности государственной регистрации предпринимательских организаций устанавливаются федеральными законами об этих организациях. При государственной регистрации последних применяются в первую очередь содержащиеся в таких федеральных законах именно особые нормы, и лишь при их отсутствии, нехватке используются для решения возникающих вопросов правила названного Закона.

Федеральный закон от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»¹ дополнил федеральные законы «Об общественных объединениях» и «О некоммерческих организациях» новыми правилами, касающимися процедуры государственной регистрации субъектов права, подпадающих под действие названных законов.

А. Следует обратить внимание на связь с государственной регистрацией деятельности общественных объединений — добровольных, самоуправляемых, некоммерческих формирований, созданных по инициативе граждан, объединившихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе общественного объединения. Согласно ст. 117 ГК РФ они вправе осуществлять предпринимательскую деятельность лишь для достижения целей, ради которых созданы, и соответствующую этим целям. ГК РФ установил, что особенности правового положения общественных объединений как участников предпринимательских отношений определяются законом. Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях»² допускает создание общественных объединений в одной из следующих организационно-правовых форм: общественная организация; общественное движение; общественный фонд; общественное учреждение; орган общественной

¹ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 282.

² СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 282.

самодетельности; политическая партия. В ст. 19 названного Закона сформулированы требования, предъявляемые к учредителям, членам и участникам общественных объединений, и приводится исчерпывающий перечень лиц, которые не могут выступать в данном качестве, например иностранные граждане или лица без гражданства, в отношении которых в установленном порядке принято решение о нежелательности их пребывания (проживания) в России, лица, в отношении которых вступившим в законную силу решением суда установлено, что в их действиях содержатся признаки экстремистской деятельности.

Рассмотрим коротко каждую из организационно-правовых форм общественных объединений:

а) *общественной организацией* является основанное на членстве общественное объединение, созданное на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей объединившихся граждан. Членами общественной организации в соответствии с ее уставом могут быть физические лица и юридические лица — общественные объединения, если иное не установлено законами об отдельных видах общественных объединений. Высший руководящий орган общественной организации — съезд (конференция) или общее собрание. Постоянно действующим руководящим органом общественной организации является выборный коллегиальный орган, подотчетный съезду (конференции) или общему собранию. В случае государственной регистрации общественной организации ее постоянно действующий руководящий орган осуществляет права юридического лица от имени общественной организации и исполняет ее обязанности в соответствии с уставом. О некоторых видах общественных организаций изданы отдельные законы¹;

б) *общественным движением* является состоящее из участников и не имеющее членства массовое общественное объединение, преследующее социальные, политические и иные общественно полезные цели, поддерживаемые участниками общественного движения. Высший руководящий орган общественного

¹ См., например: Федеральный закон от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 12 июля 2006 г. № 106-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 29. Ст. 3124.

движения — съезд (конференция) или общее собрание. Постоянно действующим руководящим органом общественного движения является выборный коллегиальный орган, подотчетный съезду (конференции) или общему собранию. В случае государственной регистрации общественного движения его постоянно действующий руководящий орган осуществляет права юридического лица от имени общественного движения и исполняет его обязанности в соответствии с уставом;

в) *общественным фондом* является не имеющее членства общественное объединение, цель которого заключается в формировании имущества на основе добровольных взносов, иных не запрещенных законом поступлений и использовании данного имущества на общественно полезные цели. Учредители и управляющие имуществом общественного фонда не вправе использовать указанное имущество в собственных интересах. Руководящий орган общественного фонда формируется его учредителями и (или) участниками либо решением учредителей, принятым в виде рекомендаций или персональных назначений, либо путем избрания участниками на съезде (конференции) или общем собрании. В случае государственной регистрации общественного фонда данный фонд осуществляет свою деятельность в порядке, предусмотренном ГК РФ (см., в частности, ст. 118 и 119).

Создание, деятельность, реорганизация и (или) ликвидация иных видов фондов (частных, корпоративных, государственных, общественно-государственных и др.) могут регулироваться соответствующим законом о фондах;

г) *общественным учреждением* является не имеющее членства общественное объединение, ставящее своей целью оказание конкретного вида услуг, отвечающих интересам участников и соответствующих уставным целям указанного объединения. Управление общественным учреждением и его имуществом осуществляется лицами, назначенными учредителем (учредителями). В соответствии с учредительными документами в общественном учреждении может создаваться коллегиальный орган, избираемый участниками, не являющимися учредителями данного учреждения и потребителями его услуг. Указанный орган может определять содержание деятельности общественного учреждения, иметь право совещательного голоса при учредителе (учредителях), но не вправе распоряжаться имуществом общественного учреждения, если иное не установлено учредителем

(учредителями). В случае государственной регистрации общественного учреждения данное учреждение осуществляет свою деятельность в порядке, установленном ГК РФ (см., в частности, ст. 120);

д) *органом общественной самодеятельности* является не имеющее членства общественное объединение, цель которого — совместное решение различных социальных проблем, возникающих у граждан по месту жительства, работы или учебы, направленное на удовлетворение потребностей неограниченного круга лиц, чьи интересы связаны с достижением уставных целей и реализацией программ данного органа по месту его создания. Орган общественной самодеятельности формируется по инициативе граждан, заинтересованных в решении указанных проблем, и строит свою работу на основе самоуправления в соответствии с уставом, принятым на собрании учредителей. Орган общественной самодеятельности не имеет над собой вышестоящих органов или организаций. В случае государственной регистрации органа общественной самодеятельности данный орган приобретает права и принимает на себя обязанности юридического лица в соответствии с уставом.

Все общественные объединения, за исключением политических партий, могут функционировать без государственной регистрации. Но государственная регистрация качественно меняет их статус — только в результате такой регистрации неполитические общественные объединения приобретают права юридического лица, становятся субъектами гражданского права и могут, в частности, осуществлять предпринимательскую деятельность.

Государственная регистрация общественных объединений осуществляется в соответствии с Законом о государственной регистрации с учетом установленного Федеральным законом «Об общественных объединениях» порядка их государственной регистрации. Порядок закреплен сейчас в обновленных ст. 19, 21 и 23, и он структурно и содержательно схож с порядком государственной регистрации некоммерческих организаций, о котором будет сказано ниже.

Б. Некоммерческие организации, подобно общественным объединениям, подлежат государственной регистрации в соответствии с Законом о государственной регистрации с учетом порядка их государственной регистрации, установленного Федеральным законом «О некоммерческих организациях» (в ред.

Федерального закона от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ). Установленный порядок распространяется не только на отечественные некоммерческие организации, но и на структурные подразделения иностранных некоммерческих неправительственных организаций, а также на структурные подразделения международных организаций (объединений) (далее — иностранные некоммерческие неправительственные организации).

Изменения, внесенные в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» Федеральным законом от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ, вызвали широкий международный резонанс и активный протест некоторых лиц, именующих себя правозащитниками, внутри страны. В качестве предлога ссылались на нарушения принципов демократии. Недовольство было связано главным образом с узаконением конкретных мер государственного контроля за соблюдением некоммерческими организациями и иностранными некоммерческими неправительственными организациями российского законодательства и мер их юридической ответственности за нарушение последнего. Читателям учебника целесообразно самостоятельно ознакомиться с названной редакцией Федерального закона «О некоммерческих организациях», с тем чтобы самим убедиться в надуманности развязанной вокруг нее шумихи.

Что касается специального порядка государственной регистрации некоммерческих организаций, то первое и самое яркое отличие его от общего порядка состоит в том, что в ней участвуют два федеральных органа исполнительной власти: решение одного государственного органа о регистрации отделено от непосредственно самой регистрации, проводимой другим государственным органом. Такой же порядок введен для государственной регистрации и некоторых хозяйствующих субъектов, например банков, других кредитных организаций и торгово-промышленных палат, а также всех общественных объединений.

Полномочия между обоими органами делятся следующим образом. Решение о государственной регистрации (об отказе в государственной регистрации) некоммерческой организации принимает федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в сфере регистрации некоммерческих организаций, или его территориальный орган. Его называют *уполномоченный орган*. В настоящее время им является Минюст России. В ст. 13¹ Федерального закона «О некоммерческих организациях» приведен исчерпывающий перечень документов, которые

необходимо представить в уполномоченный орган для государственной регистрации некоммерческой организации. Указаны особенности документов, представляемых для государственной регистрации иностранной некоммерческой неправительственной организации.

Внесение в Единый государственный реестр юридических лиц сведений о создании, реорганизации и ликвидации некоммерческих организаций, а также иных предусмотренных федеральными законами сведений осуществляет *регистрационный орган* на основании решения уполномоченного органа о соответствующей государственной регистрации. Таким органом в настоящее время является ФНС России.

Уполномоченный орган после принятия решения о государственной регистрации некоммерческой организации направляет в регистрирующий орган сведения и документы, необходимые для осуществления последним функций по ведению Единого государственного реестра юридических лиц. На их основании регистрирующий орган в срок не более чем пять рабочих дней со дня получения необходимых сведений и документов вносит в Единый государственный реестр юридических лиц соответствующую запись и не позднее рабочего дня, следующего за днем внесения такой записи, сообщает об этом в орган, принявший решение о государственной регистрации некоммерческой организации.

Уполномоченный орган не позднее трех рабочих дней со дня получения от регистрирующего органа информации о внесении в Единый государственный реестр юридических лиц записи о некоммерческой организации выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации. Уполномоченный орган ведет также реестр филиалов и представительств иностранных некоммерческих неправительственных организаций.

Минюст России приказом от 25 марта 2003 г. № 68 утвердил Правила рассмотрения заявлений и принятия Министерством юстиции РФ и его территориальными органами решения о государственной регистрации торгово-промышленных палат, общественных объединений, в том числе политических партий, профсоюзов и национально-культурных автономий и Правила рассмотрения заявлений и принятия решения о государствен-

ной регистрации религиозных организаций Министерством юстиции РФ и его территориальными органами¹.

В государственной регистрации некоммерческой организации может быть отказано по следующим основаниям: если учредительные документы некоммерческой организации противоречат Конституции РФ и законодательству Российской Федерации; если ранее зарегистрирована некоммерческая организация с таким же наименованием; если наименование некоммерческой организации оскорбляет нравственность, национальные и религиозные чувства граждан; если необходимые для государственной регистрации документы, предусмотренные Федеральным законом «О некоммерческих организациях», представлены не полностью, либо оформлены в ненадлежащем порядке, либо представлены в ненадлежащий орган; если лицо, выступившее в качестве учредителя некоммерческой организации, не может быть учредителем. В ст. 23¹ названного Закона выделены также дополнительные основания отказа в государственной регистрации иностранных некоммерческих неправительственных организаций.

Отказ в государственной регистрации некоммерческой организации может быть обжалован в вышестоящий орган или в суд.

8. На практике встречаются случаи, когда граждане и организации начинают заниматься предпринимательством без государственной регистрации, оправдывая свои действия тяготами, связанными с процедурами ее прохождения. Поступать таким образом не следует ни при каких обстоятельствах. Помимо того что в судебном порядке будут взысканы в бюджет полученные доходы, последует также привлечение к административной и уголовной ответственности. Осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя или без регистрации в качестве юридического лица влечет наложение административного штрафа в размере от 5 до 20 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 14.1 КоАП РФ). Дела такого рода рассматривают суды. Если же это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода в крупном размере, то наступает уголовная ответственность, предусмотренная ст. 171 УК РФ.

Порой остро ставится вопрос об ответственности государства за результаты экономической деятельности зарегистрированной им предпринимательской организации. Все мы помним многотысячные митинги возмущенных вкладчиков АО «МММ», «Чара», «Русский Дом «Селенга», «**Властелина**» и многих других разорившихся хозяйствующих субъектов. Они не сумели выполнить взятые на себя обязательства, в результате чего граждане потеряли свои накопления. Митингующие требовали: поскольку государство не обеспечило законности в деятельности узаконенных им организаций, то пусть само рассчитывается за их долги.

Подобные претензии не основаны на законе. Государство в лице органов, ведущих регистрацию юридических лиц, обязано при их регистрации проверить соблюдение правовых норм, регулирующих подготовительную работу по созданию предпринимательской организации, правомерность ее учредительных документов. Дальнейшее зависит от нас с вами. Граждане, иные участники социального общения вольны сами решать, с кем заключать договоры купли-продажи, в какие банки, иные кредитные организации вкладывать свои деньги. *Риск присущ не только субъектам предпринимательской деятельности. Рискуют и те, кто вступает с ними в деловые контакты.* Зависимость здесь такова: чем больше благ по сравнению с другими организациями обещает конкретная предпринимательская организация, тем больше риск потерять все или не получить обещанного.

9. Порядок реорганизации и ликвидации хозяйствующих субъектов — юридических лиц зависит главным образом от двух факторов: оснований, по которым производятся эти процедуры, и организационно-правовой формы субъекта предпринимательской деятельности. Общие правовые нормы, устанавливающие этот порядок, изложены в части первой ГК РФ, а более конкретные, относящиеся к той или иной организационно-правовой форме, — в законах о них. Так, реорганизацию и ликвидацию сельскохозяйственных кооперативов регулирует гл. VIII Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»; акционерных обществ — гл. II Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»; потребительских обществ — гл. VII Закона РФ «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в России-

ской Федерации» (в ред. Федерального закона от 11 июля 1997 г. № 97-ФЗ)¹. Конкретные причины реорганизации и ликвидации хозяйствующих субъектов бывают самыми разными. Но все они так или иначе обусловлены нелегкими путями формирования рыночной экономики, связаны с перераспределением капитала, борьбой за передел собственности.

Действующее законодательство восприняло ранее существовавшие формы реорганизации юридических лиц: слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование. Самым существенным правовым признаком всех пяти форм реорганизации является наличие в них правопреемства. Данное обстоятельство надлежит учитывать прежде всего, принимая решение о реорганизации. При слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу в соответствии с передаточным актом. При присоединении юридического лица к другому юридическому лицу к последнему переходят права и обязанности присоединенного юридического лица в соответствии с передаточным актом. При разделении юридического лица его права и обязанности переходят к вновь возникшим юридическим лицам в соответствии с разделительным балансом. При выделении из состава юридического лица одного или нескольких юридических лиц к каждому из них переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с разделительным балансом. При преобразовании юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида (при изменении организационно-правовой формы) к вновь возникшему юридическому лицу переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом.

Согласно законодательству решение о реорганизации в любой из установленных форм вправе принять само юридическое лицо: его учредители (участники) либо орган юридического лица, уполномоченный на то учредительными документами. Две формы реорганизации юридического лица — его разделение или выделение из его состава одного или нескольких юридических лиц — могут быть осуществлены против воли юридического лица по решению уполномоченных государственных ор-

¹ СЗ РФ. 1997. № 28. Ст. 3306; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 12. Ст. 1093.

ганов или по решению суда. Случаи таких реорганизаций устанавливаются лишь законом (об этом см. тему 10).

Главными документами, с которыми связаны правопреемство и иные юридические последствия реорганизации, являются передаточный акт (при слиянии, присоединении, преобразовании юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида) и разделительный баланс (при разделении, выделении). Передаточный акт и разделительный баланс должны содержать положения о правопреемстве по всем обязательствам реорганизованного юридического лица в отношении всех его кредиторов и должников, включая и обязательства, оспариваемые сторонами. Передаточный акт и разделительный баланс утверждаются учредителями (участниками) юридического лица или органом, принявшим решение о реорганизации юридического лица, и представляются вместе с учредительными документами для государственной регистрации вновь возникших юридических лиц или внесения изменений в учредительные документы существующего юридического лица. Непредставление вместе с учредительными документами соответствующего передаточного акта или разделительного баланса, а также отсутствие в них положений о правопреемстве по обязательствам реорганизованного юридического лица влекут отказ в государственной регистрации вновь возникших юридических лиц.

Юридическое лицо считается реорганизованным, за исключением случаев реорганизации в форме присоединения, с момента государственной регистрации вновь возникших юридических лиц. При реорганизации юридического лица в форме присоединения к нему другого юридического лица первое из них считается реорганизованным с момента внесения в Единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица.

Закон особо выделяет процедуры, направленные на обеспечение прав кредиторов реорганизуемого юридического лица, гарантий их соблюдения. Учредители (участники) юридического лица или орган, принявшие решение о реорганизации юридического лица, обязаны письменно уведомить об этом кредиторов реорганизуемого юридического лица. Кредиторы не могут каким-либо образом воспрепятствовать исполнению принятого без их участия решения о реорганизации. Кредитор реорганизуемого юридического лица вправе лишь потребовать прекращения или досрочного исполнения обязательства, должником

по которому является это юридическое лицо, и возмещения убытков. 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.

По общему правилу хозяйственные товарищества и общества одного вида могут преобразоваться в хозяйственные товарищества и общества другого вида или в производственные кооперативы по решению общего собрания участников. В частности, общество с ограниченной ответственностью вправе преобразоваться в акционерное общество или в производственный кооператив. В свою очередь, акционерное общество вправе преобразовываться в общество с ограниченной ответственностью или в производственный кооператив, а также в некоммерческую организацию. Производственный кооператив по единогласному решению его членов может преобразоваться в хозяйственное товарищество или общество. При преобразовании товарищества в общество или производственный кооператив каждый полный товарищ, ставший участником (акционером) общества, членом производственного кооператива, в течение двух лет несет субсидиарную ответственность всем своим имуществом по обязательствам, перешедшим к обществу, производственному кооперативу от товарищества.

В предпринимательской практике нередко встает вопрос о возможности и юридических последствиях преобразования хозяйственного общества в рамках одной и той же организационно-правовой формы юридического лица, а именно закрытых акционерных обществ в открытые и открытых в закрытые. Совместное постановление пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 апреля 1997 г. № 4/8 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» (утратило силу) констатировало возможность такого преобразования. Подобное преобразование не является реорганизацией юридического лица (его организационно-правовая форма не изменяется). Поэтому требования, предусмотренные п. 5 ст. 58 ГК РФ, п. 5 ст. 15 и ст. 20 Федерального закона «Об акционерных обществах», о составлении передаточного акта, уведомлении кредиторов о предстоящем изменении типа акционерного общества в таких случаях предъявляться не должны. Не применяются при этом и другие нор-

мы, касающиеся реорганизации общества, в том числе предоставляющие акционерам право требовать выкупа обществом принадлежащих им акций, если они голосовали против преобразования или не участвовали в голосовании (ст. 75 названного Закона).

Более детально о порядке и завершении государственной регистрации юридического лица, создаваемого путем реорганизации, см. ст. 15 и 16 Закона о государственной регистрации.

10. И государственным органам, включая суды, и самим хозяйствующим субъектам следует проявлять особое внимание и осторожность, когда речь идет о слиянии хозяйствующих субъектов. В целом как форма реорганизации слияние имеет позитивное значение, позволяя развивать отдельные «предпринимательские дела» путем укрупнения их ресурсов. В 2004 г. число слияний возросло почти на треть. Слияния продолжатся и в будущем, для чего достаточно сопоставить число отечественных хозяйствующих субъектов с аналогичными хозяйствующими субъектами в странах с развитой рыночной экономикой. Например, открытых акционерных обществ в Германии насчитывается всего 900, а у нас их около 157 тысяч. Растут здесь, однако, и правонарушения в виде принуждения заранее намеченных жертв к слиянию с так же заранее намеченными хозяйствующими субъектами. Появились даже «специалисты», которые, используя различные уловки вроде тайной скупки акций, надуманных претензий миноритарных акционеров, угрозы доведения до банкротства, заставляют хозяйствующего субъекта — жертву слиться с другим хозяйствующим субъектом. Это получившее распространение негативное явление уже отражено в новых терминах: «недружественные поглощения», «корпоративная агрессия», «корпоративный шантаж», «корпоративные войны», «черное» рейдерство и т. п. Показательно, что, не видя должного реагирования государственных органов на подобные акции компаний-захватчиков, многие предприниматели в целях коллективной защиты своих прав объединились в «Ассоциацию по противодействию недружественным поглощениям и применению офшорных и рейдерских схем» (АПНП). В Москве на крупных предприятиях вводятся должности заместителя директора по экономической безопасности.

Нередко для недружественных поглощений используются поддельные документы о якобы состоявшихся собраниях собственников, например акционеров, и принятых ими решениях

по слиянию с организацией-захватчиком. Предупреждать фальсификацию документов предлагается путем участия нотариуса в подобных собраниях собственников и официального удостоверения им факта принятия решения о реорганизации предпринимательской организации в форме слияния.

Известны факты, когда «черные» рейдеры для подготовки «плацдарма» к захвату коммерческой организации трудоустраивают в ее органы управления своих доверенных лиц. Особую опасность представляют случаи «черного» рейдерства под прикрытием правоохранительных органов, когда последние в его интересах возбуждают уголовные дела в отношении руководителей организаций, намеченных к захвату, изымают документы, содержащие коммерческую тайну, собирают иную полезную для него информацию.

В целом приемы, пользуясь которыми одна коммерческая организация насильственно поглощает другие, разнообразятся, становятся более изощренными, их необходимо различать и содержать, и по правовым последствиям. Следует согласиться с мнением, что все встречающиеся здесь приемы можно свести в две группы в зависимости от конечной цели: цель одних — смена прежнего собственника путем криминального захвата объекта собственности, когда попираются нормы права и законность, других — смена прежнего собственника тоже против его воли, т. е. насильственно, но с учетом правовых процедур.

11. Круг органов, правомочных принимать решения о ликвидации юридических лиц, по сравнению с их реорганизацией несколько сужен. Их всего три.

Во-первых, как и при реорганизации, юридическое лицо может быть ликвидировано по решению его учредителей (участников) либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами. Добровольная ликвидация хозяйствующего субъекта наиболее целесообразна; она в максимальной мере соответствует характеру предпринимательства как самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельности. Преимущества добровольной ликвидации — не только в отсутствии принудительных механизмов, но и в относительной простоте, оперативности проведения ликвидационных процедур, их меньшей конфликтности. Поэтому полезно и при угрозе наступления оснований для принудительной ликвидации, о чем речь пойдет чуть ниже, склонять хозяйствующих субъектов к самоликвидации. Надо лишь иметь в виду, что доброволь-

ная ликвидация хозяйствующего субъекта может прикрывать его противоправные намерения, в частности попытку избавиться от обязательств перед своими партнерами по предпринимательским отношениям.

В п. 2 ст. 61 ГК РФ приведен перечень оснований для принятия хозяйствующим субъектом решения о ликвидации: в связи с истечением срока, на который создано юридическое лицо, с достижением цели, ради которой оно создано. Этот перечень не является исчерпывающим. Но другие основания ликвидации содержатся только в самом Кодексе. В иных федеральных законах, в том числе конституционных, а тем более в нормативных актах Президента РФ и Правительства РФ, они устанавливаться не могут. Например, ст. 81 ГК РФ предусмотрено, что полное товарищество, помимо оснований, указанных в ст. 61 Кодекса, ликвидируется в случае, когда в товариществе остается единственный участник. Такой участник вправе в течение шести месяцев с момента, когда он стал единственным участником товарищества, преобразовать такое товарищество в хозяйственное общество. Ликвидация полного товарищества осуществляется также в случаях выхода или смерти кого-либо из участников, признания одного из них безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным либо несостоятельным (банкротом), открытия в отношении одного из участников процедур банкротства по решению суда, ликвидации участвующего в товариществе юридического лица либо обращения кредитором одного из участников взыскания на часть имущества, соответствующую его доле в складочном капитале. В перечисленных ситуациях полное товарищество может продолжить свою деятельность, если такая возможность предусмотрена учредительным договором товарищества или соглашением остающихся его участников.

По таким же основаниям ликвидируется товарищество на вере, а именно при выбытии всех участвовавших в нем вкладчиков. Полные товарищи вправе вместо ликвидации преобразовать товарищество на вере в полное товарищество. Однако товарищество на вере сохраняется, если в нем остаются по крайней мере один полный товарищ и один вкладчик.

Во-вторых, юридическое лицо может быть ликвидировано принудительно по решению суда. Случаи такой ликвидации исчерпывающе предусмотрены абзацем третьим п. 2 ст. 61 ГК РФ. Абзац этот неоднократно менялся, последний раз — Федераль-

ным законом от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ. Сейчас юридическое лицо может быть ликвидировано по решению суда в случае допущенных при его создании грубых нарушений закона, если эти нарушения носят неустранимый характер, либо осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии), либо запрещенной законом, либо с нарушением Конституции РФ, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов, либо при систематическом осуществлении некоммерческой организацией, в том числе общественной или религиозной организацией (объединением), благотворительным или иным фондом, деятельности, противоречащей ее уставным целям, а также в иных случаях, предусмотренных ГК РФ.

Серьезные трудности на практике возникают при уяснении смысла, который законодатель вкладывает в положение об «иных неоднократных или грубых нарушениях закона или иных правовых актов» как повода к принудительной ликвидации хозяйствующего субъекта. Недвусмысленна и однозначна последняя часть данной формулировки. Поводом к постановке вопроса о принудительной ликвидации хозяйствующего субъекта может служить лишь нарушение им федеральных или федеральных конституционных законов, а также содержащих нормы права указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ. Но что понимать под «иными неоднократными или грубыми нарушениями» этих актов? Наверное, разработчикам ГК РФ и законодателю следовало бы найти более ясную формулировку, не нуждающуюся в проведении дискуссий для выяснения ее содержания. А пока этого не сделано, удовлетворительный ответ на этот вопрос, как и на многие иные подобные вопросы, надо ожидать от предпринимательской практики, ее критической оценки и обобщения арбитражными судами.

Думается, в поиске правильного ответа надо выделить два относительно самостоятельных основания для выдвижения требования о принудительной ликвидации хозяйствующего субъекта. Первое — неоднократность нарушений, т. е. когда они имели место несколько раз, по крайней мере два и более. Естественно, что чем больше допущено нарушений, тем обоснованнее будет требование о ликвидации хозяйствующего субъекта, например в случае неоднократной торговли без наличия сертификатов, удостоверяющих качество товаров. Но обязательным условием оценки нарушений как неоднократных должна служить их кон-

статация не менее двух раз компетентным органом и письменное информирование хозяйствующего субъекта о выявленных нарушениях с применением к нему (при необходимости) мер государственно-правового воздействия.

Второе основание — грубость нарушений. Здесь для выдвижения требования о ликвидации хозяйствующего субъекта не надо доказывать, что нарушения имели место несколько раз. Достаточно и одного, но грубого. А что же понимать под грубым нарушением? Представляется, что ключик к правильному толкованию нарушения как грубого заключен в слове «иные», которому предшествуют указанные в ст. 61 ГК РФ два совершенно конкретных повода для ликвидации хозяйствующего субъекта: осуществление деятельности без лицензий, когда таковые требуются, либо запрещенной законом, либо с нарушением Конституции РФ. Идя по намеченному пути, данный перечень и будет пополняться практикой. Уже, например, внесено предложение добавить в него нарушение экологического законодательства, причинившее ущерб здоровью людей.

Кроме общих применимых ко всем хозяйствующим субъектам случаев их ликвидации ГК РФ предусматривает особые основания ликвидации отдельных видов хозяйствующих субъектов, т. е. действующих в рамках тех или иных организационно-правовых форм. Например, число участников общества с ограниченной ответственностью не должно превышать предела, установленного Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью», ~ 50. В противном случае оно подлежит преобразованию в акционерное общество в течение года, а по истечении этого срока — ликвидации в судебном порядке, если число его участников не уменьшится до установленного законом предела. Общество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица. Общество с ограниченной ответственностью подлежит также ликвидации в случае уменьшения стоимости его чистых активов ниже уровня, установленного законом. Особый повод к ликвидации коммерческих и некоторых некоммерческих организаций — объявление их судом несостоятельными (банкротами). Об этом подробно сказано в теме 19 «Несостоятельность (банкротство) предпринимателей».

При изучении рассмотренных выше оснований ликвидации юридических лиц необходимо учитывать постановление Кон-

ституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 14-П¹. В постановлении дано толкование ряда относящихся к этому вопросу норм права:

1) положение п. 2 ст. 61 ГК РФ, согласно которому юридическое лицо может быть ликвидировано по решению суда, если данное юридическое лицо осуществляет деятельность с неоднократными нарушениями закона, признано не противоречащим Конституции РФ, поскольку по конституционно-правовому смыслу данного положения предполагается, что предусмотренная им санкция — ликвидация юридического лица — не может быть назначена по одному лишь формальному основанию неоднократности нарушения законодательства, а должна применяться в соответствии с общеправовыми принципами юридической ответственности и быть соразмерной допущенным юридическим лицом нарушениям и вызванным ими последствиям;

2) норма, содержащаяся во взаимосвязанных положениях п. 4 ст. 99 ГК РФ и п. 5 и 6 ст. 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», на основании которой акционерное общество (здесь и далее — равно как и иная коммерческая организация. — *Примеч. авт.*) подлежит ликвидации по решению суда, если стоимость его чистых активов становится меньше определенного законом минимального размера уставного капитала, признана не противоречащей Конституции РФ, поскольку по конституционно-правовому смыслу данной нормы в системе норм гражданского законодательства предполагается, что отрицательное значение чистых активов как формальное условие ликвидации акционерного общества призвано отображать его фактическую финансовую несамостоятельность, а именно: отсутствие доходности, неспособность исполнять свои обязательства перед кредиторами и исполнять обязанности по уплате обязательных платежей, при том что акционеры имели возможность предпринять меры по улучшению финансового положения общества или принять решение о его ликвидации в надлежащей процедуре (стоимость чистых активов акционерного общества представляет собой разницу между балансовой стоимостью активов (имущества) и размером обязательств акционерного общества);

3) положение п. 3 ст. 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», согласно которому стоимость чистых активов

общества оценивается по данным бухгалтерского учета в порядке, устанавливаемом Минфином России и Федеральной службой по финансовым рынкам, признано не противоречащим Конституции РФ, поскольку данное положение по своему конституционно-правовому смыслу не препятствует арбитражным судам оценивать финансовое состояние акционерного общества с учетом экономических критериев на основе принципа состязательности;

4) норма, содержащаяся во взаимосвязанных положениях подп. 16 п. 1 ст. 31 НК РФ, п. 3 ст. 61 ГК РФ и п. 6 ст. 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», предусматривающая право налоговых органов предъявлять в суд по основаниям, указанным в законе, требования о ликвидации акционерных обществ, признана не противоречащей Конституции РФ.

12. Качественное отличие ликвидации юридического лица от реорганизации состоит в том, что ликвидация влечет прекращение его существования без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам. Хозяйствующий субъект просто исчезает из числа участников рыночных отношений, что имеет значительно большие отрицательные последствия на функционирование предпринимательства, экономики в целом по сравнению с реорганизацией. Данное обстоятельство обусловило необходимость особенно тщательного законодательного регулирования ликвидационных процедур, с тем чтобы возможно надежнее гарантировать права самой ликвидируемой предпринимательской организации, а также всех ее кредиторов: граждан, перед которыми она несет ответственность за причинение вреда жизни и здоровью; лиц, работающих в ликвидируемом юридическом лице по трудовому договору, в том числе по контракту; партнеров по гражданско-правовым договорам; обеспечить погашение задолженности по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды и т. д.

Это находит выражение прежде всего в том, что иски о ликвидации юридических лиц могут быть предъявлены в арбитражный суд только в случаях, прямо предусмотренных ГК РФ, и только тем государственным органом или органом местного самоуправления, которому право на предъявление такого требования предоставлено законом. Своеобразной формой защиты прав юридических лиц от незаконной их ликвидации является отказ арбитражных судов от принятия исков государственных

органов и органов местного самоуправления о ликвидации предпринимательских организаций, если право на это названных органов прямо не предусмотрено законом. В недавнем прошлом из государственных органов наибольшую активность по обращению в арбитражные суды с соответствующими исками проявляли налоговые инспекции различных уровней. Высший Арбитражный Суд РФ вынужден был специально разъяснить, что действующим законодательством такого права налоговыми инспекциям не предоставлено.

Гарантии законности ликвидации юридических лиц заложены также в строго упорядоченных процедурах ее осуществления. Процесс ликвидации юридического лица состоит из следующих стадий:

первая стадия. Учредители (участники) юридического лица или орган, принявшие решение о ликвидации юридического лица, обязаны незамедлительно письменно сообщить об этом в уполномоченный государственный орган для внесения в Единый государственный реестр юридических лиц сведения о том, что юридическое лицо находится в процессе ликвидации;

вторая стадия. Учредители (участники) юридического лица или орган, принявшие решение о ликвидации юридического лица, назначают ликвидационную комиссию (ликвидатора) и устанавливают в соответствии с ГК РФ, другими законами порядок и сроки ликвидации. С момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами юридического лица. Ликвидатор, подобно руководителю юридического лица, осуществляет свои полномочия без доверенности, основываясь на факте назначения его ликвидатором.

В п. 3 ст. 61 ГК РФ содержится норма о том, что решением суда о ликвидации юридического лица обязанности по ее осуществлению могут быть возложены на учредителей (участников) юридического лица либо на орган, уполномоченный на ликвидацию юридического лица его учредительными документами. В этом случае суд не назначает ликвидационную комиссию (ликвидатора), а обязывает сделать это указанных лиц. Суд включается в процесс ликвидации лишь на предпоследней стадии, когда утверждается ликвидационный баланс.

Однако нередко бывает так, что лица, на которых суд возложил обязанность ликвидировать юридическое лицо, в установленный срок этого не сделали. Что же делать дальше, как все-

таки провести реальную ликвидацию? ГК РФ подобной ситуации не предусмотрел. Вопрос решен в совместном постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 на основании п. 1 ст. 6 ГК РФ, предусматривающего аналогию закона, т. е. применение гражданского законодательства, регулирующего сходные отношения. Решение оказалось очень простым: суд сам назначает ликвидатора и поручает ему осуществить ликвидацию юридического лица. При решении вопросов, связанных с назначением ликвидатора, определении порядка ликвидации и т. п. суд применяет соответствующие положения законодательства о банкротстве;

третья стадия. Ликвидационная комиссия помещает в органах печати, в которых публикуются данные о государственной регистрации юридического лица, сообщение о его ликвидации, порядке и сроке заявления требований его кредиторами. Этот срок не может быть менее двух месяцев с момента публикации. Помимо публикации ликвидационная комиссия принимает и все иные возможные меры к выявлению кредиторов и получению дебиторской задолженности, а также письменно уведомляет кредиторов о ликвидации юридического лица.

После окончания срока для предъявления требований кредиторами наступает *четвертая стадия*: ликвидационная комиссия составляет промежуточный ликвидационный баланс. Этот баланс содержит сведения о составе имущества ликвидируемого юридического лица, перечне предъявленных кредиторами требований, а также о результатах их рассмотрения. Промежуточный ликвидационный баланс утверждается учредителями (участниками) юридического лица или органом, принявшими решение о ликвидации юридического лица. В случаях, установленных законом, этот баланс утверждается по согласованию с уполномоченным государственным органом.

Если имеющиеся у ликвидируемого юридического лица (кроме учреждений) денежные средства недостаточны для удовлетворения требований кредиторов, ликвидационная комиссия осуществляет продажу имущества юридического лица с публичных торгов в порядке, установленном для исполнения судебных решений;

пятая стадия. Выплата ликвидационной комиссией денежных сумм кредиторам ликвидируемого юридического лица. Очередность удовлетворения требований кредиторов установле-

на ст. 64 ГК РФ. Выплата производится в соответствии с промежуточным ликвидационным балансом, начиная со дня его утверждения, за исключением кредиторов третьей и четвертой очереди, выплаты которым производятся по истечении месяца со дня утверждения промежуточного ликвидационного баланса.

Завершение расчетов с кредиторами знаменует наступление *шестой стадии*: ликвидационная комиссия составляет ликвидационный баланс, который утверждается учредителями (участниками) юридического лица или органом, принявшими решение о ликвидации юридического лица. В случаях, установленных законом, ликвидационный баланс утверждается по согласованию с уполномоченным государственным органом.

Ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо — прекратившим существование после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц. С момента внесения такой записи кредиторы утрачивают право обращения с исками об удовлетворении своих требований, а само юридическое лицо утрачивает возможность судебной защиты своих прав. Этим обстоятельством ликвидация также отличается от реорганизации, при которой в отдельных случаях, скажем при привлечении правопреемников к солидарной ответственности, возможна защита прав кредиторов и после внесения соответствующих записей в государственный реестр.

13. Таков процесс ликвидации юридических лиц, включая предпринимательские организации, определенный законом. Однако в жизни не все проходит так гладко. Нередко между ликвидационной комиссией и кредиторами возникают конфликты, не все кредиторы своевременно узнают о предстоящей ликвидации юридического лица, а из тех, кто заявил претензии вовремя, не все получают полное удовлетворение своих требований и т. д. Статья 64 ГК РФ предусматривает три подобные ситуации и указывает правовые пути выхода из них.

Ситуация первая. При отказе ликвидационной комиссии в удовлетворении требований кредитора либо уклонении от их рассмотрения кредитор вправе до утверждения ликвидационного баланса юридического лица обратиться в суд с иском к ликвидационной комиссии. По решению суда требования кредитора могут быть удовлетворены за счет оставшегося имущества ликвидируемого юридического лица.

Ситуация вторая. Требования кредитора, заявленные после истечения срока, установленного ликвидационной комиссией

для их предъявления, удовлетворяются из имущества ликвидируемого юридического лица, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов, заявленных в срок.

Ситуация третья. Требования кредиторов, не удовлетворенные из-за недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица, считаются погашенными. Погашенными считаются также требования кредиторов, не признанные ликвидационной комиссией, если кредитор не обращался с иском в суд, а также требования, в удовлетворении которых решением суда кредитору отказано.

Добавим от себя еще и следующее. Ход, правовые и экономические последствия ликвидации хозяйствующего субъекта определяются главным образом деятельностью ликвидационной комиссии, добросовестностью ее членов, тем, насколько последовательно и тщательно реализуют они относящиеся к ликвидации законоположения. Нельзя не согласиться с мнением о необходимости более четко установить правовой статус ликвидационной комиссии и ее членов. В настоящее время многие вопросы назначения ликвидационной комиссии в нормативном порядке не решены. Не определены и условия ответственности членов комиссии за ущерб, причиненный их противоправными действиями ликвидируемой организации, ее кредиторам.

14. Последние годы серьезные трудности в работе органов государственной власти и местного самоуправления, а также хозяйствующих субъектов вызывало то обстоятельство, что многие юридические лица, получив государственную регистрацию, долгое время не проявляют никакой активности и бесследно исчезают. К 2005 г. таких набралось более миллиона. Судебные процедуры их ликвидации были длительными и громоздкими. Удачное решение вопроса найдено в Федеральном законе от 2 июля 2005 г. № 83-ФЗ¹, внесшем изменения в Закон о государственной регистрации. С июля 2005 г. наряду с реорганизацией и ликвидацией введен новый способ прекращения деятельности юридического лица — исключение из Единого государственного реестра юридических лиц (далее — Реестр) *по решению регистрирующего органа*. Проводится оно в два этапа.

На *первом* этапе юридическое лицо признается фактически прекратившим свою деятельность (недействующим), что возможно при наличии одновременно двух условий. Юридическое

¹ СЗ РФ. 2005. № 27. Ст. 2722.

лицо в течение последних 12 месяцев, предшествующих моменту принятия регистрирующим органом соответствующего решения: а) не представляло документы отчетности, предусмотренные законодательством о налогах и сборах; б) не осуществляло операций хотя бы по одному банковскому счету. Этап завершается тем, что регистрирующий орган принимает решение о предстоящем исключении юридического лица из Реестра.

Второй этап начинается с публикации принятого решения в органах печати, в которых публикуются данные о государственной регистрации юридического лица. Публикация должна быть произведена в течение трех дней с момента принятия решения. Главная задача этапа — защитить кредиторов и иных лиц, чьи права и законные интересы затрагиваются фактом исключения недействующего юридического лица из Реестра. Это достигается тем, что одновременно с публикацией решения публикуются сведения о порядке, сроках и адресе направления такими лицами заявлений о своих претензиях в связи с принятым решением. С заявлением вправе обратиться и само юридическое лицо, которое может быть признано недействующим. Срок направления заявлений — не позднее трех месяцев со дня опубликования решения регистрирующего органа. Предусмотрены два варианта завершения этапа. *Первый*. Если будет направлено хотя бы одно заявление, административно-правовая процедура прекращается и решение об исключении юридического лица из Реестра не принимается. Но юридическое лицо может быть ликвидировано в порядке, установленном гражданским законодательством. *Второй вариант*. Заявления в течение трех месяцев не направлены, и тогда регистрирующий орган исключает недействующее юридическое лицо из Реестра путем внесения в него соответствующей записи. Исключение юридического лица из Реестра может быть обжаловано кредиторами или иными лицами, чьи права и законные интересы затрагиваются в связи с исключением недействующего юридического лица из Реестра, в течение года со дня, когда они узнали или должны были узнать о нарушении своих прав.

Федеральным законом от 18 июля 2005 г. № 89-ФЗ¹ внесено изменение в ст. 859 ГК РФ, позволяющее банкам в одностороннем порядке расторгать с «потерявшимися» клиентами договоры банковского счета.

¹ СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3100.

§ 4. Лицензирование деятельности субъектов предпринимательства

1. Сам по себе факт государственной регистрации не всегда дает право на занятие предпринимательской деятельностью. Отдельные виды предпринимательства требуют еще и получения лицензии. **Лицензия есть специальное разрешение (право) на осуществление конкретного вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю.** Лицо, имеющее лицензию на осуществление конкретного вида деятельности, называется лицензиатом. Лицензия лежит в основе особого института предпринимательского права — лицензирования, включающего обширные мероприятия по предоставлению и аннулированию лицензий, приостановлению, возобновлению и прекращению их действия, контролю за соблюдением лицензиатами лицензионных требований и условий, ведению реестров лицензий, предоставлению заинтересованным лицам сведений из реестров и иной информации о лицензировании.

Лицензирование содержит в себе два противоречивых начала. Оно прежде всего выступает дополнительной правовой гарантией нормального развития рыночной экономики и конкуренции. Лицензирование оберегает экономику от возможных деформаций, проникновения на рынки с предложениями товаров, работ и услуг людей несведущих, не имеющих необходимой материальной базы для осуществления предпринимательской деятельности, защищает участников рыночных отношений, включая самих предпринимателей, а не только потребителей, от недобросовестных лиц. Вместе с тем лицензирование есть средство ограничения правоспособности хозяйствующих субъектов, служит серьезным барьером для осуществления предпринимательской деятельности, жестким рычагом воздействия на нее со стороны государства. Лицензирование, кроме того, требует от хозяйствующих субъектов значительных материальных расходов. Получение лицензии с учетом стоимости проведения экспертиз и иных связанных с **этим** затрат подчас обходится лицензиату, по подсчетам специалистов, в 80—100 тыс. руб. В этом круге противоречий и «вертится» механизм правового регулирования лицензирования, где главным

остается вопрос о том, какие виды деятельности подвергать лицензированию и как его организовать.

2. Согласно п. 1 ст. 49 ГК РФ перечень видов деятельности, которыми юридические лица могут заниматься только на основании специального разрешения (лицензии), определяется законом, принимаемым Федеральным Собранием. Другие органы государственной власти не имеют права издавать акты, вводящие или отменяющие лицензирование.

Лицензирование было введено задолго до принятия ГК РФ, и регулировалось оно главным образом актами Президента РФ и Правительства РФ. После вступления в силу ГК РФ лицензионное законодательство неоднократно менялось. Первый Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» (октябрь 1998 г.), насчитывавший многие сотни таких видов, утратил силу в связи с принятием одноименного Закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ¹, который позднее ежегодно изменялся и дополнялся. Наиболее существенные изменения, связанные с сокращением лицензируемых видов деятельности, внесены Федеральным законом от 2 июля 2005 г. № 80-ФЗ². Согласно Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 156-ФЗ с 1 января 2007 г. прекращено лицензирование еще шести видов деятельности.

Необоснованная отмена лицензирования способна повлечь тяжкие последствия. Например, по мнению специалистов, одной из причин роста числа жертв автомобильных катастроф послужила отмена лицензирования деятельности перевозчиков на рынке транспортных услуг. Наступление столь же негативных последствий прогнозируют специалисты в результате отмены с 1 января 2007 г. лицензирования деятельности по строительству зданий и сооружений, по проведению проектных и изыскательских работ.

3. При изучении правовых аспектов лицензирования необходимо иметь в виду, что в нашей стране нет единого федерального закона, который бы регулировал лицензирование всех подпадающих под этот метод государственного контроля видов предпринимательской деятельности. Действие Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ не распространяется на

¹ СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. 1. Ст. 3430.

² СЗ РФ. 2005. № 27. Ст. 2719; см. также: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 254-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

деятельность кредитных организаций; деятельность, связанную с защитой государственной тайны; деятельность в области производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции; деятельность в области связи; биржевую деятельность; деятельность в области таможенного дела; нотариальную деятельность; страховую деятельность, за исключением пенсионного страхования, осуществляемого негосударственными пенсионными фондами; деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг; осуществление внешнеэкономических операций; осуществление международных автомобильных перевозок грузов и пассажиров; приобретение оружия и патронов к нему; использование результатов интеллектуальной деятельности; использование орбитально-частотных ресурсов и радиочастот для осуществления телевизионного вещания и радиовещания (в том числе вещания дополнительной информации); использование природных ресурсов, в том числе недр, лесного фонда, объектов растительного и животного мира; деятельность, работы и услуги в области использования атомной энергии; образовательную деятельность.

Лицензирование перечисленных видов деятельности устанавливается другими федеральными законами. Так, гл. 6 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»¹ регулирует лицензирование деятельности в области связи. Установлено, в частности, что выдача, изменение условий или продление сроков действия лицензий на право деятельности в области связи, а также прекращение действия лицензий производятся компетентным федеральным органом исполнительной власти². В Законе РФ «О недрах» (в ред. Федерального закона от 3 марта 1995 г. № 27-ФЗ)³ несколько статей (ст. 12, 13¹—16) также посвящены лицензированию.

¹ СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 245-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 1. Ч. I. Ст. 8.

² Этот орган за последние годы неоднократно реорганизовывался и менял название. В настоящее время им является находящаяся в ведении Мининформсвязи России Федеральная служба по надзору в сфере связи. Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 318 // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2781.

³ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 25 октября 2006 г. № 173-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 44. Ст. 4538.

§ 4. Лицензирование деятельности субъектов предпринимательства 215

Что касается видов деятельности, не подпадающих под указанное исключение, то их исчерпывающий перечень приведен в ст. 17 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ. Введение лицензирования иных видов деятельности возможно только путем внесения дополнений в этот перечень. Ниже речь пойдет о лицензировании по Федеральному закону от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ.

Этим Федеральным законом:

а) закреплены юридические гарантии от возможных в будущем рецидивов излишеств в лицензировании. К лицензируемым относятся виды деятельности, осуществление которых может повлечь за собой нанесение ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства, культурному наследию народов Российской Федерации и регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием;

б) уточнены полномочия Правительства РФ при осуществлении лицензирования. Правительство РФ утверждает положения о лицензировании конкретных видов деятельности; определяет федеральные органы исполнительной власти, осуществляющие лицензирование конкретных видов деятельности; устанавливает виды деятельности, лицензирование которых осуществляется органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации.

Перечень федеральных органов исполнительной власти, осуществляющих лицензирование, а также перечень видов деятельности, лицензирование которых осуществляется органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, и федеральных органов исполнительной власти, разрабатывающих проекты положений о лицензировании этих видов деятельности, был утвержден постановлением Правительства РФ от 26 января 2006 г. № 45'. Минэкономразвития России выдает лицензии на осуществление экспортно-импортных операций с отдельными видами товаров; МПР России принимает нормативные правовые акты о форме долгосрочной лицензии на пользование объектами животного мира, а лицензии более чем на десяток видов соответствующей деятельности выдает ведомственная ему Федеральная служба по надзору в сфере природопользования. Федеральная служба по ветеринарному и фи-

¹ СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 700.

тосанитарному надзору выдает лицензии на отдельные виды деятельности в области племенного животноводства, элитного семеноводства¹. В отдельных случаях в решении вопроса о предоставлении лицензии участвует несколько федеральных органов исполнительной власти. Так, постановлением Правительства РФ от 16 июля 2005 г. № 438² утвержден Перечень лекарственных средств, которые ввозятся в Россию на основании лицензии, выдаваемой Минэкономразвития России. Однако для получения лицензии необходимо представить в министерство заключение Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития о возможности выдачи такой лицензии;

в) установлены два порядка лицензирования — общий и упрощенный. Для получения лицензии *в общем порядке* ее соискатель направляет или представляет в соответствующий лицензирующий орган заявление о предоставлении лицензии. В заявлении для юридического лица и индивидуального предпринимателя указываются, в частности, адреса мест осуществления лицензируемого вида деятельности и данные документов, подтверждающих факт внесения сведений о них в соответствующий Единый государственный реестр юридических лиц. К заявлению должны быть приложены документы, исчерпывающий перечень которых приведен в ст. 9 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ. Лицензирующий орган не вправе требовать от соискателя лицензии представления документов, не предусмотренных Федеральным законом.

Лицензия выдается на срок не менее пяти лет. По его окончании срок может быть продлен по заявлению лицензиата. Положениями о лицензировании конкретных видов деятельности может быть предусмотрено бессрочное действие лицензии.

У *упрощенного порядка* лицензирования прослеживаются особенности не только по сравнению с общим порядком, но также в зависимости от того, прибегает ли к нему соискатель лицензии (будущий лицензиат) или хозяйствующий субъект — уже действующий лицензиат, пожелавший заменить примененный к нему ранее общий порядок на упрощенный.

¹ См. подробнее утвержденные Правительством РФ положения о федеральных органах исполнительной власти.

² СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. II. Ст. 3172.

Упрощенный порядок применяется не ко всем, а лишь в отношении отдельных видов деятельности, лицензирование которых осуществляется в целях защиты имущественных прав и законных интересов граждан. Непременным условием применения упрощенного порядка является заключение *соискателем лицензии или лицензиатом* договора страхования гражданской ответственности либо наличие у *лицензиата* сертификата соответствия осуществляемого им лицензируемого вида деятельности международным стандартам. Существенные условия договора страхования и перечень сертификатов соответствия устанавливаются Правительством РФ.

Соискатель лицензии, сразу решивший избрать упрощенный порядок лицензирования, к заявлению о предоставлении лицензии прилагает, помимо документов, необходимых при лицензировании в общем порядке, еще копию договора страхования гражданской ответственности. *Лицензиат* же, пожелавший перейти на упрощенный порядок лицензирования, направляет или представляет в лицензирующий орган заявление об этом с приложением копии договора страхования гражданской ответственности или копии сертификата соответствия осуществляемого им лицензируемого вида деятельности международным стандартам.

Во всех случаях установлен сокращенный срок рассмотрения лицензирующими органами заявлений о применении упрощенного порядка лицензирования — не свыше 15 дней. Лицензирующими органами не проводятся", предварительная проверка возможности выполнения *соискателем лицензии* лицензионных требований и условий, плановые проверки соответствия деятельности *лицензиата* лицензионным требованиям или условиям (подробнее см. п. 6 ст. 9 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ);

г) лицензирующие органы ведут реестры лицензий на все виды деятельности, лицензирование которых они осуществляют. В реестр заносится обширная информация о лицах, получивших лицензию, и об их предпринимательской деятельности (см. ст. 10 и 14 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ). Эта информация открыта для ознакомления с ней физических и юридических лиц;

д) закреплены требования в отношении лицензий юридических лиц к индивидуальным предпринимателям на случай ре-

организации последних и появления иных новых обстоятельств. Так, в случае реорганизации юридического лица в форме преобразования, изменения его наименования или места его нахождения либо изменения имени или места жительства индивидуального предпринимателя, а также в случае изменения адресов мест осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем лицензируемого вида деятельности лицензиат — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель либо его правопреемник обязаны подать заявление о переоформлении документа, подтверждающего наличие лицензии¹;

е) законодательно определены границы лицензионного контроля. Он проводится лицензирующим органом в целях проверки полноты и достоверности сведений о соискателе лицензии, содержащихся в представленных им заявлении и документах, возможности выполнения им лицензионных требований и условий, а также проверки сведений о лицензиате и соблюдении им лицензионных требований и условий при осуществлении лицензируемого вида деятельности.

Лицензирующий орган обязан приостановить действие лицензии в случае привлечения судьей лицензиата к административной ответственности за нарушение лицензионных требований и условий, а если лицензиат в установленный судьей срок не устранит эти нарушения — обратиться в суд с заявлением об аннулировании лицензии. Лицензия аннулируется решением суда.

4. По ныне действующему законодательству коммерческие организации, как правило, не обязаны указывать в учредительных документах виды своей деятельности и осуществлять любую деятельность, не запрещенную законом. Однако при занятии предпринимательством им да и другим хозяйствующим субъектам надо проявлять осторожность в выборе своей деятельности и не допускать до получения специального разрешения такой, на которую необходима лицензия. Лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность без специального разрешения (лицензии), несет уголовную ответствен-

¹ Об особенностях судьбы лицензий при реорганизации юридических лиц в форме слияния и при реорганизации в форме присоединения, разделения или выделения осуществляющих лицензируемые виды деятельности субъектов естественных монополий см. соответственно п. 1 ст. 11 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ.

ность по ст. 171 УК РФ. Равным образом и должностные лица органов, уполномоченных на ведение лицензионной деятельности, за неправомерный отказ или уклонение от выдачи лицензии привлекаются к уголовной ответственности по ст. 169 УК РФ.

Уголовная ответственность физических лиц наступает в случае, если их деятельность без лицензии или с нарушением условий последней причинила крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжена с извлечением дохода в крупном размере. Если такого рода последствий нет, то противоправное поведение рассматривается в административном порядке.

В административном порядке несут ответственность за нарушение лицензионного законодательства не только физические лица, но и все хозяйствующие субъекты. Например, осуществление предпринимательской деятельности без специального разрешения (лицензии), если такое разрешение (такая лицензия) обязательно (обязательна), влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 20 до 25, на должностных лиц — от 40 до 50, на юридических лиц — от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией изготовленной продукции, орудий производства и сырья или без таковой. Осуществление предпринимательской деятельности с нарушением условий, предусмотренных специальным разрешением (лицензией), влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 20, на должностных лиц — от 30 до 40, на юридических лиц — от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда (ч. 2 и 3 ст. 14.1 КоАП РФ). Федеральный закон от 2 июля 2005 г. № 80-ФЗ дополнил ст. 14.1 КоАП РФ ч. 4, которой введена повышенная ответственность за грубое нарушение условий лицензии. Понятие грубого нарушения в отношении конкретного лицензируемого вида деятельности устанавливается Правительством РФ.

§ 5. Правовая культура и правосознание предпринимателя

1. Исследования, проведенные в различных странах, показывают примерно один и тот же результат: доля людей, способных к эффективному занятию предпринимательством, невелика — она колеблется от 3 до 15%. Это объясняется тем, что осу-

шествление предпринимательской деятельности требует особых способностей, специфических личных качеств. В методике выявления предпринимательских способностей, которой пользуется Американская ассоциация управления, в качестве основных выделяются следующие личностные характеристики: инициатива, опережающий поиск новых возможностей; готовность пойти на риск, принять на себя ответственность; ориентация на эффективность и качество, умение находить пути делать вещи лучше, быстрее, дешевле; устремленность, упорство и настойчивость в достижении поставленной цели; независимость в принятии решений и уверенность в себе; личная организованность и требовательность, контроль за исполнением подчиненных; широкая информированность, деловая общительность и контактность; видение перспективы, планирование и наблюдение.

Предпринимательство осуществляется независимо от хозяйственной системы. Оно может быть на государственном предприятии, хотя здесь инициатива руководителя сковывается приказами и инструкциями «сверху». В рыночном хозяйстве успех приносит свободное предпринимательство. Предприниматель должен свободно использовать принадлежащее ему, арендуемое или переданное в пользование имущество. Он должен свободно решать, что и как производить, выбирать поставщиков и потребителей, устанавливать цены, распоряжаться прибылью, остающейся после уплаты налогов, решать вопросы расширения и обновления производства и т. д. Вхождение российской экономики в рыночные отношения среди множества личностных характеристик отечественного предпринимателя все явственнее на передний план выдвигает формирование его высокого правосознания, овладение им всем богатством правовой культуры.

2. Правовая культура есть разновидность культуры общества и государства. Последняя относится к самым фундаментальным и многогранным понятиям, с которыми имеет дело обществознание. Достаточно сказать, что различными авторами предложено более 260 ее определений: от самых широких трактовок (например, для обозначения того, что создано человеком, в отличие от данного природой, находящегося в естественном состоянии, к чему еще не прикасалась рука человека) до самых узких (скажем, для обозначения культуры физиче-

ской). В понятие культуры включают специфические способы организации, функционирования и развития человеческой жизнедеятельности, особенности сознания и поведения людей в конкретных сферах общества, выражающиеся в предметах материального и духовного труда, системе социальных норм, отношениях людей между собой, к самим себе и окружающей природной среде.

Множественность представлений о культуре общества обусловила различные подходы и к пониманию правовой культуры. Иногда ее ограничивают чисто личностным аспектом, сводят к оценочному показателю, измерителю отношения отдельных лиц, скажем предпринимателей, к праву: уважительное — неуважительное, более уважительное — менее уважительное. Соответственно им присваивается степень культурности в правовой сфере. При этом делается общий вывод, что не каждому человеку, обладающему правосознанием, присуща правовая культура.

Не вызывает сомнений значение такой трактовки правовой культуры. Конечно же правовая культура органично включает уважительное отношение людей к праву, и с нею явно не в ладах те, кто совершает правонарушения, особенно преступления. Поведенческий аспект часто используется на практике и в теоретических исследованиях, когда речь идет о правовой культуре не только отдельных граждан, но и различных их общностей: депутатов, кадрового состава исполнительной и судебной власти, членов партий, профсоюзов, предпринимательских и других общественных объединений, трудовых коллективов. Однако было бы неверным сводить всю проблему правовой культуры лишь к оценке поведения людей, оставляя за ее пределами, в частности, факторы, детерминирующие это поведение.

Правильнее рассматривать правовую культуру более широко как собирательное понятие, объединяющее совокупность материальных и духовных ценностей в правовой сфере, накопленных в процессе общественно-исторической практики предыдущими поколениями и используемых и развиваемых участниками общественных отношений в современных, нынешних условиях. *Правовую культуру можно определить как часть культуры общества, относящуюся к сфере действия права и отраженную (выраженную) в сознании, поведении и результатах деятельности людей.*

3. Элементы правовой культуры подразделяются на две относительно самостоятельные группы. *Первую группу* составляют элементы, воплощенные в каких-то предметах: принятых в установленном порядке разного рода нормативных и ненормативных правовых актах, регулирующих предпринимательскую и иную социально значимую деятельность, опубликованных теоретических концепциях и *идеях*, отображенных в скульптурных и архитектурных памятниках. Эти предметы существуют как бы сами по себе, независимо от их создателей. Примечательная их особенность — общедоступность и долговечность, способность удовлетворять интересы как современников, так и будущих поколений. Именно из них мы узнаем о зарождении и истории развития предпринимательства. Во *вторую группу* входят элементы духовной правовой культуры, связанные с сознанием, мышлением, психологическими особенностями людей. Они имманентны каждому человеку, индивидуальному предпринимателю и их коллективам, неотделимы от них, характеризуют их субъективное отношение к правовым явлениям. Вне эти элементы проявляются во влекущем правовые последствия поведении, в опосредуемой правом предпринимательской деятельности.

В научной литературе высказаны различные подходы к набору элементов правовой культуры, определению их числа. К конкретным элементам правовой культуры, имеющим важное значение для строительства России как демократического правового социального государства, для проведения экономических реформ, обеспечения правопослушного поведения (деятельности) участников общественных отношений, борьбы с преступностью и иными правонарушениями, относятся правосознание, пронизывающее все элементы правовой культуры; право и правотворческий процесс; правоотношения; законность.

Ключевую роль в структуре правовой культуры играет право. Это определяется прежде всего тем, что оно выступает государственно обязательным нормативным регулятором общественных отношений. Кроме того, право, с одной стороны, вобрало и непрерывно продолжает вбирать все позитивное, накапливаемое правовой культурой в целом в ходе ее поступательного развития. В то же время право само служит мощным рычагом, в зависимости от содержания своих норм, прогрессивной или регрессивной динамики общества, государства, сознания, пове-

дения и результатов деятельности участников общественных отношений, а также изменений во всех элементах правовой культуры.

В теме 3 «Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности» были рассмотрены три концепции правопонимания. Каждая из них и все они вместе, дополняя друг друга, дают развернутую характеристику правовой культуры и ее элементов, выступают активным фактором совершенствования, развития и повышения правовой культуры. Ведь последняя, будучи разновидностью культуры общества, генетически обусловлена правом.

Узконормативное понимание права незаменимо в привитии вкуса к правовой культуре, побуждает к познанию, изучению правовой «материи». В нормах права, как правило, содержатся рациональные и чеканные формулировки о правах, обязанностях и юридической ответственности участников регулируемых ими предпринимательских и иных общественных отношений. Как масштаб поведения норма права позволяет предвидеть поведение людей в будущем, измерять в настоящем, оценивать в прошлом. Это облегчает каждому предпринимателю, оказавшемуся участником регулируемого нормой права общественного отношения и знающему ее содержание, поиск решения о поведении, дает возможность заранее просчитать последствия собственных правовых действий и обоснованно прогнозировать варианты поведения своих партнеров.

Концепция правопонимания, сориентированная на процесс реализации права, инициирует повышение правовой культуры поведения, предполагает не только знание норм права, но и умение участников общественных отношений пользоваться предоставляемыми правом возможностями. Основным каналом реализации права является особая разновидность общественных отношений — правоотношения. Специфика правоотношения состоит в том, что его стороны связаны взаимными правами, обязанностями и юридической ответственностью. Реальное правоотношение складывается при одновременном наличии трех условий. Во-первых, его сторонами могут быть лишь субъекты права, т. е. лица, обладающие право- и дееспособностью. Правоспособность — возможность лица быть носителем прав, обязанностей и юридической ответственности. Дееспособность означает превращение правоспособности в действительность — способность лица своими действиями порождать права, обязан-

ности, юридическую ответственность. Во-вторых, общественное отношение приобретает характер правового при наличии призванной регулировать его нормы права. Исключения из этого общего правила могут устанавливаться лишь законодателем. Так, согласно ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают не только из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, но также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или иными правовыми актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В-третьих, реальное правоотношение возникает только под воздействием юридического факта. Он оживляет, приводит в движение юридическую норму, которая до этого была лишь зафиксирована на бумаге. **Юридический факт — это складывающиеся в результате событий или действий реальные жизненные обстоятельства, с которыми право связывает возникновение, изменение или прекращение правоотношений.** Опора в общественных отношениях в форме правоотношений на право придает их участнику, строго следующему содержанию нормы права, уверенность в правильности совершаемых поступков, непререкаемости вызываемых ими последствий, в том, что в случае возникновения конфликтов, любых посягательств на права и свободы его интересы будут надежно защищены государством.

Неоценим вклад в развитие правовой культуры концепции предзаконного, догосударственного права. Последняя помогает участникам предпринимательских отношений отыскивать среди бесчисленного множества поведенческих актов именно такие, которые имеют правовую природу, т. е. регулируются объективно складывающимися нормами догосударственного, предзаконного права. Общий отличительный признак последних состоит в том, что они наделяют участников общественных отношений правами и обязанностями таким образом, что обязанность становится условием реализации права, а право возникает лишь при наличии соответствующей ему обязанности. Эти изначально правовые нормы гарантируются и обеспечиваются в пределах данного отношения самими его сторонами. Статус официально правовых они приобретают при инкорпорировании в законодательство.

Таким образом, догосударственные, предзаконные нормы права, опосредующие общественные отношения правового ха-

рактера, не есть официально признанное право, но служат его необходимой предпосылкой, социально-экономической и нравственной базой. Правовая культура официального правотворчества — подготовка, принятие и опубликование нормативных актов — во многом определяется тем, насколько воплощенные в них нормы адекватны реалиям, сложившимся или могущим сложиться в жизни, на практике. Назначение государственных правотворческих органов — Федерального Собрания РФ, органов законодательной власти субъектов Российской Федерации и других состоит не в «сочинении», «придумывании» законов и иных нормативных актов, а в том, чтобы искать нормативные правовые решения, адекватные запросам реформируемого российского общества, в самих складывающихся в нынешних условиях реальных общественных отношениях, в первую очередь экономических. Надо отыскивать, «открывать» и придавать государственную обязательность правовых норм тем правилам, которыми фактически, на деле руководствуются участники позитивных общественных отношений, служащих благу людей, общества и государства.

4. Правовая культура, в полной мере отвечающая объективным запросам поступательного движения общества, государства, предпринимателей и других граждан, не складывается стихийно. Требуются настойчивые усилия по ее культивированию, распространению, привитию всем субъектам социального общения. Например, Указом Президента РФ от 28 февраля 1995 г. одобрена представленная Центральной избирательной комиссией РФ Федеральная целевая программа повышения правовой культуры избирателей и организаторов выборов — членов избирательных комиссий всех уровней¹. Немаловажное место в повышении правовой культуры предпринимателей наряду с другими факторами занимает формирование их правосознания.

Правосознание — одна из форм общественного сознания, отражающего в сознании людей окружающую их действительность. Представляя собой общую форму духовного освоения мира (бытия), общественное сознание включает конкретные формы. Последние обособляются, исходя из предмета и способа отражения, а также роли в жизнедеятельности общества. По отмеченным основаниям наряду с правосознанием принято

¹ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 862.

различать еще политическое сознание, мораль, религию, искусство, философию, науку. Отдельные авторы в качестве самостоятельных рассматривают и некоторые другие формы общественного сознания, в частности экономическое и эстетическое. Все эти формы общественного сознания присущи и предпринимателям.

Особенность правосознания состоит в том, что оно, будучи элементом правовой культуры, отражает правовую действительность — право как нормативную систему и обусловленные им правовые явления. Все формы общественного сознания взаимосвязаны, а его членение на них подчас весьма условно. Правосознание ввиду отражения им прежде всего права как нормативной системы, регулирующей поведение людей, особенно тесно переплетено с формами общественного сознания, которые отражают неправовые социально-нормативные регуляторы, — политическим сознанием, моралью, религией. Прочной связи различных форм общественного сознания способствует то обстоятельство, что всем им, в том числе правосознанию, присуща одинаковая внутренняя структура.

5. Внутренняя структура правосознания включает два крупных компонента: правовую психологию и правовую идеологию. Правовая психология раскрывается через понятия, характеризующие психику человека, отражает наполненную правовым содержанием его психологическую, умственную деятельность. Это, например, чувства, настроения, эмоции в области права и правовых явлений, которые, как правило, стихийно складываются на основе условий жизни человека. Данный компонент правосознания нуждается в особо внимательном отношении к себе, так как он детерминирует деятельность людей, под его непосредственным воздействием человек совершает те или иные акции; к нему, следовательно, уходят самые глубокие корни правовой активности, всей правовой культуры, как правоупослушного, правомерного поведения, так и совершаемых правонарушений, включая преступления.

Роль различных элементов в правовой психологии и, соответственно, в деятельности предпринимателя неодинакова, что следует учитывать в оценке его поведения, в том числе при регулировании самими предпринимателями возникающих между ними споров, а также при рассмотрении дел с их участием судом. Можно выделить несколько срезов (уровней) психической деятельности. Первый включает интересы, волю, мотивы и це-

ли. Он формируется главным образом под влиянием объективных условий жизни человека: экономических, социальных, политических. Нередко, например, возникновение у людей интересов и целей не зависит от них самих, а диктуется внешними обстоятельствами.

Второй срез — привычки, за которыми стоят древнейшие регуляторы поведения людей — обычаи, традиции. Этот элемент правовой психологии самый устойчивый, консервативный и наиболее трудно преодолимый. Привычки вырабатывают автоматизм в принятии поведенческих решений. Искоренение вредных антиобщественных привычек, разного рода негативных пережитков прошлого, равно как и внедрение в правовую психологию привычек прогрессивных, социально полезных, например привычки соблюдать и исполнять в предпринимательской деятельности нормы права, — важное условие профилактики правонарушений в экономической сфере.

Третий срез психической деятельности, представленный чувствами, настроениями, переживаниями, напротив, очень подвижен. Его яркая особенность — быстрое изменение отношения к правовым явлениям, смена оценок на противоположные: от безусловного одобрения к полному отрицанию. Достаточным поводом для этого может быть что-то увиденное, услышанное, пережитое.

Четвертый срез показывает определенную пассивность самой личности в отношении правовой действительности. Это выражается в подверженности таких лиц быстрой внушаемости, их слепом подражании поведению других. У психически пассивных отношение к праву и правовым явлениям формируется под определяющим влиянием ближайшего окружения, кому и чему они подражают. В частности, подражание отрицательному, противоправному поведению, восприятие его как образца ведут к выработке у таких лиц установку! на столь же противоправное свое собственное поведение.

Правовая идеология выступает как бы официальным компонентом правосознания, отражает правовые взгляды, опирающиеся на научные представления о правовой действительности. Особенность правовой идеологии состоит в том, что она способна обособляться от своего носителя, находит оформление, внешнее выражение в актах государства — законах, указах и иных, а также в правовых идеях, концепциях, теориях, публикуемых в книгах и статьях их авторов.

Правовую психологию и правовую идеологию не следует противопоставлять друг другу, в частности расценивать психологию как нечто второстепенное. В сознании человека оба компонента «перемешаны», слиты, а по-разному они проявляются лишь вовне. Творец правовой нормы, идеи, концепции, теории передает, воплощает, материализует в них всю силу своей психики — чувств, разума, эмоций. При расхождении между тем, что человек думает, как он чувствует, воспринимает правовую действительность, и тем, как он это все излагает в правовых нормах, идеях, концепциях, теориях, не будет достигнуто достаточно удовлетворительное состояние ни правовой психологии, ни правовой идеологии.

6. Значение правосознания в предпринимательской деятельности весьма многогранно, и его трудно переоценить. Дело в том, что право и зафиксированные в его нормах поведенческие модели сами по себе, находясь в статическом состоянии, помимо человека не оказывают никакого влияния на реальные общественные отношения, на состояние правовой культуры, законности, правопорядка и общественного порядка. Право может внедриться в реальное общественное отношение, регулировать его только через поведение, деятельность каждого отдельно взятого человека, в чем бы такая деятельность ни выражалась. Но для этого нормы права должны проходить, преломляться через сознание человека, **находить** отражение в правосознании.

Более конкретно правосознание:

отражая и оценивая нынешнее состояние правовой действительности и вырабатывая представления по ее улучшению, служит незаменимым источником совершенствования всего действующего механизма правового регулирования — норм права и практики их реализации, укрепления законности, охраны правопорядка, повышения правовой культуры;

обладая качеством ретроспективы, способно воспроизводить и выражать отношение к прежнему праву и связанным с ним явлениям. Этим самым через правосознание достигается преемственность в праве, восприятие им ценностей, накопленных историей права. Лучшие, проверенные многолетней практикой образцы путем рецепции становятся достоянием права современного, действующего;

на основе интеграции прошлого и **настоящего** права посредством опережающего **отражения** общественных отношений вы-

рабатывает максимально приближенные к возможной реальности представления о будущем праве — о его постепенном «отмирании» или усилении роли в обществе и государстве. Это делает более целенаправленной работу по улучшению уже сложившегося механизма правового регулирования;

служит незаменимым «полем», на котором осуществляется взаимосвязь и взаимодействие правосознания с другими формами общественного сознания, отражающими вместе с правосознанием одни и те же реалии. Тем самым правосознание воздействует на улучшение всего механизма социального регулирования, создает необходимые предпосылки для взаимообогащения всех форм общественного сознания, преодоления противоречий между самими формами общественного сознания и отражаемыми ими реальностями: между нормами права и иными социальными нормами, а также между регулируемыми различными социальными нормами общественными отношениями.

Правосознание, таким образом, есть необходимая составляющая реформирования России, создания социально ориентированной рыночной экономики с преобладанием в ней предпринимательства. В правовой сфере на его основе переосмысливается наше прошлое, аргументируются отказ от несостоятельных норм и стереотипов и необходимость преемственности накопленного в прошлом положительного опыта, вырабатываются поведенческие модели всего процесса преобразований общества и государства, образцы оптимальной предпринимательской деятельности. Однако практика свидетельствует, что правосознание, к сожалению, не заняло еще predeterminedного ему места. Продолжается рост преступности в предпринимательской среде; 60—90% нормативных актов (инструкций и т. п.), которые готовятся федеральными министерствами и ведомствами и предъявляются для регистрации в Министерство юстиции РФ, противоречат действующему законодательству. Судами восстанавливаются на прежнюю работу более половины уволенных по инициативе работодателей. Разрастаются недисциплинированность, необязательность, безнаказанность. Отменяются как противоречащие законодательству региональные правовые акты.

Самую большую опасность для правосознания представляет давно укоренившийся в России правовой нигилизм — отрицание права как ценности. Правовой нигилизм лежал в основе немирных социальных революций, сопровождавшихся насильственным сломом государственно-правовых институтов вместо

решения назревших проблем путем реформирования общества и государства с помощью права. Правовой нигилизм ярко проявился уже в первые годы советской власти и в последовавшие затем годы культа личности.

Не избежала правового нигилизма Россия и после распада СССР, когда допускалось главенство политики над правом. Право «молчало» при «ропуске» с помощью Вооруженных Сил РФ Верховного Совета РФ, при проведении экономических реформ с грубыми нарушениями Закона о приватизации государственного и муниципального имущества — основного нормативного акта о коренном преобразовании народного хозяйства. Правовой нигилизм проявляется и в деятельности законодательных органов, не принимающих под различными надуманными предлогами крайне необходимые и уже подготовленные законы, например регулирующие борьбу с коррупцией и экономические, предпринимательские отношения. В результате законодательное регулирование подменяется субъективным усмотрением заинтересованных лиц.

Все это наносит существенный урон формированию нового правосознания в возрождающейся России. Низкий уровень правосознания, а тем более правовой нигилизм стали заметным препятствием на пути дальнейшего цивилизованного реформирования России. Необходимы кардинальные меры по устранению дефектов правосознания и причин, их вызывающих. Правосознанию мало быть простым зеркальным отражением, регистратором, фиксатором окружающей правовой действительности. Его призвание — позитивно-критически осваивать отражаемое, вырабатывать рациональные рекомендации по поддержке средствами права прогрессивных социально-экономических и политических процессов и устанавливать непреодолимый заслон всему, что им мешает.

7. Выяснение этой объективно детерминированной роли правосознания зависит от его носителей, их правового воспитания, готовности со знанием дела действовать в области права. Применительно к конкретным носителям отчетливо выделяются правосознание индивидуальное, групповое и общественное. При этом индивидуальное составляет основу правосознания как явления в целом. Групповое и общественное надстраиваются над ним, формируются как его продолжение.

Индивидуальное правосознание свойственно каждому отдельно взятому предпринимателю, гражданину. Конкретные факто-

ры, оказывающие решающее влияние на формирование индивидуального правосознания, весьма многочисленны. По критерию «близости» к ним самой личности, ее возможностей влиять на них эти факторы можно свести в несколько групп. Первая связана с психикой человека, спецификой его чувств, восприятия, мышления, памяти, идеологической ориентации, отношением к религии. Вторая — с полом, возрастом, образованием, родом занятий, семейным, имущественным и должностным положением, местом жительства и работы. Третья — с личным опытом правовой деятельности, удачным или неудачным использованием права в решении возникавших вопросов. Четвертая — с динамикой общественно-политической и социально-экономической ситуации в стране, степенью доверия человека к органам государственной власти и местного самоуправления, хозяйствующим субъектам. Повышение индивидуального правосознания предполагает, таким образом, с одной стороны, активность самой личности по устранению зависящих от нее обстоятельств, которые отрицательно влияют на правосознание, а с другой — целенаправленные скоординированные усилия общества и государства по созданию вокруг каждого человека среды, положительно воздействующей на правосознание и минимизирующей отрицательное воздействие.

Групповое правосознание характеризует восприятие и осмысление правовой действительности определенными общностями людей. Их классификация может осуществляться, в зависимости от целей исследования группового правосознания, по различным критериям: возрастному, территориальному, профессиональному и т. д. Часто практикуется, например, изучение отдельно правосознания городских и сельских жителей; членов различных трудовых коллективов, занимающихся сходной профессиональной деятельностью, отдельных групп предпринимателей.

Естественно, путь к групповому правосознанию лежит через индивидуальное правосознание. Однако работа по повышению индивидуального правосознания будет малоэффективной без знания правосознания группового, т. е. сложившегося в той или иной социальной группе (общности) единообразного, схожего, совпадающего отношения к праву и правовым отношениям. Индивидуальное и групповое правосознание тесно связаны, соотносятся как единичное и особенное. Низкий уровень, антисоциальная направленность группового правосознания свидетельствуют не только о пороках индивидуального правосознания

членов соответствующей группы, но и о сложившейся в ней неудовлетворительной обстановке для исправления, коррекции индивидуального правосознания членов группы, что может провоцировать совершение ими правонарушений. В подобной ситуации необходимо принятие срочных мер по стабилизации, а затем и повышению индивидуального правосознания внутри групп. При возможности целесообразна реорганизация таких групп, в частности пополнение их людьми с устойчиво высоким правосознанием и выведение лиц с крайне низким правосознанием, склонных к совершению правонарушений.

Общественное правосознание концентрированно отражает состояние правосознания в обществе и государстве, интегрирует правосознание индивидуальное и групповое. Низкий уровень общественного правосознания в принципе недопустим и должен предупреждаться всеми возможными средствами. Устойчивая тенденция к падению общественного правосознания есть объективный признак неблагополучия в обществе и государстве, неустойчивости, кризиса сложившихся социально-политических и экономических структур, предвестник вероятных коренных перемен, в том числе и противоправными методами.

8. В последние годы применительно к отдельным носителям правосознания в самостоятельный вид стало выделяться профессиональное правосознание. Наметились два основных подхода к его пониманию. Первый — когда к обладателям такого правосознания относят лишь юристов. Оспаривать наличие особого правосознания у юристов, имеющих соответствующее образование и потому отражающих в своем сознании правовую действительность обоснованнее, доказательнее, глубже, полнее и осознаннее, очевидно, нет оснований. Однако нет достаточных оснований отрицать наличие профессионального правосознания и у других лиц, включая предпринимателей, только потому, что они не юристы.

При трактовке профессионального правосознания правильнее исходить не из формального признака — наличия или отсутствия специального юридического образования и, соответственно, особенностей отражения правовой действительности в сознании человека. Главное — сущностный, деятельный признак правосознания, то, как оно, отражая правовую действительность, оказывает обратное влияние на эту действительность. И имеющий высшее юридическое образование, но в своей практической работе профессионально никак не связан-

ный с правом и правовыми явлениями не может быть претендентом на обладание профессиональным правосознанием.

Лиц — носителей профессионального правосознания, у которых его наличие обусловлено объективными обстоятельствами, можно объединить в три группы. Первую группу составляют участники правотворческого процесса, т. е. лица, которые в силу своего служебного положения профессионально или участвуют в подготовке нормативных правовых актов, или принимают их, или делают и то и другое. К ним относятся депутаты органов государственной власти и органов местного самоуправления, руководители всех структур управления — министерств, ведомств, организаций, уполномоченные принимать «свои» нормативные правовые акты, например инструкции и положения.

Во вторую группу входят лица, которые профессионально, по роду своей деятельности, должностному положению непосредственно сами осуществляют применение права, т. е. в пределах предоставленной им компетенции издают на основе норм права юридически обязательные индивидуальные правовые акты, или участвуют в применении норм права, например готовят проекты индивидуальных правовых актов или принимают их как члены выборных (назначаемых) органов — комиссий, советов, исполнительных комитетов и т. п. Круг таких граждан охватывает, в частности, всех должностных лиц исполнительных органов государственной власти и местного самоуправления, судов, правоохранительных органов.

Третья группа состоит из лиц, профессионально занимающихся научными исследованиями государственно-правовых явлений, а также преподаванием государственно-правовых дисциплин.

Что касается наличия у перечисленных групп лиц специального юридического образования, то для некоторых таких лиц, например судей и прокуроров, оно, согласно закону, является неизменным условием допуска к соответствующей профессиональной деятельности. Для других, например директоров предприятий, главных бухгалтеров, главных экономистов, руководителей юридических лиц других организационно-правовых форм, указания о необходимой правовой подготовке (не обязательно о высшем или среднем юридическом образовании) изложены в качестве квалификационных требований к ним. В отношении третьих формального нормативного установления о правовой подготовке нет, хотя необходимость его часто

очевидна, например, для тех же депутатов законодательных органов государственной власти, профессионально занимающихся законотворчеством. В частности, за отсутствие должного профессионализма нередко подвергается критике Государственная Дума. Но этот профессионализм и не может быть обеспечен несколькими депутатами-юристами, если остальной депутатский корпус, каждый депутат в отдельности не будет заниматься своей правовой подготовкой, настойчиво формировать у себя профессиональное правосознание. Нет нормативных требований и к правовой подготовленности руководителей министерств и ведомств, должностных лиц на федеральном уровне и уровне субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, что в значительной мере объясняет их низкий профессионализм, нарушения законности при издании и применении норм права.

Во всех случаях, когда профессиональная деятельность лиц связана с принятием и применением права, целесообразно устанавливать конкретные требования к их правовой подготовке, которая соответствовала бы уровню профессионального правосознания, необходимого для эффективного осуществления такой деятельности. Делать это можно в законах о выборах депутатов, о правительствах разных уровней и других органах государственной власти, об органах местного самоуправления, а также иных нормативных актах, скажем, регламентах. Для работников исполнительных органов наличие необходимой правовой подготовки должно служить одним из условий их допуска к выполнению служебных обязанностей с последующим периодическим ее подтверждением путем проведения аттестации. Формированию и росту профессионализма депутатов способствовала бы проверка их правовых знаний по истечении определенного времени после избрания в законодательный (представительный) орган государственной власти. Нормой при осуществлении предпринимательской деятельности должна стать и правовая подготовка руководителей юридических лиц различных организационно-правовых форм, их правовое воспитание.

§ 6. Правовое воспитание предпринимателей

I. Правовое воспитание — постоянное и активное воздействие на психику людей идеологических и материальных средств с целью сделать уважение к праву и правовым явлениям (пра-

вовой действительности) личным убеждением и привычкой каждого человека. Правовое воспитание предпринимателей, его состояние, значение для предпринимательской деятельности и перспективы развития неотделимы от общих проблем воспитания граждан в современной реформируемой России.

В понимании правового воспитания надлежит подчеркнуть четыре обстоятельства. Во-первых, благородство целей — формирование высокого правосознания, когда бы человек не только отражал правовую действительность, но и оказывал на нее положительное обратное влияние. Данное обстоятельство особенно важно для предпринимательства, которое находится в процессе становления и еще не выработало устойчивых правовых традиций. Его участники вместо решения возникающих вопросов законными путями подчас отдают предпочтение противоправным акциям.

Во-вторых, цели правового воспитания достигаются двумя относительно самостоятельными средствами. Прежде всего это средства идеологические, специальное назначение которых состоит в оказании направленного воздействия на сознание, на привитие человеку определенных понятий, представлений, идей, суждений, системы взглядов в области права и правовых явлений. Многие авторы к идеологическим средствам сводят все правовое воспитание, что вызывает возражения. Важное место в нем принадлежит и средствам материальным, т. е. окружающим человека вещам, предметам, иным реальностям внешнего мира. Человека формирует вся окружающая его среда, все отношения, связи, явления, с которыми он так или иначе соприкасается. В отличие от идеологических, духовных средств материальные влияют на сознание непосредственно сами, без «посредников».

Воспитывает все — экономическая, социальная и политическая ситуация в стране и регионах, положение и динамика предпринимательства, порядок, складывающийся в общественных местах, коллективах по месту жительства и работы, и многое другое. Четкая упорядоченность общественных отношений, стабильность в условиях поступательного развития общества и государства, возможность каждому справедливо удовлетворять насущные потребности и интересы объективно формируют в сознании людей позитивное отношение к праву и правовым явлениям. Напротив, социально-экономические и политические катаклизмы, нечестность в предпринимательской деятельности,

распределении материальных, культурных и иных благ деформируют правосознание, утверждают в нем протест против сложившейся правовой действительности.

В-третьих, правовое воспитание — самостоятельный вид воздействия на сознание людей. У него есть свои особые цели и предмет, специфические формы и методы. Для проведения правового воспитания предпринимателей требуются подготовленные особым образом воспитатели, владеющие правовыми знаниями и методикой их передачи другим, умеющие влиять на правосознание людей. Эффективное правовое воспитание предпринимателей могут проводить лишь лица, хорошо знающие современные условия осуществления предпринимательства в России, его актуальные правовые проблемы.

В-четвертых, правовое воспитание не может осуществляться изолированно от других видов воспитания. Оно тесно взаимодействует с ними в той мере, в какой правосознание связано, переплетено с другими формами общественного сознания. Особенно тесная связь у правового воспитания с нравственным: внедрение в сознание предпринимателей моральных ценностей способствует утверждению и росту их правосознания, равно как и привитие уважения к праву укрепляет в сознании предпринимателей нравственные ценности и идеалы.

2. Правовое воспитание предполагает прежде всего распространение среди предпринимателей юридических знаний. Научно обоснованные знания о государственно-правовых явлениях служат важнейшей основой внедрения правовой идеологии в сознание людей. Без определенного минимума таких знаний нельзя всерьез вести речь о повышении правосознания любого человека, в том числе предпринимателя. Юридическая безграмотность свидетельствует о том, что правосознание данного индивида еще не сложилось. Когда какие-то факты и поступки никак не связываются в сознании с их юридическим значением, юридическими последствиями, тогда нет и правосознания.

Общество, государство, предприниматели да и все граждане объективно заинтересованы в том, чтобы каждый человек в большей или меньшей мере обладал правовыми знаниями. Правовые знания раскрывают содержание, смысл и назначение действующей нормативно-правовой системы, помогают уяснить механизм регулирования рыночных отношений и рационально использовать его в обновлении России. Ведь только опираясь на право, путем подготовки, принятия и реализации

законов и иных нормативных актов проводятся нынешние реформы: экономики (в частности, в нее внедряется предпринимательство), политической системы, структур государственного аппарата, армии, налогов, пенсионного обеспечения и т. д. При отсутствии правовых знаний гражданин, какое бы положение он ни занимал в обществе и государстве, работает ли он в сфере социальной, экономики или политики, не может по-деловому участвовать ни в обсуждении законов, ни в их реализации.

1 декабря 1994 г. Правительство РФ приняло постановление № 1319 «Об информационном обеспечении предпринимательства в Российской Федерации»¹. Постановлением одобрена инициатива образования специального акционерного общества «Российские информационные центры». Ему поручено создание системы информационного обеспечения предпринимательства на основе сети региональных и местных информационно-аналитических центров, проблемно ориентированных информационных баз и банков данных; информационное обеспечение федеральных органов исполнительной власти, органов на местах, а также российских и иностранных хозяйствующих субъектов по всем направлениям развития предпринимательства. Региональные и местные центры уже действуют в Волгоградской и Владимирской областях, Воронеже, Чебоксарах, Рязани и некоторых других городах. Они поставляют информацию из «глубинки» и принимают «встречный поток» информации федерального значения из Москвы.

Сказанное полностью относится и к вопросу борьбы с преступностью и иными правонарушениями, искоренения антиобщественных проявлений в предпринимательской деятельности. Его решение возможно настойчивыми усилиями не только органов государственной власти и органов местного самоуправления, но и широкой общественности, самих предпринимателей, всех граждан. Это делает необходимым воспитание у каждого человека на основе права высокого сознания, чувства гражданского долга и ответственности за свои дела и поступки, понимания надобности не только самому строго соблюдать и исполнять нормативно-правовые акты, прежде всего Конституцию РФ и законы, но и выступать за то, чтобы их читали также другие.

СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3364.

Правительство РФ постановлением от 16 февраля 2001 г. № 122 утвердило государственную программу «Патриотическое воспитание граждан Российской Федерации на 2001—2005 годы»¹. В основе этого воспитания лежит воспитание правовое: никому, включая предпринимателей, нельзя стать патриотом без элементарных знаний в области государства и права, без уважения к действующим законам и иным нормативным правовым актам.

3. В обучении предпринимателей праву трудности начинаются уже в самом начале, при определении, чему учить. Правовой массив огромен и противоречив. Одновременно действуют нормативные акты различных государств: бывших СССР и РСФСР и ставшей суверенным государством России. Согласно ст. 15 Конституции РФ составной частью нашей правовой системы являются общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации. Выход — в дифференцированном подходе к правовому воспитанию, комплектовании обучающихся с учетом их интересов, реальных потребностей в правовых знаниях. Низка результативность правового образования, когда по одной программе и вместе, в одной учебной группе учатся, повышают правовые знания лица с различными профессиями и образованием, например экономисты, инженеры, врачи, государственные и муниципальные служащие, работники хозяйственных товариществ и обществ; те, кто только начинает постигать азы права, и имеющие опыт профессиональной правовой деятельности в сфере предпринимательства.

Для правового обучения нужны адекватные его значению организационные формы. В бывшем СССР с середины 70-х гг. велось интенсивное формирование системы правового воспитания. Повсеместно — в районах, городах, поселках, многих трудовых коллективах действовали университеты правовых знаний, правовые лектории и школы, иные формы обучения, охватывавшие значительную часть населения страны. В конце 80-х — начале 90-х гг. система была полностью разрушена. Поводом послужило то, что она сложилась и функционировала на базе советской идеологии, политики и права, которые неприемлемы для нынешней России. Но созданные тогда организационные формы обучения ничем себя не скомпрометировали.

Российская газета. 2001. 12 марта.

Еще 6 июля 1995 г. Президент РФ издал Указ № 673 «О разработке концепции правовой реформы в Российской Федерации», которым к основным элементам этой реформы отнесено «развитие системы правового воспитания, в том числе укрепление системы юридического образования и юридической науки»¹. Вкладом в осуществление правовой реформы явилось бы постепенное восстановление действовавших ранее организационных форм обучения с наполнением их новым, современным правовым содержанием.

4. Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о том, кому и в каких организационных формах вести правовое обучение. Как показал опыт прошлых лет, основная тяжесть по правовому обучению ложится на плечи юристов-профессионалов, работающих в органах государственной власти и органах местного самоуправления, адвокатуре, нотариате, предпринимательских структурах. Ранее координацию правового воспитания осуществляли органы юстиции, где имелись соответствующие структурные подразделения. Сейчас этим никто не занимается.

В условиях глубоко проникшей в общество коммерциализации правовые знания фактически стали товаром особого рода. Бесплатно ими никто делиться не хочет. Органам государственной власти и органам местного самоуправления, предпринимательским объединениям необходимо самим изыскивать средства для оплаты труда преподавателей, одновременно повышая требования к качеству их работы. Нынешняя практика, когда организованные формы обучения, например всероссийские и региональные семинары, научно-практические конференции, где за высокую плату проводят занятия, выступают с лекциями и докладами специалисты-правоведы, стали доступными лишь для богатых, не может быть признана удовлетворительной. Она противоречит самим основам демократических преобразований государства.

Постановлением Правительства РФ от 7 марта 1995 г. № 224 «Об организации обучения незанятого населения основам предпринимательской деятельности» предусмотрено создание дополнительных благоприятных правовых условий для развития предпринимательской деятельности незанятого населения, обеспечения подготовки кадров для рыночной экономики и государственной поддержки малого предпринимательства². В ча-

¹ СЗ РФ. 1995. № 28. Ст. 2642.

² СЗ РФ. 1995. № 12. Ст. 1052.

ности, некоторым федеральным органам государственной власти поручено обеспечить обучение незанятого населения основам предпринимательской деятельности.

Признано необходимым организовать разработку методических материалов, типовых учебных планов и программ, эффективных технологий обучения основам предпринимательской деятельности для различных социальных групп незанятого населения, включая женщин и молодежь; организовать проведение научно-исследовательских работ в области обучения незанятого населения основам предпринимательской деятельности; осуществить подготовку и переподготовку преподавательского состава для обучения незанятого населения основам предпринимательской деятельности; разработать единые методики проведения профориентационных, профконсультационных услуг и системы отбора граждан из числа незанятого населения для обучения основам предпринимательской деятельности; разработать и ввести в действие порядок аккредитации образовательных учреждений различного уровня, осуществляющих обучение незанятого населения основам предпринимательской деятельности, и сертификации учебных программ.

Обучение незанятых граждан, зарегистрированных в службе занятости в качестве безработных и прошедших профессиональный отбор, осуществляется по направлению органов службы занятости за счет государственных средств. Другие категории населения могут обучаться основам предпринимательства за счет средств предприятий, организаций, учреждений, фондов поддержки предпринимательства, своих личных средств и других источников. Впервые за последние годы некоторым федеральным органам исполнительной власти предложено осуществлять пропаганду и распространение знаний среди незанятого населения в области предпринимательства; подготовить и издать учебную и методическую литературу для организации обучения незанятого населения основам предпринимательской деятельности. Органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации рекомендовано определить в рамках региональных программ поддержки предпринимательства основные направления организации обучения незанятого населения предпринимательской деятельности, прежде всего в приоритетных областях малого предпринимательства с учетом региональных особенностей; обеспечить развитие сети образовательных учреждений, в том числе учреждений дополнительно-

го профессионального образования, на базе которых будет осуществляться обучение незанятого населения основам предпринимательской деятельности; оказывать поддержку и содействие развитию негосударственных образовательных учреждений, осуществляющих обучение незанятого населения основам предпринимательской деятельности.

5. Правовые знания стимулируют правовую активность, правомерное поведение лишь при условии их превращения в личное убеждение человека, в установку на деятельность, готовность при любых обстоятельствах поступать согласно нормам права. Исследования показывают, что основное различие между правопослушными лицами и правонарушителями заключается не столько в их правовой осведомленности, сколько в отношении к правовой действительности — праву и практике его реализации. Поэтому в ходе правового обучения нельзя ограничиваться передачей слушателям-предпринимателям сведений о содержании норм права, о том, как надлежит им поступать в конкретной предпринимательской и иной жизненной ситуации, чтобы не нарушить правовые предписания. Интересующийся подобной правовой информацией может без особого труда почерпнуть ее сам, ознакомившись с соответствующим актом — Конституцией РФ, законом, указом и т. д. Наличие в правовых знаниях, правосознании человека оценочного момента по отношению к праву и правовым явлениям обязывает делать акцент не на зримое, лежащее на поверхности, а на глубинные процессы, на детерминированность права. Надо уметь убедительно аргументировать, почему установлена именно такая норма права, почему упорядочиваемое ею конкретное общественное отношение должно регулироваться так, а не иначе, почему нецелесообразно иное правило.

Действенным средством формирования правовых убеждений является теория права и государства. Ее изучение должно стать непременным компонентом любой формы правовой подготовки предпринимателей. Теория раскрывает общие закономерности возникновения, функционирования и развития права и государства. Овладение ими не только убеждает человека в необходимости и целесообразности придерживаться правовых предписаний в своем поведении, но часто позволяет ему в возникшей ситуации действовать правомерно без знания конкретных норм права.

6. Однако для формирования полноценного правосознания недостаточно в ходе правового обучения только знакомить предпринимателей с содержанием норм права, убеждать в их разумности. Необходимо еще правовое обучение дополнить третьей существенной составляющей — практической его направленностью. Она включает вооружение слушателей знаниями о формах и методах реализации норм права в предпринимательской деятельности, состоянии законности и правопорядка, структуре и распространенности преступлений и иных правонарушений. Без обучения людей умению пользоваться нормами права на практике, конкретным приемам и способам их реализации в повседневной, в том числе профессиональной, деятельности полученные знания могут остаться мертвым грузом, окажутся невостребованными.

7. В условиях, когда для многих граждан отсутствует возможность получения правовых знаний организованно — через лектории и другие формы правового обучения, первостепенное значение приобретает эффективное использование традиционно действующих каналов правовой информации.

Первый и самый действенный из них — стремление предпринимателей, других граждан к правовому самообразованию. В настоящее время наблюдается возрастающий спрос на юридическую литературу — нормативно-правовые акты и комментарии к ним, учебники и монографии. К сожалению, при попустительстве государства она превратилась в предмет выгодной коммерции, в результате чего высокие цены делают ее недоступной для малоимущих граждан. Совершенно очевидно, что государство прежде всего и больше всего заинтересовано в том, чтобы все граждане, особенно те, кто несет на своих плечах груз проводимых экономических реформ, изучая юридическую литературу, самостоятельно повышали правовые знания, пополняли свое сознание правовой идеологией. Ведь речь идет о правилах, которые установлены или санкционированы самим государством и которые регулируют поведение абсолютно всех участников общественных отношений. Эти правила должны быть известны тем, кому адресованы, поняты и осознаны ими.

Для усиления законности в предпринимательской деятельности, борьбы с правонарушениями в экономической сфере было бы чрезвычайно полезно сделать Конституцию РФ, законы, иные нормативно-правовые акты доступными для всех граждан,

пробуждать у них интерес к носителям правовой информации. Этого можно было бы достичь, например, путем дотирования государством выпуска части юридической литературы под рубрикой «Дешевая юридическая литература», бесплатного вручения отдельным категориям граждан основополагающих актов, например Конституции РФ, вместе с паспортом (удостоверением личности) гражданина Российской Федерации, субъектам предпринимательской деятельности — вместе со свидетельством об их государственной регистрации, Трудового кодекса РФ впервые поступающим на работу — вместе с трудовой книжкой и т. п.

Второй канал — средства массовой информации, в первую очередь газеты, способные играть роль справочной юридической литературы. Как показывают данные специальных социологических исследований, читаемость по юридической проблематике — одна из самых высоких. Пресса, иные средства массовой информации могут не только разъяснять действующее законодательство, но и показывать на примерах из жизни, предпринимательской практики, какие последствия и какую ответственность влекут нарушения установленных государством правил поведения. Высокая эффективность достигается тогда, когда публикуемая информация исходит из знания действительного состояния соблюдения законности на территории, где находятся получатели этой информации. Обладание такими знаниями дает возможность сообщать о наиболее распространенных правонарушениях и тем самым оказывать целенаправленное воздействие на правосознание предпринимателей, иных участников социального общения.

При описании примеров мало излагать имевшие место фактические обстоятельства. Каждое деяние, связанное с правонарушением, включает три стороны: личность нарушителя; совершенная им антиобщественная акция; причины, в силу которых эта личность сложилась как правонарушитель и которые позволили ей совершить проступок или преступление. Та же газета не может ограничиться одним лишь изложением допущенных правонарушений. Важно сосредоточить внимание на причинах антиобщественных явлений, указать пути их устранения, средства борьбы с такими явлениями.

Третий постоянно действующий канал, связывающий граждан с правом, — их обращения. Статья 33 Конституции РФ закрепила право граждан Российской Федерации обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные

обращения в государственные органы и органы местного самоуправления. Заметное место в массиве обращений занимают и письма предпринимателей. Среди миллионов обращений преобладают заявления (просьбы о реализации предоставленных гражданам прав) и жалобы (сообщения о нарушении прав и охраняемых законом интересов граждан).

Основание для разрешения и заявлений, и жалоб одно: право, законодательство. Это наделяет работу с обращениями мощным воспитательным потенциалом. Ничто не оказывает столь глубокого влияния на психику человека, как информация о праве, преломленная через конкретный факт, который небезразличен для данной личности, переживается и осмысливается ею. Тщательное изучение и проверка заявлений и жалоб, бесприкословное удовлетворение основанных на праве просьб, устранение причин, породивших жалобу, равно как и отказ в претензиях, не опирающихся на право, оказывают сильнейшее воспитательное воздействие на заинтересованных лиц. Отклонение заявлений и жалоб надо обязательно подкреплять ссылками на законодательство, регулирующее спорное общественное отношение. Если поставленный в обращении вопрос имеет не только личное, но и общественное значение или вызвал определенный общественный резонанс, то принятое решение целесообразно доводить до сведения других на собраниях коллективов по месту работы и жительства граждан, а также с помощью средств массовой информации. Это еще более расширит и укрепит правовоспитательный эффект работы с обращениями. Президент РФ неоднократно обращался к руководителям федеральных органов управления и исполнительных органов субъектов Российской Федерации с требованием взять под личный контроль организацию работы с жалобами и предложениями граждан, решительно пресекать проявления бюрократизма и волокиты в этом деле.

Президент РФ в Послании Федеральному Собранию 2005 г. отметил, что мы будем двигаться вперед по выбранному нами демократическому пути, «учитывая наши собственные внутренние обстоятельства. Но в обязательном порядке — опираясь на закон, на конституционные гарантии». Путь удастся осилить лишь при условии, что все мы — и работники властных структур, и предприниматели, и все граждане — будем знать и уважать Конституцию РФ и законы, сверять с ними каждый свой шаг.

Тема 5
**ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ**

§ 1. Понятие и виды объектов гражданских прав. Классификация вещей. § 2. Ценные бумаги и их рынок. § 3. Информация. Персональные данные. Служебная и коммерческая тайна. § 4. Интеллектуальная собственность

**§ 1. Понятие и виды объектов гражданских прав.
Классификация вещей**

1. Объекты гражданских прав следует отличать от предмета гражданского права, о чем речь шла в теме 3 «Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности». **Предмет — это регулируемые гражданским правом общественные отношения, а объект — материальные или духовные блага, по поводу которых возникают гражданские правоотношения, то, на что направлены права и обязанности их участников.**

Существует необозримое множество благ — объектов гражданских прав, отличающихся друг от друга самыми различными качествами. Их число и разнообразие постоянно увеличиваются по мере развития производства, науки, литературы и искусства, других областей человеческой деятельности. Те или иные объекты, а то и все вместе сопровождают человека от рождения до смерти. С ними постоянно приходится иметь дело и хозяйствующим субъектам в ходе осуществляемого ими предпринимательства. Для эффективной профессиональной работы предпринимателям особенно требуются знания юридической характеристики объектов своих гражданских прав.

2. Наличие на рынке и в быту различных объектов гражданских прав делает необходимым установление существенных особенностей правового регулирования применительно к отдельным объектам, что, в свою очередь, предполагает их классификацию, сведение в определенные группы (виды). Виды объектов гражданских прав приведены в ст. 128 ГК РФ. Это вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том

числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

В теории и на практике возникают трудности в отграничении работ от услуг¹. Действительно, и те и другие предполагают выполнение трудовых операций. По мнению автора, их различие состоит в следующем. **Работа есть процесс трудовой деятельности, в результате которого создается конкретная материальная ценность: построен дом, сшит костюм, выкопан колодец и т. д.** Трудовые же усилия по оказанию услуг не материализуются в каком-то новом предмете. Они лишь увеличивают стоимость уже созданных предметов, восстанавливают их утраченные качества, удовлетворяют духовные и иные нематериальные потребности людей. Услуги могут выражаться в техническом обслуживании и ремонте автомобилей, перевозке грузов, организации туризма, предоставлении телефонной и телеграфной связи и т. д. Например, услуга может оказываться гражданину для удовлетворения его личных (бытовых) нужд (услуги медицинские, связи, консультационные, образовательные и т. п.).

Объекты гражданских прав, представленные нематериальными благами, также разнообразны. Их особенность в том, что они принадлежат гражданину от рождения или в силу закона, не могут отчуждаться от него или передаваться другим лицам иным способом. К нематериальным благам, в частности, относятся жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства и др.

Для защиты нематериальных благ установлены специфические гражданско-правовые средства. Они предусмотрены ст. 151 и 152 ГК РФ. Одно из них — компенсация морального вреда. Моральный вред выражается в физических и нравственных страданиях. Причинен он может быть только гражданину, в том числе индивидуальному предпринимателю. Однако юриди-

¹ См. об этом: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 488 и след.; *Гражданское право. Общая часть.* М., 1993. С. 264 и след.

ческие лица — предпринимательские организации тоже не стоят в стороне от правоотношений по поводу морального вреда. Они и индивидуальные предприниматели нередко выступают в качестве его причинителей. Если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда. При определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред. Основания и размер компенсации гражданину морального вреда наряду со ст. 151 ГК РФ определяются правилами, предусмотренными гл. 59 ГК РФ. Верховный Суд РФ уже дважды обобщал практику применения этого законодательства¹.

Чаще всего вопрос о возмещении хозяйствующими субъектами морального вреда, причиненного ими гражданам, возникает при нарушении прав потребителей. В соответствии со ст. 15 Закона РФ «О защите прав потребителей» (в ред. Федерального закона от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ)² моральный вред, причиненный потребителю вследствие нарушения изготовителем (исполнителем, продавцом) или организацией, выполняющей функции изготовителя (продавца) на основании договора с ним, прав потребителя, предусмотренных законами и правовыми актами Российской Федерации, регулирующими отношения в области защиты прав потребителей, подлежит компенсации причинителем вреда при наличии его вины. Размер компенсации морального вреда определяется судом. Компенсация морального вреда осуществляется независимо от

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // БВС РФ. 1995. № 3; последнюю редакцию см.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 января 1998 г. № 1 // Российская газета. 1998. 29 янв.

² СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

возмещения имущественного вреда и понесенных потребителем убытков.

Второе специфическое средство гражданско-правовой защиты нематериальных благ связано с опорочиванием чести, достоинства и деловой репутации. Честь и достоинство — нравственные категории, присущие только физическим лицам, и субъектами такой защиты могут быть лишь индивидуальные предприниматели. Что касается деловой репутации, то ею обладают и граждане, и юридические лица, в том числе предпринимательские организации. Как следствие, деловую репутацию могут и должны защищать все хозяйствующие субъекты. Защита деловой репутации юридических лиц осуществляется по правилам, применяемым к защите деловой репутации граждан.

Гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности. По требованию заинтересованных лиц допускается защита чести и достоинства гражданина и после его смерти. Если сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, распространены в средствах массовой информации, они должны быть опровергнуты в тех же средствах массовой информации. Если указанные сведения содержатся в документе, исходящем от организации, такой документ подлежит замене или отзыву.

Гражданин, в отношении которого средствами массовой информации опубликованы сведения, ущемляющие его права или охраняемые законом интересы, имеет право на опубликование своего ответа в тех же средствах массовой информации. Гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением. Если установить лицо, распространившее сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, невозможно, лицо, в отношении которого такие сведения распространены, вправе обратиться в суд с заявлением о признании распространенных сведений не соответствующими действительности.

Индивидуальные предприниматели правомочны защищать свою честь, достоинство и деловую репутацию, а предпринима-

тельские организации — деловую репутацию. Подчас они сами выступают ответчиками по таким делам. Их ответственность наступает в случаях, если они опорочили честь, достоинство и деловую репутацию других лиц, в том числе своих конкурентов по рыночным отношениям.

3. С точки зрения рыночных, предпринимательских отношений самое важное свойство любого объекта — его оборотоспособность, т. е. возможность выходить на рынок, быть объектом различных сделок — передаваться из рук в руки при купле-продаже, дарении, аренде и т. д. По критерию оборотоспособности все объекты гражданских прав подразделяются на три группы.

Первая группа состоит из объектов, не ограниченных в обороте. К ним относятся объекты, которые могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом. Таких объектов, самых удобных в рыночных отношениях, подавляющее большинство.

Вторую группу составляют объекты, ограниченные в обороте. Они могут принадлежать только определенным лицам и вступают в рыночный оборот, переходят от одних лиц к другим, совершают иные «движения» на рынке лишь при наличии соответствующего разрешения, выданного компетентным органом власти. Виды объектов гражданских прав, которые могут принадлежать лишь определенным участникам оборота либо нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению (объекты, ограниченно оборотоспособные), определяются в порядке, установленном законом¹.

Третья группа — объекты, изъятые из оборота. Виды объектов гражданских прав, нахождение которых в обороте не допускается, должны быть прямо указаны в законе. Никакими другими актами, в том числе издаваемыми Президентом РФ, Правительством РФ и субъектами Российской Федерации, изымать из оборота объекты гражданских прав нельзя.

¹ См., например: Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 219; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 25 октября 2006 г. № 170-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 44. Ст. 4535.

Распределение объектов гражданских прав по трем указанным группам не есть нечто раз и навсегда данное, неизменное. Причины ограничений или изъятий объектов из рыночного оборота бывают различными, диктуются необходимостью обеспечения безопасности страны, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей. Меняются условия жизнедеятельности общества — меняется и юридический режим объектов гражданских прав: изъятые из оборота переводятся в ограниченно оборотоспособные, ограниченно оборотоспособные — в свободно оборачивающиеся, и наоборот. Есть объекты, режим которых, наверное, никогда не будет изменен. Московский Кремль и подобные ему отечественные святыни¹ ни при каких обстоятельствах не станут объектами рыночных отношений, равно как и предметы первой необходимости (повседневного быта) не будут ограничены в обороте. Все остальное — подвижно, изменчиво, и предпринимателям надо внимательно следить за динамикой законодательства, с тем чтобы не допустить нарушений законности, с одной стороны, и искусственно не стеснять свою деятельность — с другой.

Проиллюстрируем сказанное на отдельных примерах. Согласно Закону РФ от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека» органы и (или) ткани человека не могут быть предметом купли-продажи². Более того, Законом предусматривается, что их купля-продажа влечет уголовную ответственность. Правда, так далеко законодательство не пошло: ст. 120 УК РФ введена уголовная ответственность за принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации, совершенное с применением насилия либо с угрозой его применения (наказание — до четырех лет лишения свободы).

¹ См., например: Положение «Об особо ценных объектах культурного наследия народов Российской Федерации», утвержденное Указом Президента РФ от 30 ноября 1992 г. № 1487 // САПП РФ. 1992. № 23. Ст. 1961; Указ Президента РФ от 24 января 1995 г. № 64 «О включении отдельных объектов в государственный свод особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации» // Российская газета. 1995. 25 янв.

² Ведомости РФ. 1993. № 2. Ст. 62; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

Долгое время у нас в стране были изъяты из свободного оборота слитки драгоценных металлов. Теперь банкам разрешены сделки купли-продажи мерных слитков драгоценных металлов с физическими лицами.

Федеральный закон от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»¹ установил, что музейные предметы (культурная ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное представление) и музейные коллекции (совокупность культурных ценностей, которые приобретают свойства музейного предмета, только будучи соединенными вместе), включенные в состав Музейного фонда Российской Федерации (совокупность постоянно находящихся на территории Российской Федерации музейных предметов и музейных коллекций), вывозу из Российской Федерации не подлежат. Временный их вывоз регулируется специальными правилами. Музейные предметы и музейные коллекции, включенные в состав Музейного фонда Российской Федерации, могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства либо иным способом только по специальному разрешению федерального органа исполнительной власти, на который возложено государственное регулирование в области культуры.

Согласно Федеральному закону от 3 августа 1995 г. № 123-ФЗ «О племенном животноводстве»² племенная продукция (материал), т. е. племенное животное, его семя и эмбрионы, могут принадлежать лишь участникам оборота — гражданам и юридическим лицам, осуществляющим разведение и использование племенных животных. Реализация племенной продукции (материала) возможна только гражданам и юридическим лицам, осуществляющим сельскохозяйственное производство. Отчуждение или иной переход прав собственности на племенную продукцию (материал) разрешаются при наличии сертификата (свидетельства), выдаваемого в соответствии с положениями этого Федерального закона.

¹ СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2591; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

² СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3199; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 19. Ст. 1752.

Установлены строгие ограничительные правила по обороту валютных ценностей¹, ядерных материалов², природных алмазов и бриллиантов¹ и т. д.

4. Сложным и до конца не решенным остается вопрос о земле как объекте гражданских прав. Общее правило таково: земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах. Основными законодательными актами здесь являются Земельный кодекс РФ⁴ (далее — ЗК РФ), Закон РФ «О недрах» (в ред. Федерального закона от 3 марта 1995 г. № 27-ФЗ), федеральные законы от 30 ноября 1995 г. № 187-ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации»⁵, от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»⁶, от 21 июля 1997 г. № 112-ФЗ «Об участках недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции»⁷ и от 20 июня 1996 г. № 81-ФЗ «О государственном регулировании в области добычи и использования угля, об особенностях социальной защиты работников организаций угольной промышленности»*. В целом к 2001 г. — времени принятия

¹ См.: Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 131-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3430; Федеральный закон от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях» // СЗ РФ. 1998. № 13. Ст. 1463; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 июля 2005 г. № 90-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3101.

² См.: Указ Президента РФ от 14 февраля 1996 г. № 202 // СЗ РФ. 1996. № 8. Ст. 742; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 14 ноября 2005 г. № 1318 // СЗ РФ. 2005. № 47. Ст. 4879.

³ См.: Указ Президента РФ от 30 ноября 2002 г. № 1373 // СЗ РФ. 2002. № 49. Ст. 4874.

⁴ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147; 2006. № 43. Ст. 4412.

⁵ СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4694; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 19. Ст. 1752.

⁶ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 199-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1. Ч. 1. Ст. 25.

⁷ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3584.

* СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3033; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 12 июня 2006 г. № 84-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 25. Ст. 2647.

ЗК РФ — земельное законодательство представляло собой конгломерат несистематизированных, часто противоречащих друг другу правовых актов различной юридической силы: Федеральных законов, указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, законов субъектов Российской Федерации.

В 2001 г. приняты кардинальные меры по упорядочению оборота земельных участков. Федеральный закон от 16 апреля 2001 г. № 45-ФЗ исключил сноску к гл. 17 «Право собственности и другие вещные права на землю» ГК РФ и установил, что ее нормы в части, касающейся сделок с земельными участками сельскохозяйственных угодий, вводятся в действие со дня вступления в силу ЗК РФ и закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения. Тем самым Федеральный закон от 16 апреля 2001 г. ввел свободный рыночный оборот земель не-сельскохозяйственного назначения. ЗК РФ вступил в силу с 30 октября 2001 г. Его действие распространяется на все земли, кроме земель сельскохозяйственного назначения.

По критерию оборотоспособности ЗК РФ установил для земельных участков три режима: 1) свободно оборачивающиеся¹; 2) ограниченные в обороте; 3) изъятые из оборота² (см. ст. 27 ЗК РФ). Правительство РФ постановлением от 28 ноября 2002 г. № 846 утвердило Положение об осуществлении государственного мониторинга земель³. Через шесть месяцев после опубликования, т. е. в конце января 2003 г., вступил в силу Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»⁴.

5. Самую большую разновидность объектов гражданских прав и по объему, и по распространенности, и по значимости в предпринимательской деятельности занимают вещи. Они не-

¹ Правительство РФ постановлением от 11 ноября 2002 г. № 808 утвердило Правила организации и проведения торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или права на заключение договоров аренды таких земельных участков (СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4587).

² Постановлением Правительства РФ от 2 октября 2002 г. № 830 утверждено Положение о порядке консервации земель с изъятием их из оборота (СЗ РФ. 2002. № 47. Ст. 4676).

³ СЗ РФ. 2002. № 49. Ст. 4882.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3018; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 июля 2005 г. № 87-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3098.

пременно присутствуют в предпринимательстве, служат предметом многочисленных договоров и иных сделок. Все мы привыкли оценивать вещи общепринятыми мерами: весом (граммы, килограммы, тонны...), длиной (сантиметры, метры, километры...), объемом (литры, кубометры) и тому подобными величинами. Но есть еще специальные правовые измерения вещей, знание и использование которых наряду с только что перечисленными общепринятыми обязательно для каждого предпринимателя при совершении любой сделки. Умелое оперирование сложившейся и закрепленной в законодательстве классификацией вещей значительно облегчает заключение и исполнение гражданско-правовых договоров, предупреждает возможные здесь ошибки, заблуждения, обман.

Классификация вещей проводится по различным критериям. Всевозрастающее значение приобретает их подразделение *по критерию мобильности на недвижимые и движимые*. **Под недвижимыми вещами мы традиционно привыкли понимать земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты 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. ГК РФ значительно расширил круг этих вещей. Согласно ст. 130 ГК РФ к недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, космические объекты. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество.

Вещи, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом. Регистрации прав на движимые вещи не требуется, кроме случаев, указанных в законе.

Значение классификации вещей на движимые и недвижимые возросло после восстановления в гражданском законодательстве института приобретательной давности. Лицо (гражданин или юридическое лицо), не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение 15 лет либо иным имуществом в течение 5 лет, приобретает право собственности на это имущество (приобретательная давность). Право собственности на недвижимое и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает у

лица, приобретшего это имущество в силу приобретательной давности, с момента такой регистрации. Течение срока приобретательной давности начинается не ранее истечения срока исковой давности на требование собственником или иным законным владельцем имущества у лица, у которого оно находилось¹.

В заключение рассматриваемого вопроса следует обратить внимание на некоторую условность деления вещей на движимые и недвижимые. При современной технике возможно передвижение (без разборки и т. п. операций) на небольшие расстояния и зданий, и сооружений, и деревьев. Но от этого они не утрачивают свое изначальное свойство быть вещами недвижимыми. Лишь нравственной ущербностью конкретных лиц и грубым попранием законности можно объяснить, например, факты распродажи земли на «вывоз». В отдельных местах растаскивание плодородного слоя почвы с использованием экскаваторов, погрузчиков, автоколонн и т. п. приобрело катастрофические размеры. Землю увозят не только в различные субъекты Российской Федерации, но даже за рубеж. По оценкам специалистов, только один Веневский район Тульской области за последнее время таким образом потерял 1 млн куб. м плодороднейшей земли, что соответствует 50 га. Установилась и цена на землю — 6—8 тыс. руб. за один «КамАЗ»².

В законодательстве и предпринимательской практике используются также классификации вещей по следующим признакам:

отношение к труду: вещи, данные (созданные) природой и используемые людьми в своей жизнедеятельности (земля, полезные ископаемые, растения и т. п.), и вещи — продукты, результаты материальной и духовной культуры, созданные трудом человека;

целевое назначение вещей: средства производства и предметы потребления;

¹ Об определенных тенденциях, начинающих складываться в практике применения института приобретательной давности, см.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. 2001. № 1. Специальное приложение.

² См.: *Киреев Н.* Чернозем воруют «по-черному» // Российская газета. 2002. 28 мая.

характер использования: вещи потребляемые и не потребляемые;

устойчивость, возможность сохранения вещи в неизменном виде: вещи делимые и неделимые;

способ индивидуализации, внешние признаки: вещи, определяемые родовыми признаками (заменяемые), и вещи индивидуально-определенные (незаменяемые);

ролевое назначение, выполняемые функции: вещи главные и принадлежности к ним;

технологические особенности комплектации: вещи простые и сложные;

производительное использование: плоды, продукция и доходы;

их материальные свойства: вещи неодушевленные и одушевленные (живые существа — дикие и домашние животные).

§ 2. Ценные бумаги и их рынок

1. Рынок ценных бумаг стал формироваться в России немногим более 10 лет назад. Понятием, близким к понятию рынка ценных бумаг и которое в научной литературе и предпринимательской практике обычно отождествляется с ним, является «фондовый рынок». Последний, в свою очередь, рассматривается как составная часть более широкого понятия финансового рынка. Распоряжением Правительства РФ от 1 июня 2006 г. № 793-р утверждены Стратегия развития финансового рынка Российской Федерации на 2006—2008 годы и план мероприятий по ее реализации¹. В последние годы, по утверждению специалистов, рынок ценных бумаг стал одним из самых динамично развивающихся и наиболее высокодоходных в мире секторов нашей экономики. В 2004 г. объем инвестиций, полученных здесь коммерческими организациями, был равен примерно 15 млрд долл., а за первые четыре месяца 2005 г. — 7 млрд.

Модель рынка ценных бумаг сходна с общей моделью рынка товаров (см. тему 1). Раскрытие сути рынка ценных бумаг, этого не только нового, но и, пожалуй, самого сложного феномена экономики современной России, анализ его роли в современном обществе и государстве предполагают выяснение по крайней мере следующих вопросов:

СЗ РФ. 2006. № 24. Ст. 2620.

1) что такое ценная бумага как товар, каковы особенности «производства», выпуска в обращение и правомочий ее владельцев;

2) что представляет из себя рынок ценных бумаг как таковой в системе предпринимательских отношений;

3) кто и в каком качестве выступает субъектами рынка ценных бумаг, их правовой статус, специфика юридических требований к ним;

4) виды совершаемых на этом рынке сделок с ценными бумагами и юридические особенности их оформления;

5) какова нормативно-правовая основа рынка ценных бумаг.

Краткие ответы на перечисленные вопросы приводятся в данном параграфе.

2. Ценные бумаги — особый объект гражданских прав, представляющий собой документ, который удостоверяет, с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов, имущественные и иные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. В настоящее время ценные бумаги получили широкое распространение в практике российского предпринимательства.

Возникли ценные бумаги в эпоху раннего средневековья. Их появление в имущественном обороте, а затем и быстрое развитие объективно обусловлены динамикой двух главных элементов рыночной экономики — товара и денег. С ростом объемов производства товаровладельцам становилось все труднее хранить товары «при себе», перемещать их с места на место, передавать из рук в руки. Так возникла необходимость в документе, который замещал бы собой товары, надежно свидетельствовал о наличии у его обладателя определенных товаров, их количестве, качестве, месте хранения и иных данных. Постепенно перестали удовлетворять потребности рыночной экономики и деньги. Денег часто не хватало. Находясь при их собственнике, они всегда представляют заманчивую и легкую добычу для воров и иных злоумышленников. Становилась все более очевидной надобность в поиске их заменителей — денежных суррогатов, документа, который подтверждал бы финансовые возможности его обладателя.

Сами ценные бумаги не имеют какой-то материальной ценности, но воплощают в себе гарантированные права на ценности действительные, фактические: деньги, товары, услуги. Они способны служить средствами платежа, кредита, образования

сокровищ, распределения прибыли и т. п. Заменяя собой реальные товары и деньги, ценные бумаги создают условия для более эффективного функционирования рынка: хранения и обращения товарно-денежных ценностей, быстрого и экономного перехода их от одного собственника к другому.

В рыночных отношениях, предпринимательской деятельности используются и иные документы, которые также подтверждают различные гражданские права (завещания, страховые полисы, долговые расписки и т. п.), но вместе с тем не относятся к ценным бумагам. Для вычленения именно ценных бумаг из массы юридически значимых документов необходимо знать присущие им следующие свойства:

а) качеством ценной бумагу наделяет государство. Конкретные виды (наименования) ценных бумаг приведены в ст. 143 ГК РФ. Их перечень здесь не является исчерпывающим. Обязательным условием принадлежности к ценным бумагам документов, не названных в Гражданском кодексе, является то, что их отнесение к такого рода документам может быть осуществлено законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке;

б) любая ценная бумага должна составляться в строго определенной законом форме и иметь все необходимые реквизиты. Реквизиты устанавливаются законодательством применительно к каждому конкретному виду допускаемых к выпуску и обороту ценных бумаг. Отсутствие обязательных реквизитов ценной бумаги или несоответствие ценной бумаги установленной для нее форме влечет ее ничтожность;

в) во всякой ценной бумаге должна быть точно определена та юридическая возможность, на осуществление которой имеет право законный владелец ценной бумаги (получение дивиденда, конкретной денежной суммы, какого-то имущества и т. п.). При этом опять-таки виды прав, которые могут быть удостоверены ценной бумагой, определяются законом или в установленном им порядке;

г) своеобразие состава субъектов прав, удостоверенных ценной бумагой. Права, удостоверенные ценной бумагой, могут принадлежать предъявителю ценной бумаги (ценная бумага на предъявителя); названному в ценной бумаге лицу (именная ценная бумага); названному в ценной бумаге лицу, которое может само осуществить эти права или назначить своим распоряжением (приказом) другое управомоченное лицо (ордерная

ценная бумага). Законом может быть исключена возможность выпуска ценных бумаг определенного вида в качестве именных, либо в качестве ордерных, либо в качестве бумаг на предъявителя;

д) возможность передачи ценной бумаги ее владельцем другим лицам. В зависимости от вида ценной бумаги предусмотрены усложненные или более простые способы такой передачи. С передачей ценной бумаги переходят все удостоверяемые ею права в совокупности. Для передачи другому лицу прав, удостоверенных ценной бумагой на предъявителя, достаточно вручения ценной бумаги этому лицу. Права, удостоверенные именной ценной бумагой, передаются в порядке, установленном для уступки требований (цессии). Лицо, передающее право по этой ценной бумаге, несет ответственность за недействительность соответствующего требования, но не за его неисполнение. Права по ордерной ценной бумаге передаются путем совершения на ней передаточной надписи — индоссамента. Индоссант несет ответственность не только за существование права, но и за его осуществление. Индоссамент, совершенный по ценной бумаге, переносит все права, удостоверенные ценной бумагой, на лицо, которому или приказу которого передаются права по ценной бумаге, — индоссата. Индоссамент может быть бланковым (без указания лица, которому должно быть произведено исполнение) или ордерным (с указанием лица, которому или приказу которого должно быть произведено исполнение). Индоссамент может быть ограничен только поручением осуществлять права, удостоверенные ценной бумагой, без передачи этих прав индоссату (препоручительный индоссамент). В этом случае индоссат выступает в качестве представителя;

е) публичная достоверность ценных бумаг. Суть ее в том, что оформленная по всем правилам ценная бумага не может быть оспорена должником со ссылкой на отсутствие основания возникновения у него обязательства или на недействительность этого основания. Возражения допускаются лишь по формальным основаниям (например, пропуск срока представления ценной бумаги к исполнению) либо оспаривание ценной бумаги со ссылкой на ее подделку, подлог. Владелец ценной бумаги, обнаруживший подлог или подделку ценной бумаги, вправе предъявить к лицу, передавшему ему бумагу, требование о надлежащем исполнении обязательства, удостоверенного ценной бумагой, и о возмещении убытков;

ж) реализация воплощенного в ценной бумаге субъективного гражданского права возможна лишь при предъявлении подлинника ценной бумаги. Утрата ценной бумаги, как правило, влечет невозможность реализации воплощенного в ней права. Исключения из этого правила в отношении отдельных видов ценных бумаг установлены законом. Восстановление прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя и ордерным ценным бумагам производится судом в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством (см. гл. 27 и 34 подразд. IV «Особое производство» разд. II ГПК РФ).

3. Ценные бумаги могут исходить от различных участников гражданско-правовых отношений. В зависимости от того, кто является эмитентом ценных бумаг, различаются государственные, муниципальные ценные бумаги, а также ценные бумаги частных лиц и иные. Исходя из содержания воплощенных в ценных бумагах прав, они подразделяются на денежные, товарные и дающие возможность участвовать в управлении.

По мере расширения и углубления рыночных отношений, усложнения хозяйственных связей появляются все новые разновидности ценных бумаг. В последнее время в случаях, определенных законом или в установленном им порядке, стали использоваться бездокументарные **ценные** бумаги — фиксация прав, закрепленных именной или ордерной ценной бумагой, с помощью компьютерных средств и другими аналогичными способами. Таким правом обладают лица, получившие специальную лицензию. По требованию обладателя права они обязаны выдать ему документ, свидетельствующий о закрепленном праве. 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 лицом, которое несет ответственность за сохранность официальных записей, обеспечение их конфиденциальности, предоставление правильных данных о таких записях, совершение официальных записей о проведенных операциях.

Наибольшее распространение в России получила такая разновидность ценных бумаг, как акции, эмиссию которых осуществляет лишь одна организационно-правовая форма юридических лиц: акционерные общества. Акции присущи единые отличительные признаки. У всех акций общее происхождение — уставный капитал акционерного общества, который делится на определен-

ное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников общества (акционеров) по отношению к обществу. Общую характеристику имеют и сами обязательственные права. Любая акция закрепляет права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, участие в управлении акционерным обществом и на часть его имущества, остающегося после его ликвидации. По конкретной же правовой наполняемости, предоставляемым их владельцам правомочиям акции резко различаются между собой. Поэтому каждый раз, вступая в правоотношения по поводу акций, надо прежде всего удостовериться, о каких акциях идет речь.

Акции подразделяются на две категории: обыкновенные и привилегированные. Номинальная стоимость всех обыкновенных акций общества должна быть одинаковой. Каждая обыкновенная акция предоставляет ее владельцу — акционеру одинаковый объем прав. Такие акционеры могут участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, а также имеют право на получение дивидендов, а в случае ликвидации общества — и на получение части его имущества.

Иначе обстоит дело с привилегированными акциями. Их владельцы, подобно обладателям простых акций, могут участвовать в управлении. Однако они, как правило, не имеют права голоса в высшем органе управления обществом — на общем собрании акционеров, если иное не предписано Федеральным законом «Об акционерных обществах» или уставом самого общества. Установлены также ограничения на эмиссию акций. Номинальная стоимость размещаемых привилегированных акций не должна превышать 25% уставного капитала общества. Существенной особенностью является и то, что акционерные общества могут эмитировать различные типы таких акций. И только привилегированные акции одного типа имеют одинаковую номинальную стоимость и предоставляют акционерам — их владельцам одинаковый объем прав.

Более детально типы привилегированных акций, специфика каждого из них описываются в уставе общества. В частности, в уставе должны быть определены размер дивиденда и (или) стоимость, выплачиваемая при ликвидации общества (ликвидационная стоимость) по привилегированным акциям каждого типа, а также очередность выплаты дивидендов и ли-

квизационной стоимости по каждому типу привилегированных акций; могут определяться возможность и условия конвертации привилегированных акций того или иного типа в обыкновенные акции или привилегированные акции других типов. Отдельно могут быть выделены кумулятивные привилегированные акции. Суть их в том, что невыплаченный или не полностью выплаченный по ним дивиденд, размер которого определяется уставом, накапливается и выплачивается впоследствии.

Особое внимание следует обращать на возможности, предоставляемые конкретной привилегированной акцией по участию в общем собрании акционеров. Согласно Федеральному закону «Об акционерных обществах» все акционеры — владельцы привилегированных акций участвуют в общем собрании с правом голоса при решении вопросов о реорганизации и ликвидации общества. Акционеры — владельцы привилегированных акций определенного типа приобретают право голоса при решении на общем собрании вопросов о внесении изменений и дополнений в устав общества, ограничивающих права акционеров — владельцев именно данного типа акций.

Акционеры — владельцы привилегированных акций определенного типа, размер дивиденда по которым определен в уставе общества, за исключением акционеров — владельцев кумулятивных привилегированных акций, имеют право участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием акционеров, на котором не было принято решение о выплате дивидендов или было принято решение о неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям этого типа. Акционеры — владельцы кумулятивных привилегированных акций определенного типа имеют право участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием акционеров, на котором должно было быть принято решение о выплате по этим акциям в полном размере накопленных дивидендов, если такое решение не было принято или было принято решение о неполной выплате дивидендов. Право участвовать в общем собрании прекращается в первом случае — с момента первой выплаты по привилегированным акциям дивидендов в полном размере и во втором — с момента

выплаты всех накопленных по кумулятивным привилегированным акциям дивидендов в полном размере.

Устав может предусматривать право голоса по привилегированным акциям определенного типа, если уставом общества предусмотрена возможность конвертации акций этого типа в обыкновенные акции. При этом владелец такой привилегированной акции обладает количеством голосов, не превышающим количество голосов по обыкновенным акциям, в которые может быть конвертирована принадлежащая ему привилегированная акция.

Сказанное приводит к выводу о том, что во всех случаях приобретения акций целесообразно предварительно изучить устав соответствующего общества. Это позволит принять более правильное решение, уменьшить риск потерь и разочарований в будущем.

Легальное определение облигации приводится в ст. 816 ГК РФ. В ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹ (далее — Федеральный закон о рынке ценных бумаг) оно уточнено и дается более развернуто.

Облигация — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на получение от эмитента облигации в предусмотренный в ней срок ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может предусматривать право ее владельца на получение фиксированного в ней процента от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права. Доходом по облигации являются процент и (или) дисконт.

Облигации по своему правовому содержанию также неодинаковы. Применительно к конкретным организационно-правовым формам юридических лиц законодательство устанавливает различные условия выпуска облигаций. Эти условия могут меняться по мере изменения рыночных отношений и потребностей хозяйствующих субъектов. Так, Федеральным законом от 27 июля 2006 г. № 138-ФЗ² внесены изменения в ряд федеральных законов, согласно которым открытые акционерные общества наряду с уже выпускаемыми получили право эмитировать новый вид облигаций — биржевые. Последние обладают многими особен-

¹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 282-ФЗ // Российская газета. 2007. 10 янв.

² СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3437.

ностями, в частности: их эмитентом может быть не любое открытое акционерное общество, а лишь то, которое существует не менее трех лет и имеет надлежащим образом утвержденную годовую бухгалтерскую отчетность за два завершённых финансовых года; эмиссия осуществляется без государственной регистрации выпуска облигаций; облигации не предоставляют их владельцам иных прав, кроме права на получение номинальной стоимости и фиксированного процента от нее; срок исполнения обязательств по облигациям не может превышать один год с начала их размещения; биржевые облигации допускаются к торгам, что следует из их названия, лишь на фондовой бирже, но не любой, а только осуществившей листинг акций их эмитента.

Самостоятельная разновидность ценных бумаг — государственные облигации, выпускаемые компетентными органами исполнительной власти Российской Федерации и ее субъектов. Условия выпуска государственных облигаций бывают различными в зависимости от назначения облигаций и того, где намечено их размещение. Так, постановлением Правительства РФ от 6 ноября 2001 г. № 771 утверждены Генеральные условия эмиссии и обращения государственных сберегательных облигаций¹. Эмитентом облигаций и иных ценных бумаг от имени Российской Федерации выступает Минфин России. Облигации — именные. По срокам обращения они делятся на краткосрочные, среднесрочные и долгосрочные долговые обязательства Российской Федерации.

Минфин России согласно Положению о нем, утвержденному постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 329², наделен и другими полномочиями в области государственных, а также муниципальных ценных бумаг. Он, в частности, принимает нормативные правовые акты об условиях эмиссии и обращения федеральных государственных ценных бумаг³,

¹ СЗ РФ. 2001. № 46. Ст. 4361; 2004. № 23. Ст. 2315.

² СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3258; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 459-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 32. Ст. 3569.

³ Министерством утверждены, например, Условия эмиссии и обращения государственных сберегательных облигаций (см.: Приказ от 19 августа 2004 г. № 68н // Российская газета. 2004. 14 сент.) и Условия эмиссии и обращения облигаций государственных нерыночных займов (см.: Приказ от 21 сентября 2004 г. № 86н // Российская газета. 2004. 26 окт.).

решения об эмиссии отдельных выпусков этих бумаг, готовит отчеты об итогах их эмиссии; осуществляет государственную регистрацию условий эмиссии и обращения государственных ценных бумаг субъектов Российской Федерации и муниципальных ценных бумаг.

Особенности эмиссии и обращения облигаций Банка России определены ст. 27⁵¹ Федерального закона о рынке ценных бумаг. Статья введена дополнительно в этот Закон Федеральным законом от 18 июня 2005 г. № 61-ФЗ'.

Вексель — ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока определенную сумму владельцу векселя. В России вексель введен в обращение постановлением Президиума Верховного Совета РСФСР от 24 июня 1991 г. № 1451-1 «О применении векселя в хозяйственном обороте РСФСР»². Обнаружившиеся недостатки обращения векселей побудили к принятию соответствующего акта высшей юридической силы. В настоящее время действует Федеральный закон от 11 марта 1997 г. № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе»³. Согласно ему на территории Российской Федерации применяется постановление Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе»⁴. Это связано с международными обязательствами Российской Федерации, вытекающими из ее участия в Конвенции от 7 июня 1930 г., устанавливающей Единообразный закон о переводном и простом векселе и ратифицированной СССР.

Теперь по переводному и простому векселю вправе обязываться лишь граждане и юридические лица Российской Федерации. Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, городские, сельские поселения и другие муниципальные

¹ СЗ РФ. 2005. № 25. Ст. 2426.

² Ведомости РСФСР. 1991. № 31. Ст. 1024 (постановление утратило силу).

³ СЗ РФ. 1997. № П. Ст. 1238.

⁴ Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. 1937. № 52. Ст. 221 или Свод законов СССР. Т. 5. С. 586.

образования имеют право обязываться по переводному и простому векселю только в случаях, специально предусмотренных федеральным законом. Переводной и простой вексель должен быть составлен только на бумаге (бумажном носителе). По требованиям, основанным на протесте векселей в неплатеже, неакцепте и недатировании акцепта, совершенном нотариусом, в отношении физического лица, юридического лица или индивидуального предпринимателя выдается судебный приказ и производится исполнение по правилам, предусмотренным подразд. I «Приказное производство» разд. II ГПК РФ.

Чек — ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное письменное распоряжение чекодателя банку уплатить держателю чека указанную в нем сумму (подробнее о нем будет сказано в последней части темы 8 «Гражданско-правовой договор — основная юридическая форма предпринимательской деятельности»).

Сберегательный (депозитный) сертификат — ценная бумага, удостоверяющая сумму вклада, внесенного в банк, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в банке, выдавшем сертификат, или в любом филиале этого банка. Сберегательные сертификаты выдаются гражданам, а депозитные — юридическим лицам. Сберегательные (депозитные) сертификаты могут быть предъявительскими или именными.

Банковская сберегательная книжка на предъявителя — ценная бумага, подтверждающая внесение в банковское учреждение денежной суммы и удостоверяющая право владельца книжки на получение этой суммы в соответствии с условиями денежного вклада. Выдача вклада, выплата процентов по нему и исполнение распоряжений вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам осуществляются банком при предъявлении сберегательной книжки. Права по утраченной сберегательной книжке на предъявителя восстанавливаются в порядке, предусмотренном для ценных бумаг на предъявителя.

Коносамент — товарораспорядительная ценная бумага, которая удостоверяет право его держателя распоряжаться указанным в коносаменте грузом и получить груз после завершения перевозки.

Приватизационные ценные бумаги — государственные ценные бумаги целевого назначения, которые используются в качестве платежного средства для приобретения объектов приватизации.

С марта 1996 г. приобрел легитимность новый вид ценных бумаг, связанный с хранением вещей. По договору складского хранения товарный склад (хранитель) обязуется за вознаграждение хранить товары, переданные ему товаровладельцем (поклажедателем), и вернуть эти товары в сохранности. Товарным складом признается организация, осуществляющая в качестве предпринимательской деятельности хранение товаров и оказывающая связанные с хранением услуги.

В подтверждение принятия товара на хранение товарный склад выдает один из следующих складских документов: двойное складское свидетельство; простое складское свидетельство; складскую квитанцию. Двойное складское свидетельство состоит из двух частей — складского свидетельства и залогового свидетельства (варранта), которые могут быть отделены одно от другого. **Двойное складское свидетельство, каждая из двух его частей и простое складское свидетельство являются ценными бумагами.** Товар, принятый на хранение по двойному или простому складскому свидетельству, может быть в течение его хранения предметом залога путем залога соответствующего свидетельства.

Простое складское свидетельство выдается на предъявителя. Двойное же складское свидетельство — именная ценная бумага, в которой наряду с другими реквизитами должны быть указаны наименование юридического лица либо имя гражданина, от которого принят товар на хранение, а также место нахождения (место жительства) товаровладельца.

Складское свидетельство и залоговое свидетельство могут передаваться вместе или порознь по передаточным надписям. Держатели складского и залогового свидетельства имеют право распоряжения хранящимся на складе товаром в полном объеме. Держатель складского свидетельства, отделенного от залогового свидетельства, вправе распоряжаться товаром, но не может взять его со склада до погашения кредита, выданного по залоговому свидетельству.

Товарный склад выдает товар держателю складского и залогового свидетельств (двойного складского свидетельства) не иначе как в обмен на оба эти свидетельства вместе. Держателю складского свидетельства, который не имеет залогового свидетельства, но внес сумму долга по нему, товар выдается складом только в обмен на складское свидетельство и при условии

представления вместе с ним квитанции об уплате всей суммы долга по залоговому свидетельству.

Согласно Федеральному закону от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹ права залогодержателя по обеспеченному ипотекой обязательству и по договору об ипотеке могут быть удостоверены закладной. **Закладная — именная ценная бумага, удостоверяющая следующие права ее законного владельца:**

право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, указанного в договоре об ипотеке, без представления других доказательств существования этого обязательства;

право залога на указанное в договоре об ипотеке имущества.

С 18 ноября 2003 г. вступил в силу Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»².

4. Законодательство в отдельную группу обособляет **эмиссионные** ценные бумаги, составляющие основу рынка ценных бумаг. **Рынок ценных бумаг — это сектор экономики, включающий два взаимосвязанных компонента: эмиссию и обращение ценных бумаг.** Особенность рынка ценных бумаг состоит в том, что обращающиеся на нем ценности представляют собой совокупность прав и не существуют в отрыве от обеспечиваемой государством нормативно-правовой базы и **системы** правоприменения. Поэтому оба компонента при недобросовестном отношении к ним участников рынка, несоблюдении действующих юридических норм, отсутствии жесткого государственного контроля за деятельностью рынка создают возможность причинения крупных материальных потерь владельцам ценных бумаг.

Естественное развитие российского рынка ценных бумаг прервалось в годы советской власти, с начала 30-х гг. он фактически отсутствовал в нашей стране. Его воссоздание, проходившее в условиях агрессивно-наступательной рекламы и отсутствия опыта «общения» с ценными бумагами у населения, да и у самих организаторов рынка, привело к образованию многочис-

¹ СЗ РФ. 1998. №29. Ст. 3400; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 216-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1. Ч. I. Ст. 42.

² СЗ РФ. 2003. № 46. Ч. II. Ст. 4448; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 141-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3440.

ленных криминальных организаций, всяких «пирамид» типа «МММ», «Русский Дом «Селенга», «Чара», «Властилина» и т. п. Быстрое разорение одних, прекращение деловой активности других, бесследное исчезновение третьих повлекли утрату десятками миллионов людей вложенных в них сбережений. Тем самым уже в самом начале сложилась устойчивая негативная оценка новых финансовых структур, появилось недоверие к институту рыночной экономики — ценным бумагам.

Столь неудовлетворительная ситуация в значительной степени обусловлена сначала отсутствием, а затем крайне запоздалым законодательным регулированием этого института. Лишь 4 ноября 1994 г. был принят Указ Президента РФ № 2063 «О мерах по государственному регулированию рынка ценных бумаг в Российской Федерации»¹. Федеральный закон о рынке ценных бумаг начал действовать с конца апреля 1996 г. За прошедшие 10 лет он неоднократно менялся, наиболее существенно — Федеральным законом от 28 декабря 2002 г. № 185-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и о внесении дополнения в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» (далее — Федеральный закон от 28 декабря 2002 г.). Новое законодательство устранило излишние административные барьеры, мешавшие развитию рынка ценных бумаг, в частности упростило выдачу лицензий профессиональным участникам рынка ценных бумаг и расширило на нем их предпринимательские возможности. 5 марта 1999 г. был принят Федеральный закон № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»².

В 2005 г. Правительство РФ утвердило Концепцию развития рынка ценных бумаг на 2005—2007 годы.

Эмиссионные ценные бумаги бывают в документарной и бездокументарной форме. Документарная — это форма эмиссионных ценных бумаг, при которой владелец устанавливается на основании предъявления оформленного надлежащим образом

¹ СЗ РФ. 1994. № 28. Ст. 2972; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 29 ноября 2004 г. № 1480 // СЗ РФ. 2004. № 49. Ст. 4887.

² СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1163; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3437.

сертификата ценной бумаги или в случае депонирования такового на основании записи по счету депо (см. ниже). При бездокументарной форме владелец устанавливается на основании записи в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг, или, в случае депонирования ценных бумаг, на основании записи по счету депо.

В качестве эмиссионной может выступать любая ценная бумага, в том числе бездокументарная, которая характеризуется одновременно следующими признаками: закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удовлетворению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных законом формы и порядка; размещается выпусками; имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Типичные примеры эмиссионных ценных бумаг — **акции и облигации.**

Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. наделил *качеством эмиссионной ценной бумаги — опцион эмитента*, под которым понимается эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и (или) при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе эмитента. Опцион эмитента является именно ценной бумагой. Принятие решения о размещении опционов эмитента и их размещение осуществляются в соответствии с установленными федеральными законами правилами размещения ценных бумаг, конвертируемых в акции. При этом цена размещения акций во исполнение требований по опционам эмитента определяется в соответствии с ценой, определенной в таком опционе.

Выпуск эмиссионных ценных бумаг — совокупность всех ценных бумаг одного эмитента, предоставляющих одинаковый объем прав их владельцам и имеющих одинаковую номинальную стоимость в случаях, если наличие номинальной стоимости предусмотрено законодательством Российской Федерации. Выпуску эмиссионных ценных бумаг присваивается единый государственный регистрационный номер, который распространяется на все ценные бумаги данного выпуска.

5. Под эмиссией ценных бумаг понимается установленная законом последовательность действий эмитента по размещению

эмиссионных ценных бумаг. Эмитентами могут быть юридическое лицо или органы исполнительной власти либо органы местного самоуправления, несущие от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг по осуществлению прав, закрепленных ими. **Владелец — лицо, которому ценные бумаги принадлежат на праве собственности или ином вещном праве.**

Важно строгое соблюдение процедур эмиссии. Нарушение эмитентом порядка (процедуры) эмиссии ценных бумаг влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 40 до 50, а на юридических лиц — от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда (ст. 15.17 КоАП РФ). Злоупотребления же при выпуске ценных бумаг (эмиссии), т. е. внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, утверждение содержащего заведомо недостоверную информацию проспекта эмиссии или отчета об итогах выпуска ценных бумаг, а равно размещение эмиссионных ценных бумаг, выпуск которых не прошел государственную регистрацию, если эти деяния причинили крупный ущерб, влекут уголовную ответственность (ст. 185 УК РФ).

Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. по-новому решил вопрос о процедуре эмиссии, выделив в ней, если иное не предусмотрено федеральными законами, 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 бумаг.

Особенно значим третий этап — *государственная регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг*, которую осуществляет ФСФР России. Сейчас имеются все возможности для того, чтобы не допустить на рынок сомнительного партнера. Это обеспечивается прежде всего тем, что:

а) запрещено обращение эмиссионных ценных бумаг, не прошедших государственную регистрацию;

б) к заявлению о государственной регистрации прилагаются документы, исключающие в дальнейшем какие-либо махинации с эмиссионными ценными бумагами. В частности, прилагаются решение о выпуске (дополнительном выпуске) ценных бумаг, документы, подтверждающие соблюдение эмитентом

требований законодательства Российской Федерации, определяющих порядок и условия принятия решения о размещении ценных бумаг, утверждения решения о выпуске ценных бумаг, и др. Исчерпывающий перечень таких документов определяется нормативными правовыми актами ФСФР;

в) при регистрации проспекта ценных бумаг эмитент обязан обеспечить доступ к содержащейся в нем информации любым заинтересованным лицам независимо от цели получения информации. Последняя же очень обширна и включает сведения о лицах, входящих в состав органов управления эмитента, о его бухгалтерской отчетности, экономическом состоянии, финансово-хозяйственной деятельности и т. д. (см. ст. 20 Федерального закона о рынке ценных бумаг);

г) регистрирующий орган вправе провести проверку достоверности сведений, содержащихся в документах, представленных для государственной регистрации;

д) регистрирующий орган несет ответственность за полноту информации, содержащейся в представленных для государственной регистрации документах;

е) регистрирующий орган вправе отказать в государственной регистрации. Исчерпывающий перечень оснований приведен в ст. 21 Федерального закона о рынке ценных бумаг. Решение об отказе может быть обжаловано в суд или арбитражный суд.

Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. дополнил гл. 5 Федерального закона о рынке ценных бумаг ст. 27¹—27³. Статья 27¹ касается *особенностей эмиссии опциона эмитента*. В частности, эмитент не вправе размещать опционы эмитента, если количество объявленных акций эмитента меньше количества акций, право на приобретение которых представляют такие опционы. Размещение опционов эмитента возможно только после полной оплаты уставного капитала акционерного общества.

В ст. 27² речь идет об особенностях эмиссии и обращения облигаций с обеспечением. *Облигациями с обеспечением* признаются облигации, исполнение обязательств по которым обеспечивается залогом, поручительством, банковской гарантией, государственной или муниципальной гарантией. При их эмиссии условия обеспечивающего обязательства должны содержаться в решении о выпуске облигаций и, если в соответствии с Федеральным законом о рынке ценных бумаг государственная регистрация выпуска облигаций сопровождается регистрацией про-

спекта облигаций, в проспекте облигаций, а при документарной форме выпуска также в сертификатах облигаций.

6. *Обращение ценных бумаг* выражается в заключении гражданско-правовых сделок, влекущих переход прав собственности на ценные бумаги от первичных к вторичным и последующим владельцам. Права, закрепленные эмиссионной ценной бумагой, переходят к ее приобретателю с момента перехода права на эту ценную бумагу. Эмиссионные ценные бумаги в отличие от других ценных бумаг могут быть только именными и на предъявителя. **Именные — ценные бумаги, информация о владельцах которых должна быть доступна эмитенту в форме реестра владельцев ценных бумаг. Эмиссионные ценные бумаги на предъявителя — ценные бумаги, переход прав на которые и осуществление закрепленных ими прав не требует идентификации владельца.** Переход прав на именную эмиссионную ценную бумагу должен сопровождаться уведомлением держателя реестра или депозитария, или номинального держателя ценной бумаги. Осуществление прав по предъявительским эмиссионным ценным бумагам производится по предъявлении их владельцем или его доверенным лицом (подробнее см. ст. 29 Федерального закона о рынке ценных бумаг).

Действует особый Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»,¹ которым установлены порядок возникновения и исполнения обязательств Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований в результате осуществления эмиссии этих ценных бумаг; процедура эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг и особенности их обращения; порядок раскрытия информации эмитентами указанных ценных бумаг в части, не регламентированной законодательством Российской Федерации. Правительство РФ в соответствии с Федеральным законом от 29 июля 1998 г. приняло постановление от 30 сентября 2000 г. № 754, которым утвердило два важных нормативных акта: Правила государственной регистрации нормативных правовых актов, содержащих условия эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг; Правила представления отчетов об итогах эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации или муниципальных

¹ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3814; 2005. № 30. Ч. I. Ст. 3101.

ценных бумаг¹. Порядок выпуска ценных бумаг отдельными организациями уточняется также в ведомственных нормативных актах².

7. Становление, функционирование и развитие рынка ценных бумаг в первую очередь определяются профессиональными участниками этого рынка. Ими могут быть юридические лица, которые осуществляют виды деятельности, указанные в гл. 2 Федерального закона о рынке ценных бумаг («Виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг»). Физические лица в их число не входят. Сложилось несколько видов такой деятельности, детерминирующих особенности создания и деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг:

а) *брокерская деятельность*. Ею 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. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность, именуется брокером. 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 Российской Федерации. Денежные средства клиентов, переданные ими брокеру для инвестирования в ценные бумаги, а также денежные средства, полученные по сделкам, совершенным брокером на основании договоров с клиентами, должны находиться на отдельном банковском счете (счетах), открываемом брокером в кредитной организации (специальный брокерский счет) (подробнее см. ст. 3 Федерального закона от 28 декабря 2002 г.);

б) *дилерская деятельность*. Ею 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

¹ СЗ РФ. 2000. № 41. Ст. 4084; 2004. № 35. Ст. 3639.

² См., например: Инструкция Центрального банка РФ от 10 марта 2006 г. № 128-И «О правилах выпуска и регистрации ценных бумаг кредитными организациями на территории Российской Федерации» // Вестник Банка России. 2006. № 25.

(или) продажи этих ценных бумаг по объявленным лицом, осуществляющим такую деятельность, ценам. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий дилерскую деятельность, именуется дилером. Дилером может быть только юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией;

в) *деятельность по управлению ценными бумагами*. Ею признается 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. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по управлению ценными бумагами, именуется управляющим. При осуществлении своей деятельности он обязан указывать, что действует в качестве управляющего;

г) *клиринговая деятельность*. Это 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. 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. Клиринговая организация обязана утвердить правила осуществления клиринговой деятельности и зарегистрировать их в ФСФР. ФКЦБ постановлением от 14 августа 2002 г. № 32/пс утверждено Положение о клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации¹;

д) *депозитарная деятельность*. Ею признается оказание услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету и переходу прав на ценные бумаги. Профессиональный участник

¹ БНА РФ. 2002. № 43.

рынка ценных бумаг, осуществляющий депозитарную деятельность, именуется депозитарием. Лицо, пользующееся услугами депозитария по хранению ценных бумаг и (или) прав на ценные бумаги, именуется депонентом. Договор между депозитарием и депонентом, регулирующий их отношения в процессе депозитарной деятельности, именуется 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;

е) *деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг.* Ею признаются сбор, фиксация, обработка, хранение и предоставление данных, составляющих систему ведения реестра владельцев ценных бумаг. Лица, осуществляющие деятельность по ведению реестра ценных бумаг, именуются держателями реестра (регистраторами). Юридическое лицо, осуществляющее деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг, не вправе осуществлять сделки с ценными бумагами зарегистрированного в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг эмитента. Под системой ведения реестра владельцев ценных бумаг понимается совокупность данных, зафиксированных на бумажном носителе и (или) с использованием электронной базы данных, обеспечивающая идентификацию зарегистрированных в системе ведения реестра 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 владельцев ценных бумаг.

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. Эмитент имеет право заключить договор на ведение реестра только с одним юридическим лицом. Регистратор может вести реестры владельцев ценных бумаг неограниченного числа эмитентов.

Номинальный держатель ценных бумаг — лицо, зарегистрированное в системе ведения реестра, в том числе являющееся

депонентом депозитария и не являющееся владельцем в отношении этих ценных бумаг. В качестве номинальных держателей ценных бумаг могут выступать профессиональные участники рынка ценных бумаг. Депозитарий может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с депозитарным договором. Брокер может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с договором, на основании которого он обслуживает клиента. Номинальный держатель ценных бумаг может осуществлять права, закрепленные ценной бумагой, только в случае получения соответствующего полномочия от владельца;

ж) *деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг*. Ею признается предоставление услуг, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами между участниками рынка ценных бумаг. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг, называется организатором торговли на рынке ценных бумаг.

В ст. 9 Федерального закона о рынке ценных бумаг указан перечень информации, которую последний обязан раскрыть любому заинтересованному лицу (правила регистрации и исполнения сделок и т. д.). Документы, содержащие эту информацию, организатор торговли обязан регистрировать в ФСФР.

Приказом ФСФР России от 22 июня 2006 г. № 06-68/пз-н утверждено Положение о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг¹.

Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. установил особые требования к должностным лицам профессиональных участников рынка ценных бумаг. Согласно ст. 10¹ Федерального закона о рынке ценных бумаг функции единоличного исполнительного органа этих участников не могут, в частности, осуществлять лица, имеющие судимость за преступления в сфере экономической деятельности или преступления против государственной власти. Об избрании ряда должностных лиц профессиональных участников рынка ценных бумаг на их должности, в том числе на должность единоличного исполнительного органа, должна быть уведомлена ФСФР.

Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. ввел также новую фигуру на рынке ценных бумаг — финансового консультанта: юридическое лицо, имеющее лицензию на осуществление брокерской и (или) дилерской деятельности на рынке ценных бумаг, оказывающее эмитенту услуги по подготовке проспекта ценных бумаг. Приказом ФСФР России от 20 апреля 2005 г. № 05-17/пз-н утверждено Положение о специалистах финансового рынка¹.

8. Особая роль на рынке ценных бумаг отводится *фондовой бирже*. Ею может признаваться лишь организатор торговли на этом рынке. В Федеральном законе от 28 декабря 2002 г. приведена новая редакция гл. 3 «Фондовая биржа» Федерального закона о рынке ценных бумаг, качественно изменившая статус этого института. Остановимся лишь на отдельных моментах.

А. Сейчас фондовые биржи могут создаваться не только в форме некоммерческого партнерства, но и акционерного общества. Однако членами фондовой биржи — некоммерческого партнерства могут быть только профессиональные участники рынка ценных бумаг. При этом некоммерческие партнерства могут быть преобразованы в акционерные общества.

Б. Раньше организатору торговли не разрешалось совмещать деятельность по организации торговли с иными видами деятельности, за исключением депозитарной деятельности и деятельности по определению взаимных обязательств. Теперь же юридическое лицо, осуществляющее деятельность на фондовой бирже, не вправе совмещать указанную деятельность с иными видами деятельности, за исключением деятельности на валютной бирже, товарной бирже (деятельности по организации биржевой торговли), клиринговой деятельности, связанной с осуществлением клиринга по операциям с ценными бумагами и инвестиционными паями паевых инвестиционных фондов, деятельности по распространению информации, издательской деятельности, а также с осуществлением деятельности по сдаче имущества в аренду.

В. Новой нормой является то, что участниками торгов на фондовой бирже могут быть только брокеры, дилеры и управляющие. Иные лица могут совершать операции на фондовой бирже исключительно при посредничестве брокеров, являющихся участниками торгов. (Об этих и других новеллах см.

ст. 11—14 Федерального закона о рынке ценных бумаг в ред. Федерального закона от 28 декабря 2002 г.)

9. Все виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг осуществляются на основании специального разрешения — лицензии, выдаваемой ФСФР или уполномоченными ею органами на основании генеральной лицензии. Аннулирование генеральной лицензии, выданной уполномоченному органу, не влечет аннулирования лицензий, выданных им профессиональным участникам рынка ценных бумаг. 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. Кредитные организации осуществляют профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг в порядке, установленном для профессиональных участников рынка ценных бумаг.

Приказом ФСФР России от 16 марта 2005 г. № 05-3/пз-н утвержден Порядок лицензирования видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг¹.

10. ФСФР России является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов, контролю и надзору в сфере финансовых рынков (за исключением страховой, банковской и аудиторской деятельности). Руководство ФСФР осуществляет Правительство РФ. ФСФР проводит свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы². Ее предшественница — ФКЦБ была образована Указом Президента РФ от 1 июля 1996 г. № 1009. Положение о ФСФР России утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 317³. ФСФР — юридическое лицо.

Учитывая, что в одном государственном органе — ФСФР России сосредоточены функции и по изданию нормативных правовых актов, и по правоприменению, предлагается его ре-

¹ БНА. 2005. № 22.

² Положение о территориальных органах ФСФР утверждено приказом ФСФР России от 2 сентября 2004 г. № 04-445/пз-н // БНА. 2004. № 43.

³ СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2780; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 20 марта 2006 г. № 148 // СЗ РФ. 2006. № 13. Ст. 1400.

формирование — преобразование из единоличного органа в коллегиальный, управляемый советом директоров. Совету директоров, куда войдут представители исполнительных органов власти, профессиональных участников рынка ценных бумаг и эмитентов, планируется передать полномочия по принятию нормативных правовых актов.

В Федеральном законе о рынке ценных бумаг закреплены функции ФСФР (осуществляет разработку основных направлений развития рынка ценных бумаг и координацию деятельности федеральных органов по вопросам регулирования рынка ценных бумаг и др. — см. ст. 42), ее права (квалифицирует ценные бумаги и определяет их виды и др. — см. ст. 44). Следует особо отметить, что Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. дополнил Федеральный закон о рынке ценных бумаг новой ст. 44', в соответствии с которой в обязанности федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг входят следующие действия:

а) обеспечивать конфиденциальность предоставляемой ему информации, за исключением информации, раскрываемой в соответствии с законодательством Российской Федерации о ценных бумагах;

б) при направлении эмитентам, профессиональным участникам рынка ценных бумаг и саморегулируемым организациям профессиональных участников рынка ценных бумаг запросов о предоставлении информации мотивированно обосновывать необходимость получения запрашиваемой информации;

в) осуществлять регистрацию документов профессиональных участников рынка ценных бумаг и саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг, подлежащих регистрации в соответствии с Федеральным законом о рынке ценных бумаг, не позднее чем через 30 дней с даты получения соответствующих документов или предоставлять в указанный срок мотивированный отказ в регистрации, если иные сроки для регистрации не установлены Федеральным законом о рынке ценных бумаг;

г) предоставлять в течение 30 дней мотивированные ответы на запросы юридических лиц и граждан по вопросам, относящимся к компетенции ФСФР.

11. Различные виды профессиональной деятельности тесно взаимосвязаны, а ее участники постоянно взаимодействуют между собой, что объективно обуславливает наличие двух про-

блем. Первая — пределы совмещений в профессиональной деятельности, т. е. возможность выполнения одним и тем же лицом различных ее видов. Решается она двумя путями. Во-первых, введением запретов на совмещение самим Федеральным законом о рынке ценных бумаг. Как мы только что видели, организатор торговли на рынке ценных бумаг в лице фондовой биржи не может совмещать это с иными видами профессиональной деятельности, за исключением депозитарной деятельности и деятельности по определению взаимных обязательств. Осуществление деятельности по ведению реестра не допускает ее совмещения с любыми другими видами профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Во-вторых, право устанавливать ограничения на совмещение видов деятельности и операций с ценными бумагами Федеральный закон о рынке ценных бумаг предоставил ФСФР.

Вторая проблема — возможность и необходимость организационной интеграции субъектов различных видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Согласно Федеральному закону о рынке ценных бумаг не менее 10 профессиональных участников рынка ценных бумаг вправе учредить добровольное саморегулируемое объединение, функционирующее на принципах некоммерческой организации. Такие организации приобретают статус саморегулируемых на основании лицензии (разрешения), выданной ФСФР. Она же вправе по основаниям, предусмотренным законодательством Российской Федерации, аннулировать выданную лицензию с обязательным опубликованием сообщения об этом в средствах массовой информации. ФСФР может также отказать в выдаче разрешения, устанавливающего статус саморегулируемой организации. Исчерпывающий перечень оснований подобного отказа приведен в ст. 50 Федерального закона о рынке ценных бумаг, например, когда из представленных организацией документов усматривается возможность дискриминации прав клиентов, пользующихся услугами членов организации; необоснованная дискриминация членов организации; регулирование вопросов, не относящихся к компетенции, а точнее, не соответствующих целям деятельности организации.

Цель саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг — повышение эффективности системы регулирования рынка ценных бумаг и контроля деятельности профессиональных его участников, а также снижение

государственных расходов на регулирование этого рынка. Формирование организаций целесообразно осуществлять по основным направлениям профессиональной деятельности. Членство в саморегулируемых организациях является необходимым для всех профессиональных участников рынка, осуществляющих те виды деятельности, регулирование которых входит в компетенцию соответствующей саморегулируемой организации.

Все доходы саморегулируемой организации используются исключительно для выполнения уставных задач и не распределяются между ее членами. Организация с целью защиты интересов владельцев ценных бумаг и прав клиентов профессиональных участников рынка ценных бумаг устанавливает правила осуществления профессиональной этики на рынке ценных бумаг, проведения операций с ценными бумагами, а также осуществляет контроль за соблюдением этих правил и стандартов. В круг полномочий саморегулируемой организации входят также разработка учебных программ и планов, подготовка должностных лиц и персонала организаций, проводящих профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, определение квалификации указанных лиц и выдача им квалификационных аттестатов.

12. За нарушение законодательства о ценных бумагах участники рынка ценных бумаг несут гражданскую, административную или уголовную ответственность. Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1998 г. № 934 утвержден Порядок наложения ареста на ценные бумаги¹.

Основания и порядок юридической ответственности дифференцируются применительно к отдельным правонарушениям и совершившим их лицам. Он устанавливается различными правовыми актами, а наиболее полно — самим Федеральным законом о рынке ценных бумаг, где зафиксированы многие составы правонарушений, меры ответственности за которые применяет ФСФР. Этому посвящена отдельная ст. 51 названного Закона во взаимосвязи с другими статьями.

Например, в ст. 26 Федерального закона о рынке ценных бумаг говорится о недобросовестной эмиссии, под которой понимаются действия, выражающиеся в нарушении установленной процедуры эмиссии, которые являются основаниями для отказа регистрирующими органами в регистрации выпуска эмиссион-

СЗ РФ. 1998. № 33. Ст. 4035.

ных ценных бумаг, признания выпуска эмиссионных ценных бумаг несостоявшимися или приостановления эмиссии эмиссионных ценных бумаг. Федеральный закон от 28 декабря 2002 г. дополнил эту статью важным положением о том, что срок исковой давности для признания недействительными выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг, сделок, совершенных в процессе размещения эмиссионных ценных бумаг, и отчета об итогах их выпуска составляет три месяца с момента регистрации отчета об итогах выпуска (дополнительного выпуска) этих ценных бумаг. В п. 3 ст. 51 названы конкретные меры, применяемые ФСФР к недобросовестным эмитентам: приостановление размещения таких ценных бумаг, при наличии признаков преступления — направление материалов в органы прокуратуры и др.

Профессиональным участникам рынка ценных бумаг запрещено манипулирование ценами на рынке ценных бумаг, под которым понимаются действия, совершаемые для создания видимости повышения и (или) понижения цен и (или) торговой активности на рынке ценных бумаг относительно существующего уровня цен и (или) существующей торговой активности на рынке ценных бумаг, с целью побудить инвесторов продавать или приобретать публично размещаемые и (или) публично обращаемые ценные бумаги и понуждать к покупке или продаже ценных бумаг путем представления умышленно искаженной информации о ценных бумагах, эмитентах эмиссионных ценных бумаг, ценах на ценные бумаги, включая информацию о рекламе. Совершение указанных действий влечет применение санкций, предусмотренных для членов саморегулируемых организаций. Факт манипулирования ценами на рынке ценных бумаг признается в судебном порядке (подробнее см. п. 2 ст. 51 Федерального закона о рынке ценных бумаг).

В отношении лиц, осуществляющих профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг без лицензий, санкции предусмотрены п. 6 ст. 51.

Особо выделена ответственность за недобросовестную рекламу (см. п. 7 ст. 51).

Профессиональные участники рынка ценных бумаг и эмитенты ценных бумаг, а также их должностные лица имеют право на обжалование действий ФСФР по пресечению нарушений законодательства Российской Федерации о ценных бумагах и применению к ним мер ответственности.

13. В КоАП РФ включен ряд конкретных составов административных правонарушений, связанных с функционированием рынка ценных бумаг. Их субъектами, как правило, являются профессиональные участники рынка ценных бумаг и эмитенты (см. ст. 15.18—15.24). Приведем в качестве примера нарушение требований законодательства, касающихся представления информации на рынке ценных бумаг. Профессиональный участник представляет отчетность в одну из саморегулируемых организаций, членом которых он является, и несет ответственность за недостоверность сообщаемых сведений. В ФСФР отчетность представляется в бумажной и в электронной форме на магнитных носителях (дискетах). Непредставление эмитентом или профессиональным участником рынка ценных бумаг инвестору по его требованию предусмотренной законодательством информации либо представление недостоверной информации **влечет** наложение административного штрафа **на** должностных лиц **в** размере **от 20 до 30**, а на юридических лиц — **от 200 до 300** минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 15.19 КоАП РФ).

Все дела **об административных правонарушениях по** поводу ценных бумаг рассматривают федеральный орган исполнительной власти, **уполномоченный в области** рынка ценных бумаг, и его территориальные органы. В настоящее время это **ФСФР и ее** территориальные подразделения.

14. Вред, причиненный в результате нарушения законодательства **о** ценных бумагах, подлежит возмещению в порядке, установленном гражданским законодательством. Уголовная ответственность за преступления, совершенные по поводу ценных бумаг, предусмотрена УК РФ: ст. 185 (злоупотребления при эмиссии ценных бумаг, ст. 185¹ (злостное уклонение от предоставления инвестору или контролирующему органу информации, определенной законодательством **РФ** о ценных бумагах), ст. 186 (изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг).

15. Своеобразным участником рынка ценных бумаг, подотчетным **ФСФР**, является акционерный инвестиционный фонд — открытое акционерное общество, статус которого определен Федеральным законом от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»¹. Положения Федерального закона

¹ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 15 апреля 2006 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 17. Ч. I. Ст. 1780.

«Об акционерных обществах» распространяются и на акционерные инвестиционные фонды с учетом особенностей, установленных Федеральным законом от 29 ноября 2001 г. Исключительный предмет деятельности этих фондов — инвестирование имущества в ценные бумаги и некоторые иные объекты. Другие виды деятельности они осуществлять не вправе.

Имущество акционерного инвестиционного фонда подразделяется на имущество, предназначенное для инвестирования (инвестиционные резервы), и имущество, предназначенное для обеспечения деятельности органов управления и иных органов фонда. Инвестиционные резервы акционерного инвестиционного фонда (так называемые активы) должны быть переданы в доверительное управление управляющей компании. В случае заключения управляющей компанией договора о передаче ей полномочий единоличного исполнительного органа акционерного инвестиционного фонда управляющая компания приобретает права и несет обязанности по управлению активами акционерного инвестиционного фонда на основании указанного договора.

Федеральным законом от 29 ноября 2001 г. подробно урегулирован статус и другого подотчетного ФСФР инвестиционного фонда — паевого, представляющего собой обособленный имущественный комплекс, который непосредственно не есть юридическое лицо. Юридическим лицом является управляющая компания паевого инвестиционного фонда.

Имущество комплекса состоит из двух частей: а) имущества, переданного в доверительное управление управляющей компании учредителем (учредителями) доверительного управления с условием объединения этого имущества с имуществом иных учредителей доверительного управления; б) имущества, полученного в процессе такого управления, доля в праве собственности на которое удостоверяется ценной бумагой, выдаваемой управляющей компанией.

§ 3. Информация. Персональные данные. Служебная и коммерческая тайна

1. Информация — одна из самых широких категорий, выработанных человечеством в ходе познания окружающего мира и происходящих в нем изменений. Сформулированы различные ее определения. В действующем российском законодательстве

информация рассматривается как сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Иными словами, сведения обо всех и обо всем. Хозяйствующие субъекты постоянно находятся в море самой различной информации. Объем ее поистине необозрим и постоянно возрастает, что делает первейшим условием работы с информацией вообще и правового регулирования в частности единообразное отражение и адекватную классификацию общественных отношений, которые складываются по поводу поиска, получения, передачи, производства, распространения, обеспечения, защиты информации и применения информационных технологий.

Как фундаментальная ценность информация отнесена к числу конституционных прав и свобод человека и гражданина (см., например, ст. 23, 24, 29 Конституции РФ). Конституция, международные договоры РФ лежат в основе законодательства об информации, включающего нормы различных отраслей права. Федеральные законы, опосредующие отношения по поводу информации, образуют вертикально интегрированную систему. «Открывает» систему Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹ (далее — Федеральный закон об информации), регулирующий все отношения — частные и публичные, объектом которых является информация. Исключение составляют отношения, связанные с организацией и деятельностью средств массовой информации и хранением и использованием архивных фондов, где действуют соответствующие федеральные законы (Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»² и Федеральный закон от 22 октября 2004 г. № 125-ФЗ «Об архивном деле в Российской Федерации»³).

2. Для всего массива информации большое значение имеют положения Федерального закона об информации, относящиеся к ее классификации. Классификация в зависимости от целей освоения информации проводится по различным критериям (см. ст. 5 Федерального закона об информации). С точки зрения правового регулирования важнейшим из них является категория

¹ СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3448.

² Ведомости РФ. 1992. № 7. Ст. 300; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

³ СЗ РФ. 2004. № 43. Ст. 4169.

доступа. По этому критерию информация подразделяется на две группы. В первую входит общедоступная информация, доступ к которой не ограничен. Любая предпринимательская организация, например, вправе из состава такой информации получать без всяких ограничений любые сведения, в частности, от органов государственной власти и местного самоуправления — информацию, непосредственно касающуюся ее прав и обязанностей, а также необходимую для взаимодействия с ними при осуществлении своей уставной деятельности.

Никаких серьезных проблем в обращении с общедоступной информацией не зафиксировано ни в теории, ни в предпринимательской практике. Иначе обстоит дело с информацией, входящей в группу ограниченного доступа. Следует прежде всего подчеркнуть, что ограничения доступа к информации вводятся только федеральными законами и только в той мере, в какой это соответствует конституционным установлениям о возможностях и пределах ограничения прав и свобод человека и гражданина (см. ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, ч. 1 ст. 9 Федерального закона об информации). Информация ограниченного доступа обладает качеством конфиденциальности: лицо, получившее доступ к ней, не вправе передавать такую информацию третьим лицам без согласия ее обладателя.

3. И здесь мы выходим на сложную проблему классификации информации по степени ее конфиденциальности, т. е. секретности. Федеральный закон об информации в числе конфиденциальной информации называет государственную тайну, профессиональную тайну и некоторые другие ее виды. Исчерпывающего их перечня он не приводит, а лишь закрепляет общее правило: федеральными законами устанавливаются условия отнесения информации к сведениям, составляющим ту или иную тайну, обязательность соблюдения конфиденциальности такой информации, а также ответственность за ее разглашение.

Последний из таких федеральных законов — от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹ вступил в силу в феврале 2007 г. Знать его необходимо каждому предпринимателю, каждому государственному и муниципальному служащему, буквально всем гражданам. Ранее регулирование отношений по поводу персональных данных имело место в ТК РФ (ст. 85—90) и распространялось только на персональные данные работника,

¹ СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3451.

включающие информацию, необходимую работодателю, в том числе предпринимателю, в связи с трудовыми отношениями и касающуюся конкретного работника. Теперь режим персональных данных распространен на каждое отдельное физическое лицо — субъекта персональных данных, а под персональными данными понимается любая информация о нем: фамилия, имя, отчество, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное и имущественное положение, доходы и т. д. В специальную категорию персональных данных выделены сведения о расовой и национальной принадлежности, политических взглядах, состоянии здоровья, интимной жизни, судимости. Персональные данные, кроме общедоступных, относятся к конфиденциальным. Но и в общедоступные источники персональных данных — справочники, адресные книги и т. п. персональные данные могут помещаться только с письменного согласия их субъекта.

Законодательно строго регламентирован порядок обработки персональных данных (сбор, хранение и т. д.) операторами (органами государственной власти и местного самоуправления, юридическими и физическими лицами, включая хозяйствующими субъектами), ответственность за его нарушение. В ст. 15 Федерального закона «О персональных данных» закреплены права субъектов персональных данных при обработке их персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке. Уполномоченным органом по защите субъектов персональных данных определен федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере информационных технологий и связи.

Физические лица, являющиеся хозяйствующими субъектами, занятые в органах управления предпринимательских организаций, находятся с персональными данными в своего рода прямых и обратных связях: никто не вправе разглашать такие данные о них, равно как и они не вправе разглашать известные им персональные данные о своих работниках, партнерах, клиентах и других физических лицах. Федеральный закон «О персональных данных» особо обращен к работникам средств массовой информации, любящим заглядывать в «замочную скважину» двери, за которой находятся популярные политики, артисты, и затем повествовать об увиденном в своих публикациях и устных выступлениях. Еще раз на высшем государственном уровне подтвержден запрет на подобные акции и гаранти-

ровано право каждого на неприкосновенность частной жизни, личную, семейную и иную тайну.

4. Служебная и коммерческая тайна являются разновидностями конфиденциальной информации, находящимися в сфере действия Федерального закона об информации. Статья 139 ГК РФ относит их к объектам гражданских прав. Общественные отношения по поводу служебной и коммерческой тайны возникают у обладающих ею физических и юридических лиц между собой, с имеющими доступ к ней работниками, с органами государственной власти и органами местного самоуправления. Вопросы служебной и коммерческой тайны находят отражение практически в каждом федеральном законе, связанном с регулированием предпринимательской деятельности. Всего в этой сфере, по подсчетам специалистов, действует более 100 законодательных и иных нормативных правовых актов¹. Эти акты содержат две группы правовых норм: распространяющиеся на служебную и коммерческую тайну в целом и лишь на отдельных участников конфиденциальных информационных отношений.

Согласно ст. 139 ГК РФ конкретная информация обладает качеством служебной или коммерческой тайны при наличии одновременно трех признаков. Во-первых, если она имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам. Это означает, что информация не только нова, оригинальна, но и имеет в настоящее время или может приобрести в будущем потребительскую стоимость, т. е. является товаром, представляет интерес для субъектов коммерческой деятельности, может выступать предметом купли-продажи, обмена или иного обращения на рынке. Во-вторых, если к ней нет свободного доступа на законном основании, т. е. обладатель информации не обязан представлять ее (возмездно или безвозмездно) лицам, нуждающимся в такой информации. В-третьих, если обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности: не разглашает в средствах массовой информации, не помещает на стендах, в рекламе, не хранит в общедоступных местах и т. п. Таким образом, **служебная и коммерческая тайна есть охраняемое законодательством право индивидуальных предпринимателей, коммерче-**

¹ См.: Тайна. Коммерческая. Служебная. Государственная: Сборник нормативных правовых актов Российской Федерации / Сост. А. В. Коломиец. М., 2001.

ских и некоммерческих организаций на засекречивание сведений о своей производственной, экономической и финансовой деятельности, которые, став известными конкурентам или иным посторонним лицам, могут причинить материальный и (или) моральный вред первоначальным обладателям этих сведений.

При решении вопроса о коммерческой и служебной тайне индивидуальные предприниматели и юридические лица нередко сталкиваются с *двумя проблемами*. *Первая* вызвана тем, что они могут оказаться обладателями (собственниками) информационных ресурсов, содержащих сведения, относящиеся к государственной тайне. Последняя, как и конфиденциальная информация, входит в категорию ограниченного доступа, но с более строгим правовым режимом. Отношения, возникающие в связи с отнесением сведений к государственной тайне, их рассекречиванием и защитой, регулируются Законом РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне»¹.

Перечень сведений, которые могут быть расценены как государственная тайна, дан в ст. 5 Закона РФ «О государственной тайне». Перечень включает сведения в военной области, в области экономики, науки и техники, в области внешней политики и экономики, в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности. Если сведения, отнесенные обладателем (собственником) информации к служебной или коммерческой тайне, касаются государственной безопасности и подпадают под указанный перечень, то компетентный государственный орган вправе принять решение об отнесении их к государственной тайне.

Материальный ущерб, наносимый собственнику информации в связи с ее засекречиванием, возмещается государством в размерах, определяемых в договоре между органом государственной власти, в распоряжение которого переходит эта информация, и ее собственником. В договоре также предусматриваются обязательства собственника информации по ее нераспространению. При отказе собственника информации от подписания договора он предупреждается об ответственности за несанкционированное распространение сведений, составляющих государствен-

¹ Российская газета. 1993. 21 сент.; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

ную тайну, в соответствии с действующим законодательством. В случае отнесения документированной информации, находящейся в обладании (собственности) физических и юридических лиц, к государственной тайне государство имеет право выкупа у них этой информации. Обладатель (собственник) информационных ресурсов, содержащих государственную тайну, может распоряжаться ими только с разрешения компетентных органов государственной власти.

В соответствии с Законом РФ «О государственной тайне» Президент РФ Указом от 30 ноября 1995 г. № 1203 утвердил Перечень сведений, отнесенных к государственной тайне¹. Правительство РФ постановлением от 4 сентября 1995 г. № 870 утвердило Правила отнесения сведений, составляющих государственную тайну, к различным степеням секретности². Этими документами и следует прежде всего руководствоваться, имея дело с государственной тайной.

Вторая проблема — отграничение служебной тайны от коммерческой. Эта проблема, в отличие от первой, не имеет столь существенного значения. Решение вопроса предполагает прежде всего уяснение места служебной и коммерческой тайны в системе общественных отношений по поводу информации. Общим критерием, отграничивающим и служебную, и коммерческую тайну от иных видов конфиденциальной информации, является их регулирование гражданским законодательством. Последнее же, как мы видели, никакой грани между данными разновидностями тайны не проводит: их правовой режим одинаков, физические и юридические лица без всяких ограничений могут быть обладателями и той и другой тайны.

Отмеченное обстоятельство вызвало значительные трудности при дальнейшей разработке законодательства о регулировании обеих тайн. Сначала предпринимались попытки подготовить один закон — о служебной и коммерческой тайне. Но они оказались безуспешными. Лишь спустя почти 10 лет после введения в действие части первой ГК РФ был принят Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»³ (далее — Фе-

¹ СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4775; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 11 февраля 2006 г. № 90 // СЗ РФ. 2006. № 8. Ст. 892.

² СЗ РФ. 1995. № 37. Ст. 3619.

³ СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283; 2006. № 6. Ст. 636.

деральный закон о коммерческой тайне), давший **легальное определение коммерческой тайны как конфиденциальной информации, позволяющей ее обладателю при соответствующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду**. Совершенно очевидна направленность коммерческой тайны на обслуживание только и исключительно предпринимательской деятельности и ее основной составляющей — деятельности коммерческой.

Федерального закона о служебной тайне до сих пор нет. Но ее уяснению помогают трактовки, имеющиеся в действующем законодательстве, где понятие служебной тайны раскрывается применительно к конкретным ее обладателям. Изучение соответствующих федеральных законов позволяет сделать вывод о наличии двух тесно связанных, но различных видов служебной тайны, в отношении которых действуют неодинаковые механизмы правового регулирования. Вот отдельные примеры.

В ст. 31 Федерального закона о рынке ценных бумаг служебной для целей этого Закона признается, в частности, любая не являющаяся общедоступной информация об эмитенте и выпущенных им эмиссионных ценных бумагах, которая ставит лиц, обладающих в силу своего служебного положения такой информацией, в преимущественное положение **по** сравнению с другими субъектами рынка ценных бумаг (см. об этом выше § 2 настоящей темы).

Здесь речь идет о служебной тайне, в которую трансформировалась тайна коммерческая. Функциями контроля за соблюдением законности в деятельности предпринимательских структур наделены многие властные органы (см. об этом тему 9), в результате чего их работники, реализуя свои полномочия, получают доступ ко многим коммерческим тайнам. Получив новых обладателей, коммерческая тайна, оставаясь таковой и продолжая обслуживать сферу предпринимательства, становится одновременно и служебной тайной лиц, которые непосредственно сами предпринимательскую деятельность не осуществляют. Таким образом, рассматриваемая служебная тайна такова лишь по форме, а по содержанию она — тайна коммерческая и в полной мере подпадает под режим последней с учетом особенностей статуса субъектов — обладателей тайны, являющихся не предпринимателями, а служащими.

Но вот пример иной служебной тайны. Согласно п. 9 ст. 15 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹ гражданский служащий обязан представлять в установленном порядке предусмотренные федеральным законом сведения о себе и членах своей семьи, а также сведения о полученных им доходах и принадлежащем ему на праве собственности имуществе, являющихся объектами налогообложения, об обязательствах имущественного характера. Эти сведения, поступающие в органы Федеральной налоговой службы, составляют служебную тайну. Заниматься предпринимательством государственные служащие не вправе, и информация об их доходах, принадлежащем им имуществе и т. п. не может составлять коммерческую тайну. Здесь налицо совершенно другая конфиденциальная информация в виде служебной тайны, не связанной с обслуживанием предпринимательской деятельности. И правоотношения в данном случае регулируются не частным правом (гражданским), а публичным (административным, финансовым) и к предпринимательскому праву не относятся.

Ниже будет проанализировано правовое регулирование «чистой» коммерческой тайны и служебной тайны, в которую трансформировалась эта коммерческая тайна. Основным их нормативным правовым регулятором служит Федеральный закон о коммерческой тайне.

А. Коммерческая тайна представляет собой любую информацию, имеющую коммерческую ценность, т. е. способную послужить новым, неизвестным ранее источником получения предпринимательской прибыли. Новизна может присутствовать, например, в научно-техническом обеспечении, организации и технологии производства, в средствах перевозки сырья, материалов и товаров, в ведении финансовых и экономических расчетов и т. п. При этом информация, заключенная в коммерческой тайне, не обязательно должна быть освоена на практике, ей достаточно иметь реальную перспективу внедрения в предпринимательскую деятельность в будущем.

Обладателями коммерческой тайны могут выступать как физические, так и юридические лица. Становятся они ими в силу различных причин. Но главное общее требование к обладателю состоит в том, чтобы информация, имеющая признаки коммер-

¹ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215; 2006. № 6. Ст. 636.

ческой тайны, была им получена правомерно. На это следует обратить особое внимание, так как правомерность обладания коммерческой тайной нередко оспаривается другими претендентами на нее.

Есть два законных способа — самых надежных и прозрачных — получения информации, составляющей коммерческую тайну. Первый, когда физические или юридические лица самостоятельно открывают ее и тем самым приобретают статус первообладателей коммерческой тайны. Нередко составляющая коммерческую тайну информация добывается работником, выполняющим обязанности по трудовому договору с работодателем, тем же, например, предпринимателем. Вопрос о принадлежности такой информации — работнику или работодателю ранее вызывал споры. Теперь законодательно определено: обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, полученной в рамках трудовых отношений, является работодатель. В случае получения работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя результата, который может стать объектом правовой защиты в качестве изобретения, полезной модели, промышленного образца, топологии интегральной микросхемы, программы для электронных вычислительных машин или базы данных, отношения между работником и работодателем регулируются в соответствии с законодательством Российской Федерации об интеллектуальной собственности (см. об этом ниже § 4 настоящей темы).

Права обладателей коммерческой тайны весьма широки. Они имеют право использовать ее для собственных нужд, разрешить доступ к ней другим лицам, ввести в гражданский оборот на основании гражданско-правовых договоров, таких, например, как купля-продажа и дарение, включив в них условия об охране конфиденциальной информации, составляющей коммерческую тайну (см. подробнее ст. 7 Федерального закона о коммерческой тайне). В ГК РФ для подобных ситуаций предусмотрен и специальный договор — коммерческой концессии (ст. 1027—1040). По нему одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в своей предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую ин-

формацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т. д. Получив коммерческую тайну из рук ее правомерного обладателя, физические и юридические лица и сами становятся совершенно легитимными обладателями такой тайны. Их права могут быть ограничены лишь условиями, на которых коммерческая тайна им была передана.

Но, как известно, нет ничего тайного, что не стало бы явным. И коммерческая тайна не есть вечное достояние лица, ставшего ее первообладателем. Рано или поздно найдутся другие лица, которые столь же самостоятельно, как первообладатель, в результате научных исследований и даже простого наблюдения за операциями, повторяющимися в предпринимательской деятельности, соберут информацию, которая составит ту же коммерческую тайну. Федеральный закон защищает лиц, открывших коммерческую тайну повторно. Информация о ней считается полученной законным способом, несмотря на то что содержание такой информации совпадает с содержанием информации, составляющей коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо.

Между обладателями одной и той же коммерческой тайны подчас, однако, возникают непростые конфликты по поводу правомерности ее получения. И подобные конфликты далеко не всегда беспочвенны. Ведь уже со времени появления такого феномена, как коммерческая тайна, за ней повсеместно ведется активная охота, ожесточающаяся по мере развития рыночных отношений и обострения конкурентной борьбы на рынках. В этой борьбе побеждает сильнейший. Мускулами же в ней часто как раз и служат разного рода коммерческие тайны, позволяющие выставлять на рынках товаров, работ, услуг, финансовых рынках продукцию более привлекательную и по более низкой цене.

Не случайно одним из самых сложных вопросов при внедрении института коммерческой тайны оказалась ее правовая охрана. Этим постоянно вынуждены заниматься и государства, которые уже давно имеют соответствующее законодательство. Например, в США в середине 90-х гг. участились случаи вербовки иностранцами сотрудников из различных фирм и корпораций, которые за солидное вознаграждение передавали вербовщикам финансовые и торговые секреты своих компаний. В конце 1996 г. Сенат США в качестве ответной меры принял

законопроект «Об экономическом шпионаже», согласно которому за кражу секретов в пользу иностранного правительства, компании или агента грозит тюремное заключение сроком до 25 лет и штраф до 250 тыс. долл.

Для России это явление относительно новое. Оно почти не имело места при советской власти, когда ограниченный доступ устанавливался лишь для информации, составляющей государственную и военную тайну. Тогда, напротив, широко внедрялось так называемое социалистическое соревнование, когда передовые достижения предприятий, колхозов, совхозов в области техники, технологии, организации производства и труда активно пропагандировались средствами массовой информации, заинтересованные лица безвозмездно непосредственно на месте изучали их и затем внедряли у себя. В основном о существовании промышленного шпионажа, кражах экономических идей в странах капитализма мы узнавали из детективных романов.

Сейчас и в современной России проблема законности обладания коммерческой тайной становится все более острой. Появляются лица, которые, не имея правомерного доступа к источникам конфиденциальной информации, добывают ее, например, путем воровства, грабежа, мошенничества и им подобных незаконных способов. Отсюда следует настоятельная необходимость для тех, кто обладает коммерческой тайной, собирать и хранить доказательства того, что находящаяся в их обладании информация, составляющая коммерческую тайну, получена законным способом. Если информация добывается самостоятельно — фиксировать, закреплять документально процесс ее сбора и хранения. При получении коммерческой тайны от первичных правообладателей — в письменной форме юридически правильно оформлять сам факт передачи соответствующей информации.

Б. В отношениях по поводу коммерческой тайны, в частности в спорах с другими претендентами на нее, принципиальное значение имеет установление точного времени, когда та или иная информация приобрела качество коммерческой тайны. Только с этого момента начинают действовать регулирующие ее, включая защиту, нормы права. Решает вопрос сам потенциальный обладатель конфиденциальной информации — индивидуальный предприниматель или юридическое лицо (коммерческая либо некоммерческая организация). Обычно такое право предоставляется руководителю юридического лица. Здесь важно, с одной стороны, избежать ошибок в определении инфор-

мации, включив в состав конфиденциальной именно те сведения, которые действительно составляют коммерческую тайну, а с другой — дать обстоятельное квалифицированное описание этих сведений и установить особый режим их использования, с тем чтобы в дальнейшем избежать конфликтов при оценке той или иной информации как представляющей коммерческую тайну или не представляющей таковую.

Следует точно фиксировать время, когда определенная информация становится коммерческой тайной. Оно указано в ст. 7 Федерального закона о коммерческой тайне: права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им режима коммерческой тайны. Федеральный же закон зафиксировал конкретный набор мер, образующих такой режим: определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну; ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка; учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана; регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров; нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Принятие перечисленных мер обязательно для обладателя коммерческой тайны. Отсутствие хотя бы одной из них лишает информацию статуса коммерческой тайны, а значит, и правовой охраны. Но обладатель информации вправе дополнить законодательно закрепленный набор мер иными, вызываемыми спецификой конфиденциальной информации. Надо лишь, чтобы они не противоречили законодательству Российской Федерации.

В. При отборе информации, относимой к коммерческой тайне, необходимо иметь в виду, что законодательно выделены сведения, распространять на которые режим коммерческой тайны

запрещено. Они характеризуются двумя признаками. Во-первых, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ этот режим не может быть использован в целях, противоречащих требованиям защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Во-вторых, режим коммерческой тайны нельзя вводить в отношении сведений, знание которых необходимо всем участникам общественных отношений для нормальной жизнедеятельности общества.

Ранее вопрос решался в рамках постановления Правительства РФ от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну». В него неоднократно вносились изменения и дополнения, а сейчас эти сведения содержатся в ст. 5 Федерального закона о коммерческой тайне. Перечень сведений обширен. Их полезно знать каждому предпринимателю, государственному и муниципальному служащему да и всем гражданам. Целесообразно особое внимание обратить на следующее:

а) нельзя засекречивать сведения, содержащиеся в учредительных документах юридического лица. Отсюда сразу вытекают две рекомендации. Предпринимательским организациям — не включать в свои уставы и учредительные договоры информацию, знание которой нежелательно, по мнению хозяйствующего субъекта, для посторонних. В действующем законодательстве закреплен минимум сведений, которые необходимо вносить в учредительные документы (см. § 3 темы 4). Его и надо придерживаться.

Рекомендация для вступающих в деловые контакты с предпринимательскими организациями — с самого начала использовать свое право на ознакомление с учредительными документами соответствующего хозяйствующего субъекта, тщательно изучив их, что поможет лучше защитить свои интересы, избежать ошибок в юридическом оформлении партнерских связей с ним. Непременнo надлежит выделить информацию о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица. Перечень содержится в учредительных документах или ином локальном акте, на который нельзя устанавливать режим коммерческой тайны. Только эти лица вправе без доверенности принимать решения, обязательные для юридического лица, например подписывать гражданско-правовые договоры. Необходимо, во избежание недоразумений в деловых

контактах, ознакомиться со сведениями, содержащимися в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности, которые также не могут засекречиваться, например в лицензиях;

б) средства массовой информации нередко сообщают о загрязнении окружающей среды, о появлении в продаже опасных для здоровья пищевых продуктов, медикаментов и тому подобных факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом. Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 создана Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, осуществляющая государственный надзор и контроль за исполнением обязательных требований законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения. Она находится в ведении Министерства здравоохранения и социального развития РФ. Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 322¹. Однако подобная информация затрагивает жизненно важные интересы каждого человека, и она не может утаиваться от общественности, граждан под видом коммерческой тайны. Нельзя утаивать и случаи нарушения законодательства Российской Федерации, факты привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

в) на протяжении уже многих лет поступает информация о задержках выплаты заработной платы работникам предпринимательских организаций. Объем своевременно непроизводимых выплат исчисляется многими миллиардами рублей. Но за общей суммой скрываются конкретные нерадивые хозяева, вовсе не желающие приобрести популярность как неплательщики и пытающиеся всевозможными способами скрыть грубейшее нарушение ими элементарных прав работников. Одним из средств их выявления и борьбы за искоренение этого негативного явления служит запрет устанавливать режим коммерческой тайны на сведения о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

г) запрещено расценивать как коммерческую тайну систему оплаты труда, применяемую в предпринимательских организациях. Данный запрет не следует путать с запретом противопо-

¹ СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2899; 2006. № 22. Ст. 2337.

ложного свойства — разглашать информацию о заработках конкретных лиц, работающих в предпринимательских организациях, относящуюся к персональным данным;

д) обязательность раскрытия некоторых сведений или недопустимость ограничения доступа к ним устанавливается, наряду с Федеральным законом о коммерческой тайне, также иными федеральными законами. Следует отметить курс законодателя на принудительное внедрение принципа гласности в сферу функционирования предпринимательских организаций. Закон не только запрещает им засекречивать определенную информацию, распространяя на нее режим коммерческой тайны, но и обязывает обладателей информации обнародовать ее посредством публикации. Тем самым значительно усиливаются политические и юридические гарантии законности деятельности коммерческих и некоммерческих организаций.

По этому пути идет законодательство последнего десятилетия, определяющее статус юридических лиц всех организационно-правовых форм. Так, согласно п. 1 ст. 97 ГК РФ открытое акционерное общество должно ежегодно публиковать для всеобщего сведения годовой отчет общества, бухгалтерский баланс, счет прибылей и убытков (см. также ст. 92 Федерального закона «Об акционерных обществах»).

По мере накопления опыта рыночных отношений требования к информации предпринимательского характера и механизму ее оборота конкретизируются, совершенствуются и обогащаются. Интерес представляет регулирование оборота информации в Федеральном законе от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах». В нем имеется специальная гл. XII «Раскрытие информации о деятельности акционерного инвестиционного фонда и управляющей компании паевого инвестиционного фонда». Федеральный закон определил для этих фондов четыре аспекта в работе с информацией: 1) требования к содержанию распространяемой или публикуемой информации; 2) информация, предъявляемая по требованию заинтересованных лиц; 3) информация, подлежащая опубликованию; 4) отчетность, представляемая в федеральный орган исполнительной власти по рынку ценных бумаг.

Законодательно, в частности, устанавливаются обязательные формы и способы, посредством которых надлежит обнародовать сведения. Например, согласно ст. 30 Федерального закона о рынке ценных бумаг эмитент публично размещаемых эмиссии-

онных ценных бумаг обязан осуществлять раскрытие информации о своих ценных бумагах и своей финансово-хозяйственной деятельности в следующих формах: составление ежеквартального отчета по ценным бумагам; сообщение о существенных фактах (событиях и действиях), затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента.

Статья 16 Федерального закона от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете»¹ посвящена публичности бухгалтерских отчетов. В соответствии с ней акционерные общества открытого типа, банки и другие кредитные организации, страховые организации, биржи, инвестиционные и иные фонды, создающиеся за счет частных, общественных и государственных средств (взносов), обязаны публиковать годовые бухгалтерские отчеты не позднее 1 июня года, следующего за отчетным. Отчеты надлежит помещать в газетах и журналах, доступных пользователям бухгалтерской отчетности, либо распространять среди них брошюры, буклеты и другие издания, содержащие бухгалтерские отчеты, а также передавать их территориальным органам государственной статистики по месту регистрации организации для предоставления заинтересованным пользователям;

е) в законодательном регулировании режима коммерческой тайны имеются и проблемные, спорные вопросы. Например, нельзя вводить такой режим в отношении состава имущества государственных и муниципальных унитарных предприятий. Но нет подобного запрета на состав имущества других коммерческих организаций — хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов. Нетрудно заметить, что законодатель ставит в неравное положение публичные и частные предпринимательские организации. Это создает серьезные конкурентные преимущества у последних, могущих скрывать информацию о своем действительном имущественном положении, а оно может быть весьма неблагоприятным, непривлекательным для деловых партнеров.

ЗОВАННЯ

обладателей информации или на основании предписаний закона. Первыми, кому обладатель информации — работодатель вынужден предоставлять ее, являются работники — бухгалтеры, кассиры, экономисты, инженеры, техники, референты, шофера и др. В целях охраны конфиденциальности информации работодатель обязан: ознакомить под расписку работника, доступ которого к информации, составляющей коммерческую тайну, необходим для выполнения им своих трудовых обязанностей, с перечнем информации, составляющей коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты; ознакомить под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение; создать работнику необходимые условия для соблюдения им установленного работодателем режима коммерческой тайны.

Работник имеет право обжаловать в судебном порядке незаконное установление режима коммерческой тайны в отношении информации, к которой он получил доступ в связи с исполнением им трудовых обязанностей. В соответствии со ст. 81 ТК РФ в случае, если работник разглашает охраняемую законом тайну (государственную, коммерческую, служебную или иную), ставшую ему известной в связи с исполнением своих трудовых обязанностей, работодатель может расторгнуть с таким работником трудовой договор.

Типична и ситуация, когда обладатель информации вынужден раскрывать ее своим деловым партнерам в рамках гражданско-правовых отношений. Вступая в переговоры о заключении гражданско-правового договора, контрагенты (договаривающиеся стороны) обмениваются между собой **большим объемом** информации — о предмете, цене, сроках выполнения договора и т. д. Разглашение подобных сведений до подписания догово-

В ходе его — нарушение интересов стороны переговоров, цель которой была нарушена. Поэтому еще перед подписанием соглашения, стороны будут оговаривать в нем условия, которые не подлежат оглашению в силу их конфиденциального характера.

Составляющие решения коммерческой тайны:

ской тайны, например в виде определенного процента (5, 10 и т. д.) по отношению к цене договора.

По некоторым гражданско-правовым договорам сам законодатель, независимо от усмотрения сторон, установил правовые нормы, предполагающие ответственность за разглашение коммерческой тайны. Например, согласно ст. 184 ГК РФ коммерческий представитель обязан сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках не только во время, но и после исполнения данного ему поручения (см. также ст. 727 ГК РФ о договоре подряда, ст. 946 ГК РФ о договоре страхования и др.).

Доступ к коммерческой тайне разрешен по роду их деятельности многим органам государственной власти и органам местного самоуправления. Здесь на практике возникают две взаимосвязанные проблемы. Одна из них состоит в том, что при осуществлении компетентными органами своих функций нередко складываются конфликтные ситуации. Хозяйствующие субъекты, пользуясь предоставленным им правом, подчас относят к коммерческой тайне чуть ли не все сведения о своей организации, после чего отказываются передавать их этим органам как содержащие тайну. Подобные акции в отношении органов государственной власти и органов местного самоуправления, действующих на основании предоставленных им законодательством полномочий, явно противоправны. Надо лишь уточнить: им должны сообщаться именно те сведения и только в таком объеме, которые охватываются полномочиями соответствующих органов.

Вторая проблема — недопущение разглашения коммерческой тайны органами государственной власти и органами местного самоуправления. Законы и иные нормативные акты о прокуратуре, налоговой службе, о таможене, федеральных антимонопольных и патентных органах, об органах регулирования естественных монополий и других обязывают эти органы и их служащих не разглашать коммерческую тайну индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, ставшую известной им при выполнении своих функций (см. также ст. 13 Федерального закона о коммерческой тайне).

Сходным образом обеспечивается сохранение коммерческой тайны, ставшей достоянием негосударственных организаций. Например, нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе или занимающиеся частной практикой, обяза-

ны хранить в тайне сведения, которые стали им известны в связи с осуществлением их профессиональной деятельности¹. Согласно Федеральному закону от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»² два и более кооператива вправе создавать ревизионный союз с правовым статусом потребительского кооператива (см. ст. 116 ГК РФ). Ревизионный союз обязан принимать меры к охране конфиденциальности информации, которая составляет коммерческую тайну кооператива и которая стала ему известна при проведении ревизионной проверки данного кооператива. Ревизионный союз не имеет права разглашать информацию, содержащуюся в заключении по результатам ревизионной проверки, кроме случаев, предусмотренных законом. Работники ревизионного союза обязаны обеспечить сохранение конфиденциальности указанной информации в течение трех лет с момента поступления заключения по результатам ревизионной проверки в кооператив.

Д. За нарушение законодательства о коммерческой тайне применяются все виды юридической ответственности: дисциплинарная, гражданско-правовая, административная, уголовная. Вопросы ответственности уже затрагивались в данном параграфе выше. Сейчас отметим лишь два момента. Во-первых, независимо от того, кто нарушил законодательство, если в результате этого обладателю информации, составляющей коммерческую тайну, был нанесен материальный урон, то ему, в зависимости от конкретных обстоятельств, должны быть возмещены причиненные убытки либо ущерб по правилам гражданского законодательства (см. п. 7 ч. 1 ст. 7, п. 4 ч. 3, ч. 4 и 7 ст. 11, ч. 2 и 6 ст. 12 Федерального закона о коммерческой тайне в сопоставлении со ст. 12—16 ГК РФ). Важно знать и властным структурам, и хозяйствующим субъектам, что органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления, получившие доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, несут перед обладателем такой информации гражданско-правовую ответственность за ее разглашение или незаконное использование их должностными

¹ См. ст. 16 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. (Ведомости РФ. 1993. № 10. Ст. 357).

² СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 11 июня 2003 г. № 73-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2248.

лицами, государственными или муниципальными служащими указанных органов, которым она стала известна в связи с выполнением ими должностных (служебных) обязанностей. Вовторых, ст. 183 УК РФ за незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, установлена уголовная ответственность.

§ 4. Интеллектуальная собственность

1. Интеллектуальная собственность — новое понятие для российского национального законодательства и практики последних лет. Еще в научной литературе 80-х гг. XX в. о нем говорилось как об условном собирательном термине, применяемом лишь в международных соглашениях и законодательстве некоторых государств. Это понятие сейчас закреплено в Конституции РФ (ст. 44). Общегосударственное его значение подчеркивается тем обстоятельством, что, согласно п. «о» ст. 71 Конституции РФ, правовое регулирование интеллектуальной собственности составляет предмет исключительного ведения Российской Федерации. Согласно п. 1 ст. 11 Федеративного договора это регулирование, напротив, отнесено к совместному ведению Российской Федерации и республик. В соответствии с ч. 1 раздела второго Конституции РФ в данном случае действует конституционное правило.

Нормы права интеллектуальной собственности содержатся в многочисленных законах, актах Президента РФ и Правительства РФ. Проблема упорядочения этих норм решается более 10 лет. Обсуждались две основные концепции: одна — совершенствовать уже имеющееся законодательство, внося в него необходимые изменения и дополнения; вторая — полностью обновить, кодифицировать действующие нормы, создав новый единый документ. Верх взяла вторая концепция. С 1 января 2008 г. вводится в действие часть четвертая «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» ГК РФ. С этого времени признаются утратившими силу более 50 законов и иных нормативных правовых актов РФ и РСФСР. Во многие федеральные законы внесены изменения, которые также вступают в силу только с 1 января 2008 г., и поэтому в настоящем издании учебника ссылки на указанные изменения не делаются.

Генетически данный вид собственности связан с интеллектом — способностью человека к мышлению, рациональному познанию окружающего мира, творчеству. Сам интеллект, способность творить не поддаются влиянию социальных норм и внешнему контролю. Право «подключается» к этому процессу только на завершающей стадии, регулирует общественные отношения по поводу продукта (объекта), созданного в результате творческой деятельности.

Объекты интеллектуальной собственности есть следствие лишь мыслительной деятельности человека, личного творчества автора. Субъектами же права этой собственности выступают как граждане, в том числе индивидуальные предприниматели, так и юридические лица — предпринимательские организации, что подчас ведет к возникновению сложных конфликтных ситуаций во взаимоотношениях граждан — творцов интеллектуальной собственности и юридических лиц, претендующих быть собственниками результатов творческой деятельности. Отличительную черту интеллектуальной собственности составляет ее характеристика как исключительного права, которым обладает собственник (правообладатель). Исключительному праву присущи одновременно три качества. Прежде всего, никто не может совершать действия, каким бы то ни было образом ущемляющие права собственника. Далее, результаты творческой деятельности, являющиеся объектами права интеллектуальной собственности, могут использоваться третьими лицами только с согласия правообладателя. Наконец, оно исключает возможность иметь такой же объект на праве собственности у других лиц, т. е. данный объект индивидуален, неповторим, создан творческими усилиями конкретных в каждом отдельном случае известных или могущих быть установленными лиц.

Создаваемые гражданами и юридическими лицами объекты интеллектуальной собственности обладают некоторыми общими признаками. Все они являются источниками новой оригинальной информации, которая воплощается в определенных материальных носителях; имеют стоимостную оценку и в состоянии принимать форму товара, обращающегося на рынке; относятся к непотребляемым вещам, т. е. не амортизируются, не изнашиваются, а устаревают лишь морально; будучи изначально созданными в одном экземпляре, могут затем тиражироваться, бесконтрольно широко распространяться в любом количестве копий и одновременно использоваться неограни-

ченным кругом лиц; могут фактически распространяться и использоваться на любой территории, ограничение которой затруднительно или невозможно.

2. Исходным в юридическом опосредовании права интеллектуальной собственности является положение о том, что это право возникает в случаях и в порядке, установленных ГК РФ и другими федеральными законами. Таким образом, во-первых, право может быть признано лишь на объекты, которые федеральный закон отнес к интеллектуальной собственности, и, во-вторых, федеральный же закон определяет процедуру оформления такого права, закрепления его принадлежности конкретным лицам.

Виды объектов интеллектуальной собственности многочисленны и многообразны, имеют различную нормативно-правовую основу и неодинаковую связь с предпринимательской деятельностью. Для более глубокого изучения механизма государственно-правового воздействия на общественные отношения по поводу объектов интеллектуальной собственности важна классификация последних. Статья 138 ГК РФ выделяет две крупные группы объектов этой собственности. Одна включает непосредственно сами результаты интеллектуальной деятельности, другая — охватывает приравненные к результатам интеллектуальной деятельности средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг. К ним, в частности, относятся фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара.

Приведенная группировка полезна и необходима для целей гражданского права, но она не в полной мере вписывается в право предпринимательское. Ведь в одной квалификационной группе оказываются такие несхожие и имеющие совершенно разное отношение к предпринимательству результаты творчества, как, например, художественные произведения и изобретения. Для предпринимательства практически более значимо подразделение объектов интеллектуальной собственности на литературные и художественные и научные и технические. Первая группа соприкасается с предпринимательством опосредованно. Создатели литературных и художественных объектов нередко через предпринимателей реализуют результаты своего творчества, например писатели, поэты, композиторы передают издательствам — коммерческим организациям свои сочинения, артисты — привлекают предпринимателей для организации своих

выступлений с концертными программами. Объекты же научного и технического творчества имеют жизненно важное значение для самих предпринимателей. Лишь на базе таких объектов возможен научно-технический прогресс, лишь используя их, предприниматели способны получать результаты предпринимательской деятельности в виде продаваемых товаров, выполняемых работ и оказываемых услуг, которые были бы конкурентоспособными, имели устойчивый спрос на рынке.

3. Основным нормативным правовым актом, регулирующим объекты литературного и художественного творчества, является Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»¹. Соответствующие нормы права содержатся и в других законах, актах Президента РФ и Правительства РФ, в международных договорах (соглашениях, конвенциях), в которых участвует Россия.

Объекты авторского права составляют созданные творческим трудом авторов — физических лиц разного рода произведения, в частности: литературные (включая программы для ЭВМ); драматические и музыкально-драматические, сценарные; хореографические и пантомимы; музыкальные с текстом или без текста; аудиовизуальные (кино-, теле- и видеофильмы, слайд-фильмы и другие кино- и телепроизведения); живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства; архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства; фотографические и полученные способами, аналогичными фотографии; географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и другим наукам. К объектам авторского права относятся также производные произведения (переводы, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, аранжировки и т. п.), сборники (энциклопедии, антологии, базы данных) и другие составные произведения, представляющие собой по подбору или расположению материала результат творческого труда.

Законодательство не дает исчерпывающего перечня произведений — объектов авторского права. Зато оно содержит четкие указания на то, что не является такими объектами, а имен-

¹ Ведомости РФ. 1993. № 32. Ст. 1242; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3090.

но: официальные документы (законы, судебные решения, иные тексты законодательного, административного и судебного характера), а также их официальные переводы; государственные символы и знаки (флаги, гербы, ордена, денежные знаки и иные государственные символы и знаки); произведения народного творчества; сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер.

4. Учитывая сложность и длительность процесса создания любого произведения, включающего осмысление идеи предстоящего творчества и различные стадии ее реального осуществления, решающее значение в защите прав авторов, предупреждении правонарушений в этой сфере общественных отношений и разрешении возможных конфликтов имеет определение ситуации, когда начинает действовать механизм авторского права. Авторское право распространяется на произведение независимо от его назначения, достоинства и способа выражения. Но оно должно быть оригинальным, представлять собой непременно результат творческой деятельности автора и выражено в какой-либо объективной форме, позволяющей воспринимать его третьим лицам. Авторское право распространяется как на обнародованные, так и необнародованные произведения, существующие в какой-либо объективной форме, например письменной — рукопись, машинопись, нотная запись и т. д.; устной — публичное исполнение, произнесение текста, музыки; изображения — рисунок, эскиз, картина и т. п.; объемно-пространственной — скульптура, модель, макет, сооружение. Однако авторское право не распространяется на идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, факты.

Авторское право возникает и осуществляется в силу самого факта создания произведения. При этом не требуется регистрации, иного специального оформления произведения или соблюдения каких-либо формальностей. Для оповещения о своем исключительном праве целесообразно использовать знак охраны авторского права. Авторское право на произведение, созданное совместным творческим трудом двух или более лиц (соавторство), принадлежит соавторам совместно независимо от того, образует ли такое произведение одно неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение. Взаимоотношения соавторов могут определяться соглашением между ними.

Нередко возникают конфликты по поводу авторства на так называемые служебные произведения, т. е. созданные в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя. Право на такое произведение как бы расщепляется. Авторское право на само служебное произведение принадлежит автору — работнику, творческим трудом которого оно создано. Исключительным же правом на использование служебного произведения обладает работодатель — лицо, с которым автор состоит в трудовых отношениях. Но последняя норма диспозитивна; договором между работодателем и работником может быть предусмотрено и иное.

Автору в отношении его произведения принадлежат личные неимущественные и имущественные права. *Неимущественные права* включают право авторства — признание лица творцом произведения; право на имя — использование произведения под подлинным именем автора или анонимно; право на обнародование — опубликование, предание гласности в любой иной форме; право на защиту репутации автора — недопущение и устранение всяких искажений произведения. *Имущественные права* закрепляют широкий спектр исключительных прав на использование произведения, в частности на его воспроизводство, распространение, публичный показ, на импорт и перевод. Размер и порядок исчисления авторского вознаграждения за перечисленные и другие виды использования произведения в каждом отдельном случае устанавливаются в договоре, заключаемом автором (авторский договор) или иными лицами по поручению автора. Личные неимущественные права принадлежат автору независимо от его имущественных прав и сохраняются за ним в случае уступки исключительных прав на использование произведения.

Основной правовой формой реализации имущественных прав автора является **авторский договор — уступка (передача) права на использование произведения**. В зависимости от объема передаваемых прав различают два вида договоров: о передаче исключительных прав и о передаче неисключительных прав. *Авторский договор о передаче исключительных прав* разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются, и дает такому лицу право запрещать подобное использование произведения другим лицам. Право запрещать использование произведения другим лицам может осуществляться автором произведения, если лицо, которому переда-

ны исключительные права, не осуществляет защиту этого права. *Авторский договор о передаче неисключительных прав* разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем исключительных прав, передавшим такие права, и (или) другим лицам, получившим разрешение на использование этого произведения таким же способом. Права, передаваемые по авторскому договору, считаются неисключительными, если в договоре прямо не предусмотрено иное.

В любом случае договор может заключаться как на уже готовый, завершённый труд, так и тот, который автор обязуется создать в будущем и передать заказчику (авторский договор заказа). Договор должен предусматривать способы использования произведения (конкретные права, передаваемые по данному договору); срок и территорию, на которые передается право; размер вознаграждения и (или) порядок определения размера вознаграждения за каждый способ использования произведения, порядок и сроки его выплаты, а также другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора. Все права на использование произведения, прямо не переданные по авторскому договору, считаются непередаваемыми.

Минимальные ставки авторского вознаграждения устанавливаются Правительством РФ. Так, 21 марта 1994 г. Правительство РФ приняло постановление № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства»¹.

Заказчик, а им может быть предприниматель, по авторскому договору заказа обязан в счет обусловленного договором вознаграждения выплатить автору аванс. Автор же при непредставлении произведения, предусмотренного договором заказа, обязан возместить реальный ущерб, причиненный заказчику.

Законодательством Российской Федерации установлены некоторые ограничения прав авторов, когда допускается воспроизведение и использование произведений без согласия авторов и, как правило, без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора. Ограничения введены в целях, полезных для граждан, общества и государства, — развития науки, литературы и искусства, просвещения граждан. Это, например, цитирование правомерно обнародованных произведе-

¹ САПП РФ. 1994. № 13. Ст. 994.

дений в книгах, журналах и средствах массовой информации, воспроизведение произведений для судебного производства.

Авторское право действует в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти. Право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора охраняются бессрочно. Истечение срока действия авторского права на произведения означает их переход в общественное достояние. Произведения, перешедшие в общественное достояние, могут свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения. При этом должно соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора. Авторское право переходит по наследству. Не переходит по наследству право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора произведения. Наследники автора могут осуществлять защиту указанных прав. Эти правомочия наследников сроком не ограничиваются.

5. Субъектами смежных прав являются исполнители, производители фонограмм, организации эфирного или кабельного вещания. Смежные права регулируют отношения, возникающие в связи с использованием фонограмм исполнений, постановок, передач и с созданием эфирного или кабельного вещания. Соответственно имеются три вида смежных прав:

исключительные права исполнителей на имя, на использование и защиту исполнения или постановки;

исключительные права производителей фонограмм на использование фонограмм в любой форме;

исключительные права организации эфирного вещания использовать передачу в любой форме и давать разрешение на использование передачи.

Перечисленные субъекты смежных прав имеют право на получение вознаграждения соответственно за каждый вид использования исполнения или постановки, за каждый вид использования фонограмм, за предоставление разрешения на использование передач. Правительство РФ в целях проведения единой политики в области культуры и осуществления практических мер по обеспечению материальных прав исполнителей приняло 17 мая 1996 г. постановление № 614 «О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)». Смежные права действуют в течение 50 лет в отношении исполнителя — после первого исполнения или по-

становки; производителя фонограммы — после первого опубликования фонограммы либо после ее первой записи; организации эфирного вещания — после осуществления ею первой передачи в эфир; организации кабельного вещания — после осуществления ею первой передачи по кабелю.

Смежные права, как мы видим, производны от авторского права. Авторы — поэты, композиторы, драматурги и т. д. — создают произведения не столько для себя, сколько для других людей. Но сами они редко занимаются популяризацией, распространением своих творений — читают стихи, поют, играют и т. п. Между автором и аудиторией, на которую рассчитано произведение, необходимы посредники. Ими и выступают субъекты смежных прав, использующие свои профессиональные и личностные качества. Режиссеры осуществляют постановку спектаклей, съемку кинофильмов, актеры «живьем» исполняют произведения, изготовители фонограмм проводят звуковую запись исполнителей, эфирное и кабельное вещание доводит творческую продукцию авторов, исполнителей и изготовителей до всеобщего сведения, делает ее достоянием всех желающих посредством радио- и телепередач.

Таким образом, между субъектами авторского и смежных прав существует системное разделение труда, при котором они все призваны постоянно взаимодействовать, с тем чтобы возможно полнее были удовлетворены их личные неимущественные и имущественные права. На практике объективно связывающая их «цепочка» нередко разрывается. Исполнители пользуются произведениями без ведома авторов, изготовители фонограмм, в свою очередь, втайне от авторов и исполнителей производят запись и распространение исполняемых произведений и т. д.

Правовой формой организации взаимосвязей между субъектами авторского и смежных прав служат гражданско-правовые договоры. Часто возникающие острейшие конфликты, например между «песенниками» — авторами слов и музыки, исполнителями, изготовителями песенных аудиовизуальных произведений и фонограмм, организациями эфирного и кабельного вещания, объясняются прежде всего пренебрежением правовыми формами, могущими оптимизировать их взаимоотношения.

6. Эффективная юридическая защита необходима субъектам и авторских, и смежных прав. Самые опасные посягательства на их права — плагиат (присвоение авторства) и пиратство (несанкционированное субъектами авторского и смежных прав ис-

пользование результатов их творчества в коммерческой деятельности хозяйствующих субъектов). Законодательством предусмотрена уголовная, административная и гражданско-правовая ответственность. Федеральным законом от 8 апреля 2003 г. № 45-ФЗ в ст. 146 «Нарушение авторских и смежных прав» УК РФ уточнен состав этого преступления и дифференцирована ответственность за его совершение. Максимальная мера наказания установлена от двух до пяти лет лишения свободы¹.

Нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода — продажа контрафактных экземпляров произведений и т. п. — влечет наложение административного штрафа в размере до 400 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией контрафактной продукции (ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ). Дела рассматривают судьи (ст. 23.1 КоАП РФ).

Автор, обладатель смежных прав или иной обладатель исключительных прав вправе защищать свои права способами, предусмотренными ГК РФ.

Обладатели исключительных прав вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации:

в размере от 10 тыс. до 5 млн руб., определяемом по усмотрению суда, арбитражного суда или третейского суда исходя из характера нарушения;

в двукратном размере стоимости экземпляров произведений или объектов смежных прав либо в двукратном размере стоимости прав на использование произведений или объектов смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведений или объектов смежных прав.

Обладатели исключительных прав вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведений или объектов смежных прав либо за допущенные правонарушения в целом.

Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения независимо от наличия или отсутствия убытков.

Авторы и исполнители в случае нарушения их личных неимущественных прав или имущественных прав также вправе требовать от нарушителя возмещения морального вреда.

Автор, обладатель смежных прав или иной обладатель исключительных прав в установленном законом порядке вправе обратиться для защиты своих прав в суд, арбитражный суд, третейский суд, органы прокуратуры, органы дознания, органы предварительного следствия в соответствии с их компетенцией.

Организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, в порядке, установленном законом, вправе обращаться в суд от своего имени с заявлениями в защиту нарушенных авторских прав и (или) смежных прав лиц, управление имущественными правами которых осуществляется такой организацией.

Контрафактные экземпляры произведений или фонограмм, а также материалы и оборудование, используемые для воспроизведения контрафактных экземпляров произведений или фонограмм, и иные орудия совершения правонарушения подлежат конфискации в судебном порядке в соответствии с законодательством Российской Федерации. Конфискованные контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских прав или смежных прав по его просьбе.

Суд или судья единолично, а также арбитражный суд может вынести определение о наложении ареста и изъятии всех экземпляров произведений и фонограмм, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также материалов и оборудования, предназначенных для их изготовления и воспроизведения.

В последние годы государство активизировало усилия по защите авторского права и смежных прав. Так, на Федеральную службу по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия, образованную в соответствии с Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314, возложен контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации об авторском праве и смежных правах в сфере массовых коммуникаций. Федеральная служба находится в ведении Министерства культуры и массовых коммуникаций РФ. Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 17 июня 2004 г. № 301'.

От выпуска и реализации пиратской продукции общество несет огромные потери. На продаже только видео- и аудиокас-

сет государство теряет не менее 1 млрд долл. в год. Ведь более половины таких кассет — контрафактные. Для борьбы с этим злом намечен комплекс государственных и общественных мер. Так, например, Правительство РФ постановлением от 27 декабря 2002 г. № 934 утвердило Положение о Правительственной комиссии по противодействию нарушениям в сфере интеллектуальной собственности, утвержден ее состав во главе с Председателем Правительства РФ¹; обновляется соответствующее законодательство, усиливается контроль и надзор за соблюдением действующего, особенно регулирующего правила торговли; создается специфическая некоммерческая организация для отстаивания авторских прав в судах. Пленум Верховного Суда РФ принял постановление от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах»².

7. Основными нормативными правовыми актами об объектах научного и технического творчества являются Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»¹ и Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1⁴ (далее — Патентный закон). Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ регулирует отношения между субъектами научной и научно-технической деятельности (научными и научными организациями) и потребителями создаваемой ими продукции, в том числе хозяйствующими субъектами. Основная правовая форма отношений между ними — договор (контракт), заключаемый по правилам гражданского законодательства (см. тему 8), Одним из принципов государственной научно-технической политики является поддержка конкуренции и предпринимательской деятельности в области науки и техники.

Патентный закон регулирует отношения, возникающие в связи с правовой охраной и использованием изобретений, полезных моде-

¹ Российская газета. 2003. 10 янв.

² Российская газета. 2006. 28 июня.

³ СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 4 декабря 2006 г. № 202-ФЗ // Российская газета. 2006. 8 дек.

⁴ Ведомости РФ. 1992. № 42. Ст. 2319; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

лей и промышленных образцов. Патентный закон оказался одним из самых стабильных реформаторских актов. Первые изменения и дополнения в него были внесены лишь в конце 2000 г. Но и после этого он нередко подвергался критике. Неудовлетворенность вызывали, например, недостаточная защищенность прав изобретателей, создателей полезных моделей и промышленных образцов; нечеткая организация государственного управления патентными правоотношениями (так, лишь в конце 90-х гг. XX в. была образована Высшая патентная палата); неясности в вопросах патентования секретных изобретений, соотношения норм национального патентного права, права иностранных государств и норм международного права.

Кардинальные изменения и дополнения в Патентный закон внесены Федеральным законом от 7 февраля 2003 г. № 22-ФЗ¹. Последний несколько необычен тем, что он фактически полностью обновляет Патентный закон. В связи с этим очевидна целесообразность введения в законотворческую практику правила, что если тот или иной закон изменяется и дополняется более чем наполовину, то надлежит вместо него принимать новый, пусть даже с прежним названием. Иначе у пользователей закона складывается превратное представление о характере его обновления, а главное — возникают искусственные трудности по вмонтированию принятых изменений и дополнений в ранее действовавший текст.

Сразу отметим две общие новеллы, введенные Федеральным законом от 7 февраля 2003 г. и необходимые для дальнейшего раскрытия темы.

Во-первых, законодатель отказался от родового понятия «промышленная собственность», которым ранее объединялись три рассматриваемых объекта интеллектуальной собственности.

Во-вторых, слова «государственное патентное ведомство Российской Федерации» заменены по тексту словами «федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности». Федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности является Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам. Она создана Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 путем преобразования Российского агентства по патентам и товарным знакам с передачей его функций по принятию нормативных пра-

вовых актов Минобрнауки России. Сокращенное название новой Федеральной службы, которое дальше и используется в учебнике, — Роспатент. Федеральная служба находится в ведении Министерства образования и науки РФ. Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 16 июня 2004 г. № 299¹.

8. Права на изобретение, полезную модель, промышленный образец охраняются законом и подтверждаются соответствующим патентом (раньше на полезную модель выдавался не патент, а свидетельство). Патент удостоверяет приоритет, авторство изобретения, полезной модели или промышленного образца и исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Патенты на все три объекта выдает федеральный орган по интеллектуальной собственности. Патент выдается и охраняется лишь при условии патентоспособности объектов интеллектуальной собственности.

В качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств). **Изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо.** Не считаются изобретениями, в частности, открытия, касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей; правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности; программы для электронных вычислительных машин; решения, заключающиеся только в предоставлении информации.

В качестве полезной модели охраняется техническое решение, относящееся к устройству. **Полезная модель признается соответствующей условиям патентоспособности, если она является новой и промышленно применимой.**

В качестве полезных моделей правовая охрана не предоставляется решениям, касающимся только внешнего вида изделий и направленным на удовлетворение эстетических потребностей; топологиям интегральных микросхем; решениям, противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали.

СЗ РФ. 2004. № 26. Ст. 2668; 2005. № 17. Ст. 1577.

В качестве промышленного образца охраняется художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид. Промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если он является новым и оригинальным.

Не признаются патентоспособными промышленными образцами решения: обусловленные исключительно технической функцией изделия; объектов архитектуры (кроме малых архитектурных форм), промышленных, гидротехнических и других стационарных сооружений; объектов неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих или им подобных веществ; изделий, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали.

9. Заявка на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец подается в Роспатент лицом, обладающим правом на получение патента. Дальнейшее ведение дела может осуществлять само лицо самостоятельно или через зарегистрированного в Роспатенте патентного поверенного, полномочия которого удостоверяются доверенностью этого лица.

По поступившим заявкам на изобретение, полезную модель и промышленный образец проводятся формальные экспертизы, в процессе которых проверяется наличие при них необходимых документов и соблюдение установленных требований к самим заявкам. Автором (авторами) изобретения, полезной модели, промышленного образца признается физическое лицо (физические лица), творческим трудом которого (которых) они созданы. Не признаются авторами физические лица, не внесшие личного творческого вклада в их создание, оказавшие автору (авторам) только техническую, организационную или материальную помощь либо только способствовавшие оформлению прав на него и его использованию.

Конкретно патент выдается автору (авторам) изобретения, полезной модели или промышленного образца; работодателю; правопреемникам указанных лиц. Сведения о выданных патентах публикуются в официальном бюллетене Роспатента, и, кроме того, проводится их регистрация в особых реестрах. После этого любое лицо вправе ознакомиться с документами заявки и некоторой другой относящейся к ней информацией (см. ст. 25 и 26 Патентного закона).

Патент действует: на изобретение — в течение 20 лет, на полезную модель — 5 лет, промышленный образец — 10 лет с да-

ты подачи заявки на них в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Этим органом срок действия патентов по ходатайству патентообладателя может быть продлен: на изобретение и промышленный образец — не более чем на пять лет, на полезную модель — три года.

10. Любое лицо, не являющееся патентообладателем, вправе использовать запатентованные объекты лишь с разрешения патентообладателя, полученного путем заключения лицензионного договора. По лицензионному договору патентообладатель (лицензиар) обязуется предоставить право на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в объеме, предусмотренном договором, другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи и осуществлять другие действия, предусмотренные договором.

Лицензионные договоры могут быть двух видов. При исключительной лицензии лицензиату передается исключительное право на использование объекта интеллектуальной собственности в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на его использование в части, не передаваемой лицензиату. При неисключительной лицензии лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование объекта промышленной собственности, сохраняет за собой все права, подтверждаемые патентом, в том числе и на предоставление патента третьим лицам.

Самостоятельный вид лицензии составляет открытая лицензия — заявление патентообладателя, подаваемое в Роспатент, о предоставлении любому лицу права на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца. Размер патентной пошлины за поддержание патента в силе уменьшается в этом случае на 50% начиная с года, следующего за годом публикации Роспатентом сведений о таком заявлении. Лицо, изъявившее желание использовать указанное изобретение, полезную модель или промышленный образец, обязано заключить с патентообладателем договор о платежах.

11. Федеральный закон от 7 февраля 2003 г. дополнил Патентный закон разд. VI¹ «Особенности правовой охраны секретных изобретений». В нем сформулированы общие правила о том, что подача и рассмотрение заявок на секретные изобретения, обращение с такими заявками, использование запатентованного секретного изобретения, передача исключительного

права на него (уступка патента) и предоставление права на использование секретного изобретения другими лицами осуществляются с соблюдением требований законодательства о государственной тайне.

В зависимости от степени и содержания секретности изобретений они подразделяются на две группы:

1) заявки на выдачу патента на секретные изобретения, для которых установлена степень секретности «особой важности» или «совершенно секретно», а также на секретные изобретения, которые относятся к средствам вооружения и военной техники и к методам и средствам в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности и для которых установлена степень секретности «секретно», подаются в зависимости от их тематической принадлежности в уполномоченные Правительством РФ федеральные органы исполнительной власти;

2) иные заявки на выдачу патента на секретные изобретения подаются в Роспатент.

Лицензионный договор на использование запатентованного секретного изобретения подлежит регистрации в органе, выдавшем патент на секретное изобретение, или его правопреемнике, а при отсутствии правопреемника — Роспатенте. Без указанной регистрации лицензионный договор считается недействительным (подробнее см. ст. 30²—30⁶ Патентного закона).

12. В области патентных отношений иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренными Патентным законом, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации в силу международных договоров Российской Федерации или принципа взаимности.

Патентные отношения активным образом вовлекаются в процесс глобализации. Ведь одно и то же изобретение может быть одновременно сделано в нескольких странах или каким-то странам может стать известным «чужое» изобретение, выдаваемое за «свое», что нередко приводит к острым коллизиям при решении вопроса о его авторстве и использовании, препятствует мировому техническому прогрессу. Во избежание конфликтных ситуаций происходит сближение национальных законодательств и формирование на этой основе сходных патентно-правовых систем: американской (включает США, Канаду, Филиппины и некоторые другие государства), британской (включает Англию, Индию, Австралию и ряд других государств) и т. д.

11 Жилинский "Предприним.право"

Новая редакция ст. 35 Патентного закона и дополнительно включенные в него ст. 37¹ и 37² содержат ссылки на следующие два международных акта:

1) Договор о патентной кооперации. Он представляет собой всеохватывающую патентную систему, объединяя многие десятки государств. Договор заключен в Вашингтоне 19 июля 1970 г., вступил в силу с 24 января 1978 г., ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 декабря 1977 г. № 6758-IX. Согласно Договору государства-участники образуют Союз для сотрудничества в области подачи заявок на охрану изобретений, проведения по ним поиска и экспертизы, а также по оказанию специальных технических услуг. Союз именуется Международным союзом патентной кооперации. Выданный им патент получает охрану на территории всех государств, являющихся участниками Договора;

2) Евразийскую патентную конвенцию, заключенную в соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности 1883 г. и Договором о патентной кооперации. Она предусматривает создание международной системы получения охраны изобретения на основе единого патента, действующего на территории всех государств, присоединившихся к Конвенции. Конвенция заключена в Москве 9 сентября 1994 г., ратифицирована Федеральным законом от 1 июня 1995 г. № 85-ФЗ, вступила в силу для России 27 сентября 1995 г. К ней присоединилось большинство государств — бывших республик СССР.

13. Государство стимулирует создание и использование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, устанавливает авторам и хозяйствующим субъектам, их использующим, льготные условия налогообложения и кредитования, предоставляет им иные льготы, защищает их права.

Так, в интересах национальной безопасности Правительство РФ имеет право разрешить использование объекта промышленной собственности без согласия патентообладателя с выплатой ему соразмерной компенсации.

Федеральный закон от 7 февраля 2003 г. дополнил Патентный закон новой ст. 9', регуливающей право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд. Оно принадлежит исполнителю (подрядчику), если государственным контрактом не установлено, что

это право принадлежит Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный заказчик.

Право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные работником (автором) в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (называются теперь они служебное изобретение, служебная полезная модель, служебный промышленный образец), принадлежит работодателю, если договором между ним и работником (автором) не предусмотрено иное.

Патентообладателю принадлежит исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец. Никто не вправе использовать запатентованное изобретение, полезную модель или промышленный образец без разрешения патентообладателя. Однако в случае, если запатентованные изобретение или промышленный образец не используются либо недостаточно используются патентообладателем и лицами, которым переданы права на них, в течение четырех лет с даты выдачи патента, а запатентованная полезная модель — в течение трех лет с даты выдачи патента, что приводит к недостаточному предложению соответствующих товаров или услуг на товарном рынке или рынке услуг, любое лицо, желающее и готовое использовать запатентованное изобретение, полезную модель или промышленный образец, при отказе патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора имеет право обратиться в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной неисключительной лицензии на их использование на территории Российской Федерации (подробнее об этом см. ст. 10 Патентного закона).

Статья 11 Патентного закона определяет действия, которые не признаются нарушением исключительного права патентообладателя. Например, проведение научного исследования продукта, способа, в которых использованы запатентованное изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец, либо эксперимента над этим продуктом, способом или изделием; использование запатентованных изобретения, полезной модели или промышленного образца при чрезвычайных обстоятельствах (стихийные бедствия, катастрофы, аварии) с уведомлением патентообладателя в кратчайший срок и последующей выплатой ему соразмерной

компенсации; использование запатентованных изобретения, полезной модели или промышленного образца для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных, не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью такого использования не является получение прибыли (дохода).

Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки вознаграждения за служебные изобретения, служебные полезные модели, служебные промышленные образцы.

За нарушение Патентного закона наступает гражданско-правовая, административная и уголовная ответственность. Нарушением исключительного права патентообладателя признается несанкционированное изготовление, применение, ввоз, предложение к продаже, продажа, иное введение в хозяйственный оборот или хранение с этой целью продукта, содержащего запатентованное изобретение, полезную модель, промышленный образец. По требованию патентообладателя нарушение патентных прав по решению суда должно быть прекращено, а физическое или юридическое лицо, виновное в нарушении, обязано возместить патентообладателю причиненные убытки.

Суды рассматривают также споры об авторстве изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, об установлении патентообладателей, о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения авторам и др.

Незаконное использование изобретения, полезной модели или промышленного образца, разглашение без согласия автора или заявителя их сущности до официального опубликования соответствующих сведений, присвоение авторства или принуждение к соавторству влечет наложение штрафа на граждан в размере от 15 до 20, на должностных лиц — от 100 до 200, на юридических лиц — от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда (ч. 2 ст. 7.12 КоАП РФ). Дела рассматривают судьи.

Если эти деяния причинили крупный ущерб, то они образуют состав преступления, предусмотренный ст. 147 УК РФ. Мера наказания — до пяти лет лишения свободы. Постановлением Правительства РФ от 23 ноября 1998 г. № 1366 создана Межведомственная комиссия по вопросам охраны и использования объектов промышленной собственности и утверждено Положение о ней.

14. К результатам научного и технического творчества относятся фирменное наименование (см. ст. 138 ГК РФ) и объекты интеллектуальной собственности, о которых 23 сентября 1992 г.

изданы особые законы: № 3526-1 «О правовой охране топологий интегральных микросхем»¹, № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»², № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (в ред. Федерального закона от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ)³. Остановимся на наиболее распространенных из таких результатов, с которыми повседневно имеет дело каждый предприниматель, и прежде всего на тех, что индивидуализируют, выделяют из числа других участников рыночных отношений самих хозяйствующих субъектов, — на фирменных наименованиях, а также на обозначениях вводимых ими в рыночные отношения объектов гражданских прав — товарных знаках и знаках обслуживания.

Фирменное наименование — название юридического лица, осуществляющего коммерческую деятельность. Оно содержит указание на организационно-правовую форму коммерческой организации и конкретизируется применительно к отдельным видам юридических лиц. Фирменные наименования коммерческих организаций и наименования некоммерческих организаций, если они подвергнуты государственной регистрации, могут использоваться только самими этими организациями, которые имеют на них исключительное право. Лицо, неправомерно использующее чужое зарегистрированное фирменное наименование, по требованию обладателя права на фирменное наименование обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки.

15. Товарный знак и знак обслуживания (далее по тексту — товарный знак) — это обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг юридических или физических лиц. Право на товарный знак охраняется законом. Правовая охрана товарного знака предоставляется на основании его государственной регистрации. Обладателем исключительного права на товарный знак (правообладателем) может

¹ Ведомости РФ. 1992. № 42. Ст. 2325; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

² Ведомости РФ. 1992. № 42. Ст. 2328; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

³ Ведомости РФ. 1992. № 42. Ст. 2322; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 24 декабря 2002 г. № 176-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 52. Ч. I. Ст. 5132.

быть юридическое лицо или осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо.

Регистрацию осуществляет Роспатент. На зарегистрированный товарный знак выдается свидетельство. Свидетельство удостоверяет приоритет товарного знака, исключительное право на товарный знак в отношении товаров, указанных в свидетельстве. Правообладатель имеет исключительное право пользоваться и распоряжаться им, а также запрещать его использование другими лицами. Нарушением исключительного права правообладателя (незаконным использованием товарного знака) признается использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, в том числе размещение товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения:

- на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся и (или) перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;

- при выполнении работ, оказании услуг;

- на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

- в предложениях к продаже товаров;

- в сети Интернет, в частности в доменном имени и при других способах адресации.

Товары, этикетки, упаковки этих товаров, на которых незаконно используется товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ введен новый способ индивидуализации товаров — *общеизвестный товарный знак*. Таковым по заявлению юридического или физического лица признается товарный знак, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, если в результате интенсивного использования они стали широко известны среди соответствующих потребителей в отношении товаров этого лица.

Товарный знак, признанный общеизвестным, вносится Роспатентом в Перечень общеизвестных в Российской Федерации товарных знаков.

Общеизвестным товарным знакам предоставлена такая же правовая защита, что и другим товарным знакам. Еще один способ индивидуализации товаров — *коллективный знак*. Согласно ст. 20 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (в ред. Федерального закона от 11 декабря 2002 г.) в соответствии с международным договором Российской Федерации объединение лиц, создание и деятельность которого не противоречат законодательству государства, в котором оно создано, вправе зарегистрировать в Российской Федерации коллективный знак, который является товарным знаком, предназначенным для обозначения товаров, производимых и (или) реализуемых входящими в данное объединение лицами и обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками. Коллективный знак и право на его использование не могут быть переданы другим лицам.

Сведения о лицах, имеющих право использовать коллективный знак, а также выписка из устава коллективного знака о единых качественных и иных единых характеристиках товаров, в отношении которых этот знак зарегистрирован, публикуется Роспатентом в официальном бюллетене.

Правообладатель вправе распорядиться своим исключительным правом на товарный знак. Во-первых, исключительное право на товарный знак в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован, может быть передано правообладателем другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу по договору о передаче исключительного права на товарный знак (договору об уступке товарного знака). Во-вторых, право на использование товарного знака может быть предоставлено правообладателем (лицензиаром) другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу (лицензиату) по лицензионному договору в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. Лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия.

Оба вида договоров регистрируются в Роспатенте. Без этой регистрации указанные договоры считаются недействительными.

16. Наименование места происхождения товара — это обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое наименование страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта или производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Правовая охрана наименования места происхождения товара возникает на основании его регистрации в Роспатенте, о чем выдается свидетельство. Не допускается использование зарегистрированного наименования места происхождения товара лицами, не имеющими свидетельства. Владелец свидетельства не вправе предоставлять лицензии на пользование наименованием места происхождения товара другим лицам.

Роспатент ведет Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации и Государственный реестр наименований мест происхождения товаров Российской Федерации, где производится регистрация соответствующих объектов интеллектуальной собственности.

Незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ним обозначений для однородных товаров влечет за собой гражданскую, административную, уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

17. Подытоживая вышесказанное, можно сделать вывод: владельцы интеллектуальной собственности в отличие от владельцев других материальных предметов не могут физически удержать у себя созданные ими объекты. Идеи, после того как автор распространил их, перестают быть объектами его исключительного обладания. Их способно использовать любое другое лицо, в том числе для получения прибыли, т. е. в предпринимательских, коммерческих целях. Бессильными здесь оказываются государственные границы, таможни, которые беспрепятственно преодолеваются через различные каналы связи — радио, телефоны и т. п. Все это остро ставит вопрос о защите правообладателей. Применяются, в частности, следующие общие спо-

меры защиты: запрещение и пресечение действий, нарушающих исключительное право субъектов интеллектуальной собственности или создающих угрозу нарушения; изъятие материальных объектов, с помощью которых совершается нарушение права, и материальных объектов, созданных в результате такого нарушения; публикация в средствах массовой информации о допущенном нарушении с включением сведений о подлинном правообладателе; возмещение правообладателю убытков, в том числе упущенной выгоды, находящихся в причинной связи с нарушением исключительного права.

Тема 6
**СОБСТВЕННОСТЬ - ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ОСНОВА
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА**

*§ 1. Право собственности: понятие, значение, содержание.
§ 2. Формы и виды собственности. § 3. Основания приобретения
и прекращения права собственности. § 4. Защита права собственности и других вещных прав*

§ 1. Право собственности: понятие, значение, содержание

1. Объекты гражданских прав, как правило, находятся в чьей-то собственности. С собственностью повседневно имеет дело каждый хозяйствующий субъект, с ней прямо или опосредованно связаны все общественные отношения. Изучение института собственности рекомендуется начинать с выявления соотношения собственности в экономическом и правовом смыслах, общего и особенного в ее трактовке обеими науками.

Общим исходным в экономическом и правовом понимании собственности является прежде всего то, что она есть общественное отношение. Не полна внешне очень привлекательная интерпретация собственности в виде отношения субъекта предпринимательского права к какой-то ценности как к своей. Конечно, такая связь между субъектом и ценностями в понимании собственности предполагается, но далеко не сводится к ней. При подобном понимании исключается возможность подключения к регулированию собственности правового механизма, который опосредует не любые, а только общественные отношения между лицами — субъектами права. Более правильное представление о собственности дает ее понимание как общественного отношения между людьми и их объединениями по поводу материальных благ.

Далее, важно подчеркнуть, что *это общественное отношение объективно*, т. е. не зависит от сознания и воли людей. Люди, рождаясь, уже застают сложившиеся отношения собственности и, становясь участниками последних, влияют на их функционирование и развитие. Из этого следует, что отношения собст-

венности не терпят никакого насильственного вмешательства в них. Ломка системы отношений собственности, нарушающая объективную логику их развития, способна привести к социальной катастрофе и иным крайне негативным последствиям в жизнедеятельности общества и государства.

Общее в экономическом и правовом понимании собственности и то, что *она составляет ядро как экономической, так и правовой системы, фундамент любой общественно-экономической формации*. Поэтому при решении каждого экономического, социального и правового вопроса следует учитывать его связь с собственностью, тщательно просчитывать, какое воздействие в ближайшем и отдаленном будущем принимаемое решение способно оказать на отношения собственности.

Наконец, общее в экономическом и правовом понимании собственности состоит в том, что *право собственности в форме закона, будучи фактором субъективным, складывается и приобретает динамику на базе объективных экономических отношений собственности — первичных относительно права собственности*. Государство посредством нормативно-правового регулирования лишь придает праву собственности формально признанный статус.

2. Специфика экономического подхода к собственности — в выявлении самых глубинных законов, закономерностей и тенденций в отношениях собственности, в познании их генезиса, корнящегося в способе соединения вещественных объектов — средств производства и орудий труда с рабочей силой. *Собственность как объективная данность есть состояние присвоенности, принадлежности материальных благ*, а более точно — объективные общественные отношения людей по поводу присвоения ими этих благ.

3. Особенность правового понимания собственности заключается, во-первых, в ее персонификации, привязке собственности к конкретным участникам общественных отношений по поводу материальных благ и, во-вторых, установлении и санкционировании общеобязательных правил, регулирующих эти отношения. Таким образом, *право собственности, будучи концентрированным юридическим выражением объективных экономических отношений, может быть определено как система юридических норм, которые фиксируют, закрепляют и охраняют присвоенность материальных благ определенными лицами*. Оно в каждый данный момент должно содержать четкий ответ на во-

прос: кто, какое именно лицо — участник объективных общественных отношений есть собственник той или иной материальной ценности?

4. Значение института права собственности детерминировано тем обстоятельством, что он непосредственно связан с социальным прогрессом. Люди с самых древних времен осознали свою зависимость от окружающих их вещей, предметов внешнего мира и поначалу инстинктивно старались обезопасить себя от вредных последствий этой зависимости. Так появились правила, обеспечивающие доступ каждого к предметам внешнего мира, начиная с того, как добывать, делить и потреблять пищу. С появлением государства функцию упорядочения отношений собственности оно взяло на себя. Однако диктатура не всегда воздействие государства бывает адекватным объективно складывающимся отношениям собственности.

Особую опасность представляет неконтролируемое развитие отношений собственности, когда увеличение ее массы, с одной стороны, создает благоприятные условия для использования всевозможных объемов материальных благ в интересах всего общества, а с другой — ведет к накоплению богатств в руках одних людей и росту нищеты, ожесточения к богатым у других. Сегодня в России, как никогда ранее, надо помнить слова американского этнографа, археолога и историка Л. Г. Моргана (1818—1881): *постоянная, никогда не достигающая цели погоня за богатством угрожает гибелью общества*. Вывод очевиден: государству надо постоянно держать руку на пульсе отношений собственности, особенно в предпринимательской деятельности.

5. Право собственности — комплексный институт. Общеизвестно и законодательно подтверждено, что базисным здесь является гражданское право, которое наиболее полно и обстоятельно регулирует отношения собственности. Согласно этому праву содержание права собственности раскрывается во владении, пользовании и распоряжении, составляющих одновременно правомочия собственника. Они, образно говоря, есть три клавиши, с помощью которых осуществляется вся гамма предпринимательских имущественных отношений в нашей стране.

Владение означает удержание имущества, фактическое обладание им. Самое главное в регулировании владения — правомерность обладания имуществом. Владение может возникнуть лишь по основаниям, указанным в законе или не противоречащим ему (см. § 3 настоящей темы).

Пользование состоит в потреблении имущества, извлечении сообразно его назначению какой-то выгоды, полезных плодов. Законодательство устанавливает конкретные гарантии для этого. Более того, оно всемерно поощряет пользование имуществом. Общество и государство одинаково заинтересованы в том, чтобы имеющееся имущество — земля, предприятия, автомобили, самолеты и т. п. — не простаивало, а эксплуатировалось, принося пользу людям. Поощрение осуществляется двумя методами: предоставлением финансовых и иных льгот собственникам, добивающимся повышения эффективности своего имущества; установлением ограничений вплоть до изъятия имущества у тех, кто его не использует или использует плохо (об основаниях и порядке такого изъятия см. § 3 настоящей темы).

Распоряжение выражается в правомочии собственников определять юридическую судьбу имущества путем изменения его положения в системе общественных отношений. Собственник может совершать любые акты распоряжения, которые сводятся в две относительно самостоятельные группы. В первую входят акты, в результате которых имущество временно переходит от собственника к другим лицам. Например, собственник предоставляет имущество в аренду (гл. 34 ГК РФ), отдает в залог (§ 3 гл. 23 ГК РФ), в безвозмездное пользование (гл. 36 ГК РФ), на хранение (гл. 47 ГК РФ). При этом собственник передает такому лицу на заранее оговоренных условиях все три свои правомочия — владение, пользование и распоряжение или любое их сочетание: только владение, только пользование, только владение и пользование и т. д.

Пункт 4 ст. 209 ГК РФ установил новую для российской практики возможность собственника распоряжаться своим имуществом путем передачи его по договору в доверительное управление другому лицу — доверительному управляющему. Суть доверительного управления в том, что доверительный управляющий не становится собственником имущества и обязан осуществлять управление им в интересах собственника или указанного им третьего лица (см. гл. 53 ГК РФ).

При любом из рассмотренных вариантов складывается ситуация, когда отсутствие у лица имущества не означает, что у него нет права собственности на это имущество, равно как и наличие у кого-то имущества вовсе не свидетельствует о том, что владелец имущества — его собственник. Здесь в практике предпринимательских правоотношений возникает серьезная

проблема: на рынке мы, как правило, имеем дело с владельцем, который, однако, не всегда правомочен распоряжаться имуществом. И прежде чем заключать сделки, необходимо удостовериться, на каком основании лицо владеет имуществом, имея в виду, что владельцы бывают законными и незаконными. Как данную проблему решает гражданское законодательство, будет показано в § 4 настоящей темы.

Вторая группа охватывает акты распоряжения, когда собственник отчуждает имущество в собственность другим лицам, а сам, становясь бывшим собственником, полностью утрачивает полномочия владения, пользования и распоряжения им. Такие последствия наступают, например, при заключении договоров купли-продажи (гл. 30 ГК РФ), мены (гл. 31 ГК РФ), дарения (гл. 32 ГК РФ), ренты и пожизненного содержания с иждивением (гл. 33 ГК РФ).

6. Рассмотрение собственности, права собственности и его содержания в их соотношении позволяет сделать некоторые выводы, имеющие существенное значение для предпринимательской деятельности.

Первое. *Необходимо различать право собственности в объективном и субъективном смысле.* Объективное право есть не что иное, как набор определенных юридических норм независимо от того, к какому субъекту — Иванову, производственному кооперативу «Алмаз» и т. п. — нормы относятся. Оно представляет собой юридическую модель права собственности. Субъективное же право собственности выводит на конкретных носителей, имеющих имя — гражданина, наименование — юридическое лицо. Чтобы модель объективного права ожила, превратившись в субъективное право, необходим юридический факт, например создание или покупка имущества, получение его по наследству.

Суть субъективного права в том, что собственники владеют, пользуются и распоряжаются имуществом по своему усмотрению, совершая в отношении имущества любые действия. Есть лишь два исключения из данного правила. Действия собственника не должны противоречить законам и иным правовым актам; нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц (п. 2 и 3 ст. 209 ГК РФ). Применительно к природным ресурсам дополнительно оговорено, что владение, пользование и распоряжение ими в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах, осуществляется

их собственником свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде.

Второе. *Могут вводиться ограничения права собственности.* Их основания и порядок применения указаны в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ и продублированы в п. 2 ст. 1 ГК РФ. Права могут быть ограничены только федеральным законом. Следует особо подчеркнуть, что ограничивать права не могут ни Президент РФ, ни Правительство РФ, ни законодательные (представительные) и исполнительные органы государственной власти субъектов РФ, ни органы местного самоуправления, что, к сожалению, подчас имеет место.

Федеральными законами устанавливаются ограничения как общего характера, распространяющиеся на всех субъектов права собственности, так и относящиеся к отдельным из них. Бывает, что деятельность, связанная с использованием права собственности, причиняет вред личности, имуществу граждан и юридических лиц — загрязняются земля, вода и воздух, создается сильный шум и т. п. В подобных ситуациях предусмотрены три возможных ограничения, вводимых по решению суда: запрет на любую деятельность, которая создает опасность причинения вреда в будущем; приостановление или прекращение причиняющей вред производственной деятельности. Однако по отношению к названным строгим нормам сделана оговорка, способная свести их на нет: суд может отказать в иске о приостановлении либо прекращении производственной деятельности, если это противоречит общественным интересам (ч. 2 п. 2 ст. 1065 ГК РФ).

Есть и более конкретные ограничения. Например, установлена императивная норма, гласящая: жилые помещения предназначены для проживания граждан. Из нее вполне логично следует ограничение — запрет размещать в жилых домах промышленные производства. Размещение собственником в принадлежащем ему жилом помещении предприятий, учреждений, организаций допускается только после перевода такого помещения в разряд нежилых (ст. 288 ГК РФ).

В практике иногда возникает необходимость дать оценку правомерности осуществления права собственности субъектом предпринимательской деятельности, когда он, в частности, умышленно уничтожает свое имущество — сжигает дом или нежилое помещение, разрушает возведенную им же плотину, в результате чего гибнет водоем, сдает в металлолом еще пригод-

ную для эксплуатации автомашину и т. п. Правильное реагирование на подобные ситуации может быть обеспечено лишь исходя из уже упоминавшихся критериев (п. 2 и 3 ст. 209 ГК РФ), т. е. необходимо проверить, не противоречат ли совершенные действия закону, не нарушены ли ими права и охраняемые законом интересы других лиц, не нанесен ли ущерб окружающей среде.

Третье. *Поскольку содержание права собственности включает три элемента, то возникает проблема: какой из них главный, на что прежде всего следует делать акцент в предпринимательской деятельности.* С точки зрения приращения имущества, увеличения его объемов, богатства людей и общества первостепенное значение имеет эффективное пользование. Новое имущество — объекты собственности — создается лишь при пользовании. Для рыночной экономики, обращения имущества сердцевину правомочий собственника составляет распоряжение. На рынке идет бесконечный оборот имущества, переход его от одних лиц к другим, включая смену собственников. Но само собой разумеется, что в рыночных отношениях могут участвовать лишь товары, созданные в процессе пользования имуществом. Спекулятивные операции не дают обществу ничего.

Четвертое. *Право собственности органично включает в себя ответственность.* Собственник, гласит ст. 210 ГК РФ, несет бремя содержания принадлежащего ему имущества. Иное может быть предусмотрено лишь законом или договором. Так, договором аренды содержание арендованного имущества, включая текущий и капитальный ремонт, может быть в полном объеме перенесено с собственника на арендатора (ст. 616 ГК РФ). На нанимателя может возлагаться капитальный и текущий ремонт жилого помещения (ст. 681 ГК РФ). Статья 211 ГК РФ содержит норму о том, что собственник несет риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, если иное не установлено законом или договором. Соответствующий риск переходит к субъекту в то самое время, когда он становится собственником имущества.

Но есть и императивные нормы, которые снимают с собственника риск случайной гибели или повреждения имущества, перенося его на других лиц. Так, при безвозмездном пользовании вещью (договор ссуды, ст. 696 ГК РФ) риск несет не ссудодатель — собственник, а ссудополучатель, если он использовал ее не в соответствии с договором или назначением вещи, что и

повлекло ее гибель или повреждение; передал вещь третьему лицу без согласия ссудодателя; мог с учетом фактических обстоятельств предотвратить гибель или порчу чужой вещи, пожертвовав своей, но предпочел сохранить свою вещь.

§ 2. Формы и виды собственности

1. В России признаются частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. В ч. 2 ст. 9 Конституции РФ особо подчеркнуто, что земля и другие природные ресурсы также могут находиться в перечисленных формах собственности.

Имущество может находиться в собственности любого из бесчисленных субъектов предпринимательского права — граждан и юридических лиц, Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Различные субъекты обладают неодинаковым статусом собственников, его особенности устанавливаются законом (п. 3 ст. 212 ГК РФ). Это делает и теоретически, и практически важным для участников общественных отношений во избежание всевозможных недоразумений, ошибок, злоупотреблений правом и т. п. знать специфику приобретения ими и прекращения права собственности, конкретных правомочий различных собственников по отношению к своему имуществу.

Достичь должной прозрачности в функционировании отношений собственности позволяет ее членение на формы, критерием которого выступают особенности правового режима имущества, находящегося в собственности тех или иных субъектов. К одной форме относятся субъекты, которым присуща общность в правовом регулировании принадлежащего им имущества — по источникам получения имущества, управлению им и т. п. В пределах одной формы собственности, в свою очередь, складываются отдельные группы ее носителей, также обладающие определенным своеобразием в правовом регулировании имущественных отношений, которое не распространяется на других субъектов этой формы собственности. Так возникает необходимость в рамках формы выделять еще и виды собственности. На этой основе формируется логически стройная система опосредованных правом отношений собственности по известному методологическому принципу общего (правовая характеристика отношений собственности в целом), особенного (различные

формы собственности), отдельного (виды собственности в рамках ее формы).

2. Особая сложность, пестрота и даже некоторая неопределенность имеют место в частной форме собственности. Статья 213 ГК РФ посвящена регулированию отношений собственности граждан и юридических лиц. Обычно утверждается, что речь в ней как раз и идет о частной собственности, с чем трудно согласиться. Уже сейчас, когда общество только еще находится у истоков рыночной экономики, с трудом можно отыскать какие-то общие черты, например, у собственности граждан и акционерных обществ, профсоюзных и религиозных организаций, которые укладывались бы в правовую характеристику отношений частной собственности в целом. По мере же усложнения рыночных отношений, качественного изменения имущественного положения действующих и возникновения новых организационно-правовых форм юридических лиц неизбежно будет существенно меняться, все более дифференцируясь, и правовой механизм регулирования соответствующих отношений собственности.

Нет никаких юридических предпосылок для того, чтобы искусственно втискивать все многообразие юридических лиц (а сейчас насчитывается около двух десятков их организационно-правовых форм) в одну форму собственности — частную. Можно ожидать, что в недалеком будущем из ст. 213 ГК РФ «вырастут» акционерная собственность, собственность общественных объединений, собственность религиозных объединений.

В динамике собственности, видимо, надлежит искать ответ и на коренной вопрос современности, определяющий исторические судьбы общества и государства, перспективы правового регулирования предпринимательской деятельности, — вопрос *о границах переходного периода*. Завершится этот период, и мы сможем констатировать достижение конституционной цели тогда, когда сформируется стабильная система отношений собственности, сложатся прочные формы собственности и соответствующая им (детерминированная ими) социальная структура общества — классы и иные социальные группы, а для выражения и защиты интересов последних будет функционировать устойчивая политическая система общества.

3. А сейчас обратимся к действующему гражданско-правовому механизму регулирования собственности граждан и юридических лиц, в том числе предпринимателей. Общим в нем явля-

ются два обстоятельства. *Первое касается состава имущества.* В соответствии с п. 1 ст. 213 ГК РФ в их собственности может находиться любое имущество. Лишь федеральные законы в порядке исключения из данного правила определяют отдельные виды имущества, которое не может принадлежать гражданам или юридическим лицам.

Второе обстоятельство — объем имущества. Количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, могут быть ограничены законом в целях, указанных в п. 2 ст. 1 ГК РФ, о которых подробно говорилось в § 1 настоящей темы. Закон, например, может установить предельный размер находящегося в их собственности земельного участка.

Правовое положение имущества юридических лиц зависит от их организационно-правовой формы. Сначала выделим государственные и муниципальные унитарные предприятия, в том числе дочерние предприятия, а также финансируемые собственником учреждения. Право собственности на их имущество имеют учредители. Собственник имущества унитарного предприятия имеет право на получение части прибыли от использования имущества, находящегося в хозяйственном ведении такого предприятия. Порядок распределения доходов казенного предприятия определяется Правительством РФ, полномочными органами государственной власти субъектов Федерации и органами местного самоуправления.

У всех остальных юридических лиц независимо от организационно-правовой формы общим является то, что все они — собственники имущества, поступившего к ним на любых законных основаниях. Коммерческие и некоммерческие организации во всех случаях становятся собственниками имущества, внесенного их учредителями (участниками). Последние могут сохранить право собственности на имущество, если передали его юридическому лицу на определенных условиях, скажем, в аренду.

Есть и некоторые различия в статусе имущества юридических лиц, связанные с их организационно-правовой формой. Коммерческие организации вправе расходовать имеющееся имущество, в том числе полученную прибыль, по своему усмотрению: направить на развитие производства, распределить по паям (акциям), пожертвовать гражданам, лечебным, воспитательным, научным учреждениям, государству (ст. 582 ГК РФ).

Некоммерческие организации могут использовать приобретенное в собственность имущество лишь для достижения целей, предусмотренных их учредительными документами. Даже при ликвидации некоммерческой организации ее имущество не делится между учредителями (участниками), а после удовлетворения требований кредиторов используется в целях, указанных в учредительных документах.

В ходе реформирования российской экономики у ряда хозяйствующих субъектов сложилась структура собственности, включающая различные ее формы и виды. Так, у ОАО «АвтоВАЗ» примерно 64% акций принадлежит предприятиям, входящим в это акционерное общество; чуть более 7% — Внешэкономбанку; около 16% — физическим лицам; около 2% находится в федеральной собственности.

4. Специфика правового регулирования собственности отдельных организационно-правовых форм юридических лиц отражена в относящихся к ним статьях гл. 4 ГК РФ (см., например, о формировании складочного капитала, об управлении собственностью, распределении прибыли и убытков полного товарищества ст. 71—75, 79—80 ГК), подробно фиксируется в соответствующих федеральных законах и получает полную детализацию в их учредительных документах. Например, п. 5 ст. 99 ГК РФ допускает возможность установления ограниченной числа, суммарной номинальной стоимости акций, принадлежащих одному акционеру, не только законом, но и уставом акционерного общества.

Особый статус собственности конкретных организационно-правовых форм — коммерческих организаций закреплен в федеральных законах: от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» (гл. VI), от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (гл. III—V), от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» (ст. 5—8), от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» (гл. IV), от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (гл. III), от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях».

Еще более обширно законодательство об особенностях правового регулирования собственности некоммерческих организаций. Нормы права об их собственности, адресованные практи-

чески всем некоммерческим организациям, содержатся в федеральных законах от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (гл. IV) и от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (ст. 6—10, 25—27).

Принят ряд законов по отдельным некоммерческим организациям, где также имеются нормы о собственности, конкретизирующие применительно к каждой из них приведенные выше общие положения. Это, например, федеральные законы от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (ст. 15—17), от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»¹ (ст. 24), от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»² (гл. III, VI—VII).

Своеобразно правовое регулирование собственности потребительских кооперативов и религиозных объединений. Вызвано оно тем, что на потребительские кооперативы не распространяется действие Федерального закона «О некоммерческих организациях», а на религиозные объединения — Федерального закона «Об общественных объединениях». Правовое положение их собственности закреплено в Законе РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации в Российской Федерации» (гл. V) и Федеральном законе от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»³ (ст. 21, 23 и др.).

5. Государственная и муниципальная формы собственности исторически возникли на основе некогда единой и неделимой государственной социалистической собственности. В результате этого, а также публичного характера государственной и муниципальной собственности они имеют много общего в своем статусе и проблемах правового регулирования. Обе их нередко объединяют одним понятием — «публичные формы собственности».

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 19. Ст. 1752.

² СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1801; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ // 2005. № 27. Ст. 2881.

³ СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 6 июля 2006 г. № 104-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 29. Ст. 3122.

В числе самых первых встала острейшая проблема раздела собственности на государственную и муниципальную, а государственной — на федеральную и собственность субъектов Федерации. Согласно Конституции РФ государственная собственность разграничивается двумя способами: во-первых, по праву, когда в силу установлений Конституции РФ, конституций и уставов субъектов Федерации, а также в силу законов определенное имущество находится в федеральной собственности или собственности субъектов Федерации, и, во-вторых, по согласованию между Российской Федерацией и ее субъектами как предмет их совместного ведения (п. «г» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ)¹. Пункт 5 ст. 214 ГК РФ конкретизирует, что отнесение государственного имущества к федеральной собственности и собственности субъектов Российской Федерации осуществляется в порядке, установленном законом. Пока такой закон не принят, и вопросы, связанные с определением объектов, которые могут находиться в тех или иных формах и видах собственности, решаются в многочисленных законах и иных правовых актах.

Исходным здесь является не утратившее своей силы и применяемое до сих пор постановление Верховного Совета РФ от 27 декабря 1991 г. «О разграничении государственной собственности в Российской Федерации на федеральную собственность, государственную собственность республик в составе Российской Федерации, краев, областей, автономной области, автономных округов, городов Москвы и Санкт-Петербурга и муниципальную собственность»².

На практике идет постоянный процесс «переливания» государственной собственности в муниципальную и государственной собственности из одного вида в другой. Главное — достичь максимальной эффективности при использовании государственного и муниципального имущества, из чего и надо исходить при отнесении конкретных объектов к государственной или муниципальной форме собственности, а объектов го-

¹ Подробнее см.: *Жилинский Е. С.* Конституционно-правовая основа разграничения государственной собственности в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Ведомости РСФСР. 1992. № 3. Ст. 89; последнюю редакцию см.: Постановление Верховного Совета РФ от 21 июля 1993 г. № 5475-1 // Ведомости РСФСР. 1993. № 32. Ст. 1261.

сударственной собственности — к федеральной или субъектов Федерации.

Проблема разграничения государственной собственности остро встала в связи с принятием Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹. Федеральный закон, заменивший льготы в натуральной форме на денежные компенсации, по-новому разделил ряд полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, что, в свою очередь, потребовало перераспределения между ними государственного имущества, необходимого для материально-финансового обеспечения соответствующих полномочий. Порядок этого перераспределения — передачи имущества от Российской Федерации ее субъектам и, наоборот, от субъектов Федерации в федеральную собственность — был определен в ч. 11 ст. 154 Федерального закона от 22 августа 2004 г. Правительство РФ в соответствии с этим Федеральным законом приняло постановление от 13 июня 2006 г. № 374 «О перечнях документов, необходимых для принятия решения о передаче имущества из федеральной собственности в собственность субъекта Российской Федерации или муниципальную собственность, из собственности субъекта Российской Федерации в федеральную собственность или муниципальную собственность, из муниципальной собственности в федеральную собственность или собственность субъекта Российской Федерации»².

Правительство Москвы, посчитав, что предложенный законодателем порядок передачи имущества из региональной собственности в федеральную нарушает конституционные права

¹ СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 25 октября 2006 г. № 172-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 44. Ст. 4537.

² СЗ РФ. 2006. № 25. Ст. 2734.

субъектов Федерации, обратилось с запросом в Конституционный Суд РФ о признании противоречащими Конституции РФ многих положений ч. 11 ст. 154 Федерального закона от 22 августа 2004 г. Нарушение конституционных прав субъектов Федерации Правительство Москвы усмотрело в том, что оспариваемые им положения допускают, в частности, изъятие имущества из собственности субъекта Федерации и его обращение в федеральную собственность вопреки установленным ГК РФ общим правилам приобретения права собственности, без решения суда и равноценного возмещения, т. е. безвозмездно.

При рассмотрении дела встал вопрос о соотношении гражданского и административного законодательства в регулировании разграничения государственной собственности. Вопрос решается, отметил Конституционный Суд РФ в постановлении от 30 июня 2006 г. № 8-П, на основе общей нормы п. 3 ст. 2 ГК РФ, гласящей, что к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством¹. В самой ч. 11 ст. 154 Федерального закона от 22 августа 2004 г. конкретизировано: к правоотношениям, возникающим при передаче имущества в соответствии с настоящей частью, нормы ГК РФ применяются в части, не противоречащей положениям данной статьи, т. е. по отношению к ГК РФ нормы ст. 154 являются специальными. Конституционный Суд РФ пришел к выводу: установленный ч. 11 ст. 154 Федерального закона от 22 августа 2004 г. порядок безвозмездной передачи в федеральную собственность имущества, находящегося в собственности субъектов Российской Федерации, в связи с разграничением полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и субъектов Федерации не противоречит Конституции РФ, так как предполагает необходимость волеизъявления субъектов Федерации на такую передачу, достижение договоренностей между федеральными органами государственной власти и субъектов Федерации и не допускает принудительное отчуждение имущества, находящегося в собственности субъектов Федерации. Из правовой позиции Конституционного Суда РФ следует, что хотя передача имущества при рассматриваемых обстоятельствах происходит в административном порядке, но

СЗ РФ. 2006. № 28. Ст. 3117.

она максимально приближена к процедурам смены собственника по нормам гражданского права. Возникающие при этом сомнения по поводу того, находится ли имущество в собственности федеральной или субъекта Федерации, разрешаются судом.

6. Имущество, находящееся в государственной и муниципальной собственности, состоит из двух частей. Одна закреплена во владение, пользование и распоряжение соответственно за государственными и муниципальными предприятиями и учреждениями на праве хозяйственного ведения и оперативного управления (см. гл. 19 ГК РФ). Вторая часть — средства бюджетов и иное имущество, не закрепленное за предприятиями и учреждениями и составляющее соответственно государственную казну Российской Федерации, государственную казну каждого отдельного субъекта Федерации и муниципальную казну каждого отдельного муниципального образования. Например, казну Российской Федерации составляют федеральные фонды, казну каждого субъекта Федерации и муниципальную казну каждого муниципального образования. Например, казну Российской Федерации составляют федеральные фонды, алмазный и валютный фонды, золотой запас, имущество государственного резерва. Главная составная часть казны — бюджет. Согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 в ведении Минфина России находится федеральный орган исполнительной власти, имеющий статус федеральной службы, — Федеральное казначейство, которое осуществляет ряд функций по отношению к государственному бюджету России. Положение о нем утверждено постановлением Правительства РФ от 1 декабря 2004 г. № 703'.

За счет соответствующей казны, в частности, возмещается вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов и органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления (ст. 53 Конституции РФ, ст. 1069 ГК РФ).

Нередко потерпевшие не осведомлены о том, к кому конкретно следует предъявлять требование о возмещении убытков. В совместном постановлении пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 разъяснено: ответчиком по таким делам должны признаваться Российская Федерация, соответствующий субъект Российской Фе-

дерации или муниципальное образование в лице соответствующего финансового или иного управомоченного органа. Если же иск предъявлен непосредственно к государственному органу или к органу местного самоуправления, то это не может служить основанием к отказу в принятии искового заявления либо к его возвращению без рассмотрения. Суд сам обязан привлечь надлежащего ответчика. При удовлетворении иска взыскание денежных сумм производится за счет средств соответствующего бюджета, а при их отсутствии — за счет иного имущества соответствующей казны.

Правительство РФ постановлением от 9 сентября 2002 г. № 666 «О порядке исполнения Министерством финансов Российской Федерации судебных актов по искам к казне Российской Федерации на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти либо должностных лиц органов государственной власти» утвердило Правила о порядке исполнения Минфином России соответствующих судебных актов¹. Конституционный Суд РФ, отметив, что отдельные положения Правил создавали «легальную возможность как для блокирования исполнения судебных решений, так и для исполнения их с нарушением установленных сроков», постановлением от 14 июля 2005 г. № 8-П признал п. 3, 5 и 6 Правил не соответствующими Конституции РФ и утратившими силу с 1 января 2006 г.² В постановлении подчеркнуто, что регулирование механизма исполнения судебных решений — «исключительная прерогатива федерального законодателя», в связи с чем признана противоречащей Конституции РФ ч. 1 ст. 122 Федерального закона «О федеральном бюджете на 2003 год» в части, возлагающей это полномочие на Правительство РФ.

Государство постоянно заботится о повышении эффективности всех форм и видов собственности. Особое внимание оно уделяет обеспечению высокой прибыльности «своей» собственности. Подробнее об управлении государственной собственностью, вовлечении ее в предпринимательство, об объединении различных форм собственности в целях совместного осуществления субъектами собственности предпринимательской деятельности см. тему 9.

¹ СЗ РФ. 2002. № 37. Ст. 3529.

² Российская газета. 2005. 21 июля.

§ 3. Основания приобретения и прекращения права собственности

1. *Приобретение и прекращение права собственности — две крайние точки, в границах которых реализуются правомочия предпринимателей.* Обе точки отмечаются определенными юридическими фактами, влекущими приобретение или прекращение права собственности, и тесно связаны между собой. Прекращение права собственности на имущество у одного субъекта предпринимательского права нередко означает возникновение права собственности на то же имущество у другого субъекта, и наоборот.

Основаниям возникновения права собственности посвящена гл. 14 ГК РФ. Изложенный в ней перечень оснований не является исчерпывающим. Право собственности может возникнуть и по иным основаниям, не противоречащим закону. Они классифицируются на основания первичные и производные. К первичным относятся основания возникновения права на имущество, которое ранее не имело собственника и на которое, таким образом, право собственности возникает впервые. К производным — на имущество, уже находившееся в собственности одного или нескольких лиц и перешедшее на законных основаниях к новому собственнику.

Необходимость знания различий между обоими основаниями вызвана качественными отличиями правоустанавливающих документов на первичное и производное право собственности. Например, во владении лица могут находиться овощи и фрукты, иные вещи, произведенные им самим, украденные или купленные на рынке. И нужно быть готовым представить доказательства того, что лицо действительно занимается производством этих вещей или имеет производное право собственности на них.

Производное право собственности обычно возникает вследствие заключения договоров купли-продажи, мены, дарения и иной сделки об отчуждении имущества, имеющего собственника, другому лицу. К производным основаниям приобретения права собственности относятся также переход в соответствии с завещанием или законом к другому лицу в порядке правопреемства права собственности на имущество умершего, переход имущества реорганизованного юридического лица к юридическому лицу — правопреемнику этого юридического лица. Чле-

ны потребительского кооператива и другие лица, полностью внесшие свой паевой взнос за квартиру, гараж, иное помещение, предоставленное им кооперативом, приобретают право собственности на указанное имущество.

Приобретая право собственности по производному основанию, надо быть предельно внимательным. К новому собственнику как правопреемнику прежнего собственника переходят все возможные обременения имущества — залоговые, арендные и т. п. В результате, став собственником имущества, можно получить не выгоду, а понести убытки.

Особо выделены основания приобретения права собственности, которые реализуются с участием органов государства и местного самоуправления. Например, наше государство всемерно поощряет строительство, особенно жилищное. Собственник земельного участка, сказано в п. 1 ст. 263 ГК РФ, может возводить на нем здания и сооружения, осуществлять их перестройку или снос, разрешать строительство на своем участке другим лицам. Однако зачастую постройки возводятся самовольно, вследствие чего лицо, осуществившее строительство, не приобретает на них право собственности, а значит, и не может реализовать полномочия собственника — продать постройку, передать в залог, сдать в аренду и т. д.

Возведение постройки считается самовольным в трех случаях, а именно когда оно осуществлено: на землях, не отведенных для этих целей; без получения на то необходимых разрешений; с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил. Самовольная постройка по общему правилу подлежит сносу осуществившим ее лицом либо за его счет.

Вместе с тем предусмотрена возможность приобретения права собственности на такую постройку. Ранее для этого требовалось решение суда, принятию которого предшествовал долгий и весьма сложный процесс. В 90-е гг. XX в., когда в России менялся общественно-политический строй, возникала, подчас спонтанно, частная собственность, происходил слом советской государственной машины, внимание к процедурам оформления права собственности, ответственность за их соблюдение были ослаблены как со стороны органов государственной власти и местного самоуправления, так и со стороны самих граждан — потенциальных собственников. В результате самовольное строительство, особенно без получения соответствующего разрешения, получило массовое распространение, и

миллионы людей в течение многих лет не оформляли свое право собственности на постройки, хотя они длительное время являлись их собственниками фактически.

Реакцией на сложившуюся ситуацию стал Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества»¹, вступивший в силу с 1 сентября 2006 г. Изменен, в частности, п. 3 ст. 222 ГК РФ, и теперь право собственности на самовольную постройку может быть признано не только судом, но и в предусмотренных законом случаях также в ином установленном законом порядке. Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»² дополнен новой ст. 25³ об особенностях государственной регистрации права собственности на некоторые создаваемые или созданные объекты недвижимого имущества. Основанием для регистрации являются документы, подтверждающие факт создания такого объекта недвижимого имущества и содержащие его описание, правоустанавливающий документ на земельный участок, на котором расположен такой объект недвижимого имущества. Предоставление правоустанавливающего документа на указанный земельный участок не требуется в случае, если право заявителя на этот земельный участок ранее зарегистрировано в установленном законом порядке.

Бывает, что самовольная постройка возведена кем-то на земельном участке, который на законных основаниях принадлежит другому лицу. За последним и может быть признано право собственности, но оно обязано возместить осуществившему постройку лицу расходы на постройку в размере, определенном судом.

Однако ни при каких обстоятельствах недопустимо признание права собственности на самовольную постройку, если ее сохранение нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц либо создает угрозу жизни и здоровью граждан.

¹ СЗ РФ. 2006. № 27. Ст. 2881.

² СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 июля 2006 г. № 111-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3287.

Сходная неоформленность права собственности имеет место и на некоторые земельные участки. Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ ввел упрощенный порядок государственной регистрации права собственности гражданина на земельный участок, предоставленный для ведения личного подсобного, дачного хозяйства, огородничества, садоводства, индивидуального гаражного или индивидуального жилищного строительства; предоставления в собственность земельных участков садоводам, огородникам, дачникам и их садоводческим, огородническим и дачным некоммерческим организациям.

2. Специфичным основанием получения права собственности является приобретательная давность. Собственником чужого имущества в силу приобретательной давности может стать гражданин или юридическое лицо при наличии одновременно трех условий: владение должно быть добросовестным, открытым и непрерывным в течение 15 лет — недвижимым и 5 лет — движимым имуществом. Однако приобретательная давность не применяется в случаях, когда владение имуществом в течение длительного периода времени осуществлялось на основании договорных обязательств — аренды, хранения, безвозмездного пользования и т. п.

Своеобразием отличается возникновение права собственности на недвижимое имущество. Лицо, считающее, что стало собственником недвижимости в силу приобретательной давности, может обратиться в суд с заявлением о признании за ним права собственности. Решение суда об удовлетворении заявления является основанием для государственной регистрации права собственности. С момента регистрации и возникает у этого лица право собственности на недвижимое имущество.

3. Основания прекращения права собственности установлены в гл. 15 ГК РФ. Различные основания влекут неодинаковые юридические последствия и по критерию воли собственника подразделяются на три группы. Первая. *Независимо от воли собственника право собственности прекращается в результате гибели или уничтожения имущества от стихийных бедствий или по иным причинам.* Собственник может рассчитывать лишь на возмещение по правилам обязательств вследствие причинения вреда (гл. 59 ГК РФ) убытков виновным в гибели или уничтожении имущества либо на получение страховой суммы, если был заключен договор имущественного страхования (ст. 929, 930, 947-956, 960 и др. ГК РФ).

Вторая. *Право собственности прекращается по воле собственника в результате исходящих от него актов пользования и распоряжения.* Это может быть потребление и правомерное уничтожение вещей самим собственником, отчуждение имущества — продажа, дарение и т. п., когда оно собственником передается в собственность других субъектов гражданского права. Последние основания обстоятельно регулируются в части второй ГК РФ применительно к отдельным видам гражданско-правовых договоров (см., например, гл. 30—33).

Далее, воля собственника — гражданина или юридического лица может выразиться в отказе от права собственности на имущество путем публичного объявления об этом или совершении других действий, определенно свидетельствующих о намерении не сохранять какого-либо права на имущество. Однако собственник при отказе сохраняет в отношении имущества все права и несет все обязанности, включая ответственность за вред, причиненный имуществом, до приобретения права собственности на него другим лицом.

Третья. *Право собственности на имущество прекращается против воли собственника.* Входящие в нее основания регулируются в ГК РФ более обстоятельно, с тем чтобы правомерно совместить их с закрепленным в самом начале ГК РФ (п. 1 ст. 1) принципом неприкосновенности собственности. Следует подчеркнуть, что в п. 2 ст. 235 ГК РФ приведен исчерпывающий перечень оснований принудительного прекращения права собственности. Перечень не подлежит расширительному толкованию или дополнению иными законами. Этим основаниям присущи две яркие черты: как правило, возмездный характер; практически все они относятся к непубличным формам собственности.

Гражданское законодательство предусматривает принудительное изъятие у собственника бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством, если в результате такого содержания возникает угроза утраты ими своего значения (см. ст. 240 ГК РФ). Новой в российском законодательстве является норма о принудительном изъятии домашних животных в случае, когда собственник обращается с ними в явном противоречии с установленными на основании закона правилами и принятыми в обществе нормами гуманного отношения к животным (см. ст. 241 ГК РФ).

4. Особую заботу государство проявляет о недвижимости. Так, ст. 284 ГК РФ предусмотрено принудительное изъятие у собственника земельного участка, предназначенного для сельскохозяйственного производства, жилищного или иного строительства и не используемого для соответствующих целей в течение трех лет (более длительный срок может быть установлен только законом), а ст. 285 — изъятие земельного участка, если его использование осуществляется с грубым нарушением правил, установленных земельным законодательством, в частности не в соответствии с целевым назначением или использование приводит к существенному снижению плодородия сельскохозяйственных земель либо значительному ухудшению экологической обстановки.

Часто на изымаемом земельном участке расположено недвижимое имущество — жилые дома, производственные помещения, находящиеся в собственности землепользователя. Оно подлежит изъятию у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов лишь при условии, что будет доказана невозможность целевого использования земельного участка без прекращения права собственности прежнего землевладельца на это имущество.

Статья 293 ГК РФ допускает принудительное прекращение права собственности на жилое помещение, если собственник использует его не по назначению, систематически нарушает права и интересы соседей либо бесхозяйственно обращается с жильем (см. также ст. 35 ЖК РФ).

Государство иногда вынуждено обращать в свою собственность и иное имущество, находящееся в собственности граждан и юридических лиц. Называется этот способ прекращения права собственности у последних и возникновения права государственной собственности *национализацией*. Эта национализация не имеет ничего общего с той, что насильственно и безвозмездно проводилась после Октябрьской революции 1917 г. Национализация осуществляется на основе федерального закона, который пока еще не принят. При национализации лицам, у которых изымается имущество, возмещаются его стоимость и другие понесенные убытки. В случае разногласий спор разрешается судом.

Особенно тщательно регламентировано изъятие для государственных и муниципальных нужд земельных участков (ст. 279—

283 ГК РФ). Изъятие производится по решению федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Органы местного самоуправления такого права не имеют. Выкупаются земельные участки теми, для чьих нужд они изымаются. Принудительно может быть выкуплен земельный участок в целом. Выкуп части участка допускается только с согласия собственника.

Согласно ст. 242 ГК РФ при обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер (стихийные бедствия, аварии, эпидемии, эпизоотии и др.), имущество может быть у собственника реквизировано, т. е. изъято по решению государственного органа в интересах общества. Изъятие производится в порядке и на условиях, установленных законом, с выплатой собственнику стоимости имущества. При прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми была произведена реквизиция, собственник вправе требовать по суду возврата ему сохранившегося имущества. Как и в случае с национализацией, федеральный закон о реквизиции пока не принят.

Возмездно может быть отчуждено у собственника на основании решения суда, вынесенного по заявлению государственного органа или органа местного самоуправления, имущество, которое в силу закона не может ему принадлежать (ст. 238 ГК РФ), а при определенных условиях — недвижимое имущество, находящееся на земельном участке, изымаемом для государственных и муниципальных нужд либо ввиду ненадлежащего использования земли (ст. 239 ГК РФ).

Безвозмездное прекращение права собственности допускается в двух случаях: при обращении взыскания на имущество по обязательствам его собственника (изъятие производится на основании решения суда, если иной порядок не предусмотрен законом или договором — ст. 237 ГК РФ); при конфискации в виде санкции за совершенное преступление или иное правонарушение.

§ 4. Защита права собственности и других вещных прав

1. Вещное право — родовое понятие. Независимо от его видов оно имеет следующие общие черты:

абсолютный характер права. Субъект вещного права противостоит неограниченному числу лиц, которые должны не на-

рушать его имущественные права. Этим оно отличается от права относительного, когда его субъект юридически связан с одним или несколькими конкретными лицами: продавец—покупатель, поклажедатель—хранитель, залогодатель—залогодержатель и т. д.;

виды вещных прав устанавливает закон. Субъекты предпринимательского права не могут по своему усмотрению вводить не предусмотренные законом вещные права;

для всех видов вещных прав установлены особые вещно-правовые способы их защиты.

Система вещных прав состоит из двух элементов: права собственности; иных вещных прав, которые принято называть ограниченными. Системообразующим фактором является право собственности. Оно — первооснова для возникновения иных вещных прав. Любое вещное право предполагает наличие предшественника в виде права собственности. Право собственности также наиболее полно, исчерпывающе отражает полномочия субъектов вещного права, только от него производны полномочия других субъектов вещных прав. Каждый субъект вещного права имеет своего субъекта права собственности. *Ограниченное вещное право есть производное от права собственности право на чужое имущество, содержание которого определяется собственником и (или) законом.*

Перечень видов вещных прав лиц, не являющихся собственниками, приведен в п. 1 ст. 216 ГК РФ. Классифицировать их можно по различным критериям. Важное практическое значение имеет их группировка по субъектам гражданского права. Вещное право может принадлежать только гражданам (право пожизненного наследуемого владения земельным участком); только юридическим лицам (право хозяйственного ведения имуществом и право оперативного управления имуществом); и гражданам, и юридическим лицам (сервитута, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком. После введения в действие Земельного кодекса РФ — с 30 октября 2001 г. не допускается предоставление земельных участков гражданам в постоянное (бессрочное) пользование и пожизненное наследуемое владение. Но если они получили эти участки ранее, их права сохраняются — ст. 20 и 21 Кодекса.

2. Защита права собственности в широком смысле включает обеспечение условий для эффективного использования собственниками своего имущества — создания и приумножения,

надежного юридического оформления права на него и для неприкосновенности собственности. Защита в узком смысле выполняет три функции: предупреждение и пресечение противоправных посягательств на права собственника, восстановление нарушенных прав и устранение вредных последствий таких нарушений.

Собственность как фундаментальную ценность общества, государства, муниципальных образований, граждан и юридических лиц защищают все отрасли права — уголовное, административное, финансовое и другие. Делает это присущими ему методами и гражданское право, на основе которого реализуются все способы защиты гражданских прав, указанные в ст. 12 ГК РФ. И научное, и практическое значение имеет подразделение способов защиты на два вида: обязательственные и вещные, применяемые к собственнику соответственно как субъекту относительного и абсолютного права. Остановимся на специфических для защиты права собственности вещно-правовых способах.

Сразу следует отметить, что одинаковыми с собственниками правами на защиту пользуются также субъекты ограниченных вещных прав и другие лица, владеющие имуществом по основаниям, предусмотренным законом или договором. Причем они имеют право на защиту своего владения не только против третьих лиц, но и против самого собственника (далее по тексту все они обозначаются общим термином «собственники» наряду с действительными собственниками). Собственник-предприниматель защищается как против своих партнеров, других граждан и юридических лиц, так и против нарушения его прав со стороны органов государства и местного самоуправления.

3. Предусмотрены два существующих вне конкретных обязательств вещных способа защиты. Первый — так называемый *виндикационный иск: внедоговорное требование невладельца собственника к незаконно владеющему собственнику о возвращении ему имущества* (ст. 301—303 ГК РФ). Для применения этого способа защиты необходимы определенные условия: с виндикационным иском может обратиться лишь лицо, имеющее доказательства (правоустанавливающие документы и иные) о принадлежности ему данной вещи; это лицо должно быть фактически лишено владения имуществом; имущество является

индивидуально-определенным, так как обратиться в суд за виндикацией на имущество с родовыми признаками практически невозможно; имущество сохранилось в натуре (если оно уничтожено, утрачено, подвергнуто переработке, то применяются другие способы защиты); имущество фактически находится у лица, к которому предъявляется иск. Иск не может быть удовлетворен, если к моменту рассмотрения дела в суде у лица отсутствует ранее находившееся у него имущество.

Решение по заявленному требованию зависит главным образом от того, является ли незаконный владелец имущества добросовестным или недобросовестным. Недобросовестный — тот, кто знал или должен был знать, что его владение незаконно, например скупщик заведомо краденого или купивший вещь по явно заниженной цене у «подозрительного» продавца. Недобросовестный владелец никогда не приобретает права собственности на имущество, и последнее подлежит передаче собственнику. Кроме того, недобросовестный владелец должен возратить или возместить собственнику все доходы, которые извлек или должен был извлечь за все время незаконного владения.

Незаконный, но добросовестный — тот, кто стал владельцем при обстоятельствах, при которых он не знал и не мог знать, что приобретает имущество — квартиру, дом, дачу, автомашину и т. п. у субъекта, который не имеет права его отчуждать. Налицо, таким образом, противоречие правомерных интересов добросовестного владельца и собственника квартиры и других вещей, когда оба они не повинны в сложившейся ситуации. Выход здесь законодатель ищет на путях компромисса: имущество либо остается у добросовестного приобретателя, либо возвращается собственнику.

Имущество возвращается собственнику, если добросовестный владелец приобрел имущество безвозмездно или оно было из владения собственника или лица, которому собственник передал имущество во владение, помимо их воли, например было у них похищено или ими потеряно. Доказать наличие указанных обстоятельств обязан собственник. Приобретатель, чтобы получить статус добросовестного, должен доказать, что имущество им приобретено возмездно и что он не знал и не мог знать о том, что имущество приобретено у лица, не имевшего права на его отчуждение.

Наряду с возвратом имущества собственник может потребовать у добросовестного владельца вернуть или возместить все доходы, которые он извлек или должен был извлечь со времени, когда узнал или должен был узнать о неправомерности владения или получил повестку по иску собственника о возврате имущества. Но добросовестный владелец вправе оставить за собой произведенные им отделимые улучшения имущества, а при невозможности отделения — требовать возмещения произведенных затрат.

В остальных случаях имущество остается у добросовестного владельца. У него же не могут быть истребованы деньги и ценные бумаги на предъявителя.

И добросовестному, и недобросовестному владельцам установлена одна общая гарантия при возврате имущества собственнику — право требовать от собственника возмещения произведенных ими необходимых затрат на имущество с того времени, с которого собственнику причитаются доходы от имущества.

4. Защита нарушенного вещного права, наряду с иском об истребовании имущества из чужого незаконного владения, согласно ст. 301—303 ГК РФ, может осуществляться также посредством иска о признании сделки недействительной по ст. 166—181 ГК РФ. Для правильного соотношения обоих способов защиты важное значение имеет постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П¹ по делу о проверке конституционности положений п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ, предусматривающих, в частности, что при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а при невозможности вернуть в натуре — возместить его стоимость в деньгах.

Конституционный Суд РФ констатировал, что судами общей юрисдикции оба способа защиты в их соотношении истолковываются и применяются неоднозначно, противоречиво, что приводит к коллизии конституционных прав, которые реализуются на их основе собственником и добросовестным приобретателем. Признавая сделку недействительной, суды, например, принимают решения о двухсторонней реституции — обязывают добросовестного приобретателя вернуть собственнику все полу-

ченное по сделке, скажем квартиру, что легко поддается реальному исполнению. Добросовестному же приобретателю далеко не всегда удастся возратить уплаченное по сделке, так как собственник заявляет, что полученное (деньги за ту же квартиру) он уже потратил, а иного имущества у него нет. Налицо, таким образом, «законное» грубое нарушение прав добросовестного приобретателя.

Конституционный Суд РФ внес необходимую ясность. Он признал не противоречащими Конституции РФ содержащиеся в п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ общие положения о последствиях недействительности сделки в части, касающейся обязанности каждой из сторон возратить другой все полученное по сделке, поскольку данные положения — по их конституционно-правовому смыслу в нормативном единстве со ст. 302 ГК РФ — не могут распространяться на добросовестного приобретателя, если это непосредственно не оговорено законом.

5. Второй способ защиты — так называемый *негативный иск не связан с лишением собственников права владения имуществом, но они из-за каких-то противоправных препятствий лишены возможности полноценно использовать свои правомочия* (ст. 304 ГК РФ). Например, загрязняется водоем, роются канавы и траншеи на дороге, ведущей к жилому дому. Собственник вправе по суду требовать устранения любых подобных нарушений его права и возмещения причиненного вреда (ст. 1064 ГК РФ).

Примечательная особенность этого способа защиты права собственности та, что он может носить предупредительный характер — применяться, когда только еще возникает угроза нарушений права. Можно требовать, например, запрета на возведение предпринимателем сооружений, если они будут препятствовать проникновению солнечного света в окна находящегося рядом жилого дома; на строительство предприятий с вредными выбросами, очистных сооружений, гаражей, бензозаправочных станций в непосредственной близости от жилого массива.

6. В особом порядке должна защищаться собственность Российской Федерации и ее субъектов в отношениях с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств. Регулироваться он будет законом об иммунитете государства и его собственности (ст. 127 ГК РФ).

Тема 7

ПРИВАТИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ И МУНИЦИПАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

§ 1. Понятие и правовое содержание приватизации. Особенности приватизации в России. § 2. Нормативно-правовая основа приватизации государственного и муниципального имущества. § 3. Правовое регулирование процесса приватизации

§ 1. Понятие и правовое содержание приватизации. Особенности приватизации в России

1. Обстоятельное изучение приватизации государственного и муниципального имущества, ее значения в развитии предпринимательства невозможно в отрыве от уяснения приватизации в целом — совершенно нового для России явления. *Приватизация как теоретическая и практическая проблема связана с наличием в обществе особой политической организации — государства, с устранением негативных последствий его функционирования.* Одной из давно выработанных человечеством форм внешнего контроля за государством со стороны общества служит избирательное право. Внутренний самоконтроль государства выражается в разделении власти на законодательную, исполнительную и судебную. В этом же ряду находится и приватизация — средство ослабления и преодоления засилья государства в обществе, выражающегося в излишнем огосударствлении общественных отношений.

Суть огосударствления состоит в следующем. Свое социальное назначение в обществе и его политической системе государство реализует посредством функций — основных направлений деятельности в каждой из сфер общества. Соответственно государство выполняет экономическую, социальную, политическую и духовную функции, которые распределяются в виде полномочий государственных органов и должностных лиц, составляющих их компетенцию. Полномочия закрепляются в законах и иных нормативных правовых актах таким образом, что государственные структуры наделяются обязанностями и правами, ко-

торым корреспондируют права и обязанности участников общественных отношений, подпадающих под компетенцию государственных органов и должностных лиц. Так выстраиваются прямые и обратные связи между ними: государственные структуры должны обеспечивать права тех, на кого распространяется их управляющее воздействие, а последние, в свою очередь, — беспрекословно исполнять обязанности, соответствующие правам государственных структур. Огосударствление и состоит в двусторонних связях государства и всех других участников общественных отношений через посредство нормативных правовых актов, а более конкретно *огосударствленными являются общественные отношения, одной из сторон которых выступает государство в лице его органов, должностных лиц и иных представителей. Закрепленная в нормативных правовых актах компетенция государственных структур определяет пределы вмешательства государства*.

2. Огосударствление общественных отношений состоит не только в их предельно полном нормативно-правовом регулировании, но и в наличии в них жесткой административной вертикали, выражающейся во властных полномочиях у стороны, представляющей государство. И для любого государства, тем более современной России, только что начавшей путь суверенного существования, вопросы огосударствления, его возможности и необходимости, недопущения излишеств, равно как и «недобора» в этом деле, никогда не утрачивают актуальности.

Огосударствление вызывается различными причинами, прежде всего объективными, обусловленными социальным назначением государства. Такова, например, норма ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, гласящая: никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. А бывают причины субъективные, вытекающие из политического режима, «кадрового» состава властных структур. Те и другие причины в ходе исторического развития претерпевают изменения — появляются новые, требующие огосударствления тех или иных социальных связей, исчезают прежние и, как следствие, возникает необходимость в разгосударствлении каких-то общественных отношений.

Разгосударствление означает устранение государства от ведения определенных дел и передачу их негосударственным организа-

циям. Приватизация, будучи одним из основных видов разгосударствления, представляет собой процесс, направленный на удовлетворение потребностей и интересов участников общественных отношений во все большей мере частными институтами общества путем передачи им функций, ранее выполнявшихся государством, его органами и должностными лицами.

3. Подытоживая изложенное, можно сделать выводы:

а) со времени возникновения государства сложились две противоречивые объективные закономерности развития общества и самого государства — огосударствление и разгосударствление общественных отношений, включая приватизацию. Проявляться их действие может лишь через посредство права в форме закона и соответствующих ему нормативных правовых актов;

б) прибегать к приватизации надо там и тогда, где и когда государство неэффективно выполняет свои функции. Прежде чем приступать к приватизации, надо осуществить тщательный расчет — прогноз ее последствий;

в) приватизация должна сопровождаться повышением материального уровня жизни людей, созданием более благоприятных условий для удовлетворения их нужд;

г) приватизация должна вести к укреплению России как демократического федеративного правового социального и светского государства.

4. Отдельные государства живут и развиваются в оригинальных условиях, не повторяя судьбу других государств. И каждому из них присущи свои особенности приватизации¹. *Яркие отличительные черты имеет и российская приватизация, которой посвящена обширная литература². Именно они объясняют те трудности, с которыми столкнулась приватизация в нашей стране, не во всем удовлетворительные ее результаты.*

Во-первых, приватизация и другие реформы проводились в России без предварительной разработки хоть какой-то программы, часто спонтанно, методом «проб и ошибок». Значение,

¹ См., например: Приватизация по-английски. М., 1993; Франция: приватизация продолжается. М., 1996.

² См.: *Игнатова Т. В.* Приватизация и развитие российского предпринимательства. Ростов н/Д, 1995; *Комарицкий С. И.* Приватизация: правовые проблемы: Курс лекций. М., 2000; Россия: преодоление национальной катастрофы. М., 1999.

место и роль приватизации в преобразованиях общества и государства не были заранее определены.

Во-вторых, приватизация велась в обстановке острейшей политической конфронтации, при отсутствии консенсуса в обществе и государстве. Представители довольно-таки широких слоев населения выступали против приватизации вообще или методов ее проведения.

В-третьих, параллельно с приватизацией Россия осуществляла переход к новой общественно-политической формации. Он сопровождался сломом прежней советской государственной машины с ее аппаратом и законодательством, что вызывало чрезвычайные сложности в государственном управлении общественными процессами.

В-четвертых, приватизация шла поспешно, в крайне сжатые сроки, что неизбежно порождало всякого рода недоразумения, ошибки и злоупотребления.

В-пятых, и это, пожалуй, главное, ранее при советской власти огосударствление глубоко проникло во все сферы жизнедеятельности общества, широко охватило многие общественные отношения. Как следствие, и разгосударствление, и приватизация имели место одновременно во всех сферах общества. В социальной сфере, например в здравоохранении, жилищно-коммунальном хозяйстве, бытовом обслуживании населения, торговле и общественном питании, место государственных организаций все чаще стали занимать частные хозяйственные товарищества и общества, кооперативы. В политической сфере в результате ликвидации монополии слившейся с государством коммунистической партии стали признаваться политическое многообразие и многопартийность. В духовной сфере утвердилось идеологическое многообразие, возникли и действуют многочисленные частные учреждения культуры и средства массовой информации.

5. Самой радикальной приватизации подверглась экономическая сфера, бывшая почти полностью огосударственной. Здесь во весь рост встала проблема выбора пределов приватизации, которая, к сожалению, своевременно не ставилась и не решалась. Между тем огосударствление имущественных отношений само по себе весьма противоречиво. С одной стороны, сосредоточение собственности в руках государства делает его независимым от общества. Это создает объективные экономические предпосылки для формирования государства с недемократиче-

ским режимом, сосредоточивающим в своих руках тотальный контроль над производством, распределением и обменом товаров. С другой стороны, государство, не имеющее собственности и не наладившее плодотворного сотрудничества, в том числе в налоговых отношениях, с субъектами частной и иных негосударственных форм собственности, лишенное действенных правовых средств влияния на них, включая контроль за их деятельностью, становится слабым и неэффективным. С таким государством перестают считаться, принимать его всерьез как внутри страны, так и за рубежом.

Сказанным, однако, не исчерпывается значение «правильной» приватизации государственной собственности (здесь и далее имеется в виду приватизация также собственности муниципальной). Приватизация собственности, ранее безраздельно принадлежащей единственному субъекту — государству, перестраивает не только структуру народного хозяйства. Она коренным образом изменяет социальную структуру, а вслед за тем и политическую систему общества, ведет к появлению новых социальных групп (классов), например частных промышленников, банкиров, торговцев, страховщиков, а также выражающих и защищающих их политические интересы общественных объединений — партий, движений и других, старающихся провести своих представителей в различные органы государственной власти и органы местного самоуправления.

Самым важным последствием приватизации государственной собственности явилось качественное изменение состава участников рыночных отношений. Ведущее место среди них занял частный предприниматель. Конечно, в качестве предпринимателя вправе выступать каждый субъект гражданского права, а само предпринимательство осуществляется с использованием любой формы собственности. Но российский и мировой опыт свидетельствуют, что отсутствие частного сектора делает экономику неполноценной, лишает необходимого динамизма, в целом обедняет ее. Вхождение же в рынок непосредственно самих собственников — частных предпринимателей наделяет народное хозяйство новыми, необходимыми ему свойствами. Деятельности предпринимателя — частного собственника, в отличие от других участников рынка, свойственна более полная мотивация и содержательная наполняемость, самостоятельность и инициатива, что в конечном счете повышает эффективность находящегося у предпринимателей имущества, а значит, и все-

го народного хозяйства. Поэтому приватизацию не без основания можно расценивать как необходимое условие становления и развития предпринимательского способа хозяйствования.

6. Последствия приватизации, проведенной в различных сферах общества, неодинаковы. Не стихающую до сих пор критику вызывает приватизация в экономике. Ее результаты неоднократно обсуждались высшими органами государственной власти, и ни разу им не была дана положительная оценка. Ряд аспектов приватизации народного хозяйства критически рассматривается и теми, кто руководил ее осуществлением¹. Опубликованы удручающие цифры. Бюджет России за последние 10 лет получил от приватизации 145 тыс. государственных предприятий 9,7 млрд долл. — ровно столько, сколько оставили российские туристы за рубежом в 2003 г.

Окончательную оценку ей дает история. Многие просчеты, грубые ошибки, являющиеся следствием отсутствия прогнозов о последствиях приватизации, обнаруживаются по истечении времени после ее проведения. Например, в Москве были проданы в частную собственность многие помещения кинотеатров и дошкольных детских учреждений, при этом они утратили свои прежние функции, превратившись в бани, рестораны, магазины. Вскоре же «разразился кризис» — горожане, у которых пробудился интерес к кинофильмам, лишились возможности смотреть их и выстроились многотысячные очереди детей, претендующих на место в детских яслях и садах. С высоты же преподавательской трибуны *отчетливо просматриваются две взаимосвязанные причины негативных последствий приватизации в экономике.*

Первая — недостатки нормативно-правового регулирования, неполнота, пробельность приватизационного законодательства.

Вторая причина — плохая подготовка кадров приватизаторов: тех, кто от имени государства организовывал приватизацию, и тех, кому пришлось возглавить бывшие государственные и муниципальные предприятия, одновременно ставшие частными. Те и другие, как правило, не представляли в полной мере ни экономических, ни социальных, ни правовых, ни нравственных аспектов приватизации. Особые затруднения ис-

¹ См., например: После Чубайса лучше не стало: Сенаторы оценили итоги приватизации // Российская газета. 2004. 13 апр.; Приватизация по-русски. М., 1999.

пытывали руководители приватизированных предприятий. Далеко не все из них были в состоянии выполнять свои функции в условиях разрушенной управленческой вертикали, самостоятельно выходить на рынок и искать там нишу без сопровождения в лице какой-то государственной структуры. Предприятия «двигались» некоторое время по инерции, «донашивая» имевшийся еще на момент приватизации ресурс, а затем нередко останавливались.

Приватизация государственного и муниципального имущества продолжается. Важный урок истории отечественной приватизации состоит в том, что лицам, занимающим государственные должности, государственным и муниципальным служащим, директорскому корпусу пока еще не приватизированных предприятий, а также лицам, выполняющим управленческие функции на уже приватизированных предприятиях, крайне необходимо основательное изучение приватизационных нормативных правовых актов и процедур их реализации. Для исправления, где это возможно, перекосов в приватизации государственной и муниципальной собственности, явившихся следствием недостатков соответствующих нормативных правовых актов и практики их применения, недопущения новых ошибок полезно знать не только существующую сейчас, но также и действовавшую ранее нормативно-правовую основу приватизации, ее генезис и причины изменений.

§ 2. Нормативно-правовая основа приватизации государственного и муниципального имущества

1. Начало приватизации, получившей название спонтанной, характеризуется крайне ограниченной нормативно-правовой основой, которая не давала ответов на элементарные вопросы, возникавшие в ходе приватизации государственной и муниципальной собственности. Сейчас эта основа, напротив, включает многие сотни актов различной юридической силы. *Ни один акт, к сожалению, не был вынесен на всенародное обсуждение, хотя речь в них идет о замене собственника имущества, которое веками накапливалось всеми поколениями россиян.*

Надо особо подчеркнуть, что речь идет о приватизации государственного и муниципального имущества. Именно с последним связаны сама приватизация как социальное явление и наличие соответствующей нормативной правовой системы.

Грубым извращением сути рыночной экономики являются попытки приватизировать имущество общественных организаций, осуществление ими коммерческой деятельности, что наблюдается, например, со стороны Всеобщей конфедерации профсоюзов¹.

Сложившаяся нормативно-правовая основа имеет сложную структуру. Заметим сначала, что ни в действующей, ни в прежних конституциях России о приватизации государственной и муниципальной собственности ничего не говорится. Согласно Конституции РФ 1993 г., повторим, признаются и защищаются равным образом все формы собственности.

2. *Основным регулятором приватизации является законодательство. Понятием приватизационного законодательства охватываются не только федеральные законы, но также принимаемые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации.* Обращает на себя внимание динамизм приватизационного законодательства, которым отмечена этапность самой приватизации. Термин «приватизация» впервые упоминается в Законе от 31 октября 1990 г. «Об обеспечении экономической основы суверенитета РСФСР»². Важное значение в становлении приватизационного законодательства имел Закон от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР»³ (утратил силу). Его ст. 25 предусматривала возможность отчуждения в частную собственность граждан и юридических лиц предприятий, имущественных комплексов, зданий, сооружений и иного имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, в порядке и на условиях, установленных законодательными актами РСФСР и республик, входящих в состав Российской Федерации, актами местных Советов народных депутатов, изданными в пределах их полномочий.

Первый специальный Закон «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации» появился в июне 1991 г. (далее — Закон о приватизации 1991 г.).

¹ См. об этом: *Носач В.* Приватизированный профсоюз? // Российская газета. 2002. 25 дек.

² Ведомости РСФСР. 1990. № 22. Ст. 260.

³ Ведомости РСФСР. 1990. № 30. Ст. 416.

Через год, в июне 1992 г., в него были внесены изменения и дополнения¹.

Заметной вехой в развитии приватизационного законодательства стало принятие ГК РФ. Статья 217 Кодекса подтвердила курс на приватизацию государственного и муниципального имущества и решила две актуальные задачи: уточнила понятие приватизации и закрепила так необходимый приватизационной практике критерий, разграничивающий действие гражданского законодательства и законов о приватизации.

Законодательство первых четырех лет не содержало каких-то отличий в приватизации государственной и муниципальной собственности. Обе формы собственности приватизировались по одинаковым правилам, централизованно и единообразно. Приватизационные нормы, устанавливаемые государством, имели обязательную силу и для приватизации муниципального имущества, хотя его собственником было не государство, а иной субъект — муниципальные образования. Этот явный изъян исправил Федеральный закон от 28 августа 1995 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», п. 4 ст. 29 которого зафиксировал правило: *порядок и условия приватизации муниципальной собственности определяются населением непосредственно или представительными органами местного самоуправления самостоятельно.*

Необходимость учета своеобразия приватизации различных форм публичной собственности получила конкретизацию во втором специальном приватизационном Федеральном законе от 21 июля 1997 г., о чем свидетельствует уже его название: «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о приватизации 1997 г.). Позднее он изменялся, дополнялся и действовал до 26 апреля 2002 г.

В неразрывной связи с первыми двумя федеральными законами находилась Государственная программа приватизации государственного имущества в Российской Федерации (далее — Государственная программа). Она устанавливала приоритеты в осуществлении приватизации государственного имущества в Российской Федерации, ограничения при ее проведении, поря-

Ведомости РСФСР. 1991. № 27. Ст. 927; 1992. № 28. Ст. 1614.

док отчуждения государственного имущества в собственность физических и юридических лиц, а также основы приватизации муниципального имущества в Российской Федерации. Государственная программа содержала также прогнозы проведения приватизации государственного имущества в отдельных отраслях экономики, изменения платежного баланса страны, увеличения внутренних и внешних инвестиций в экономику вследствие приватизации, требования к программам приватизации субъектов Российской Федерации и другие важные параметры приватизации публичной собственности.

По Федеральному закону о приватизации 1997 г. проект Государственной программы должен был представляться в Государственную Думу Правительством РФ и утверждаться в форме федерального закона. В последующем Правительство РФ ежегодно — одновременно с проектом федерального закона о федеральном бюджете на соответствующий год — должно было представлять в Государственную Думу проект федерального закона о внесении изменений и дополнений в программу приватизации; до 1 апреля текущего года представлять Федеральному Собранию отчет о реализации программы приватизации за прошедший год.

Примерно таким же было соотношение между Законом о приватизации 1991 г. и Государственной программой ранее. Однако в установленном порядке утверждена лишь Государственная программа на 1992 г. — постановлением Верховного Совета РФ от 11 июня 1992 г. Она продолжала применяться некоторое время в 1993 г. До последнего времени действовали две программы: Государственная программа приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2284¹, и Основные положения государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 г., утвержденные Указом Президента РФ от 22 июля 1994 г. № 1535² (далее — Основные положения государственной программы). Обе эти Государственные программы официально пока еще не отменены. Государственным комитетом РФ по управлению государственным имуществом разработаны Методические реко-

¹ САПП РФ. 1994. № 1. Ст. 2.

² СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1478.

мендации по применению Основных положений государственной программы¹. Предпринимавшиеся с 1993 г. неоднократные попытки подготовить Государственную программу, которая могла бы «пройти» через Государственную Думу, оказались безуспешными.

Следует обратить внимание на принципиальное отличие Основных положений государственной программы от ранее действовавших программ, выражающееся в качественно новом целеполагании. Важность выбора целевых приоритетов состоит в том, что под цели «подстраиваются» набор средств их достижения и решаемые задачи. Цели всегда бывают конкретно-историческими. Например, после окончания Второй мировой войны одной из первых проводилась приватизация в Западной Германии, правительство которой осуществило разгосударствление автомобильных предприятий «Фольксваген» как меру по скорейшему преодолению разрухи в экономике. В 80-е гг. в США и Великобритании приватизация преследовала цели нормализации отношений между государством и частным сектором экономики, отстаивания групповых интересов в противовес общественным, наполнения государственных бюджетов.

Различные цели ставились и государственными программами приватизации в России. Прежние программы в качестве главной цели ставили формирование слоя (широкого слоя) частных собственников. Основные положения государственной программы впервые в качестве главной цели поставили повышение эффективности российской экономики в целом и деятельности отдельных предприятий. Тем самым они недвусмысленно закрепили отказ от ускоренной массовой приватизации, от «приватизации ради приватизации» и выдвинули новый ориентир — достижение позитивных изменений в народном хозяйстве. В соответствии с Федеральным законом о приватизации 1997 г. она проводилась в целях повышения эффективности экономики, а также в целях ее социальной ориентации, улучшения платежного баланса Российской Федерации, осуществления протекционизма по отношению к российским товаропроизводителям.

Указом Президента РФ от 21 мая 1999 г. № 632 «Об особенностях применения Основных положений государственной

¹ См.: Приватизация государственных и муниципальных предприятий в России: Сборник документов. Вып. 4. М., 1994. С. 39—120.

программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 года, утвержденных Указом Президента Российской Федерации от 22 июля 1994 г. № 1535» (утратил силу) было установлено: Основные положения государственной программы приватизации применяются при проведении приватизации объектов муниципальной собственности, в том числе земельных участков, в случаях, если населением муниципальных образований непосредственно или органами местного самоуправления, действующими в пределах их компетенции, установленной Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», не определены другие порядок и условия приватизации таких объектов.

3. Во всем мире отмечается огромный вред, причиняемый предпринимательской деятельностью окружающей среде. С 12 января 2002 г. вступил в силу Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды». В нем закреплено главное условие: при приватизации и национализации имущества должны обеспечиваться проведение мероприятий по охране окружающей среды и возмещение вреда окружающей среде. Федеральный закон касается, по сути, всех участников социального общения: физических и юридических лиц, Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Он обязывает нас всех прежде всего осуществлять деятельность, направленную на сохранение и восстановление природной среды. Далее, Федеральный закон определил систему принципов хозяйственной и иной деятельности, оказывающих воздействие на природную среду. Назовем хотя бы один из них — запрещение хозяйственной деятельности, последствия которой непредсказуемы для окружающей среды и реализуемых проектов. Наконец, Федеральный закон установил строгую юридическую ответственность за нарушение законодательства в области охраны окружающей среды. Поэтому государственным и муниципальным служащим, руководителям, должностным лицам и работникам предпринимательских организаций, всем гражданам желательно особенно тщательно изучить гл. VII этого Федерального закона «Требования в области охраны окружающей среды при осуществлении хозяйственной и иной деятельности», насчитывающую 23 статьи.

4. Решающее значение на ближайшие годы для судеб российской приватизации будет иметь Федеральный закон от

21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»¹ (далее — Федеральный закон о приватизации 2001 г.), который вступил в действие с 26 апреля 2002 г. Он без преувеличения знаменует качественно новый этап в осуществлении этого важнейшего мероприятия. Федеральный закон о приватизации 2001 г. обобщил лучшие достижения правового регулирования приватизации государственного и муниципального имущества, подобрал оправдавшие себя на практике правовые нормы из многих сотен актов различной юридической силы, изданных в последние 10 лет, о которых говорилось в начале настоящего параграфа. С определенной долей условности Федеральный закон о приватизации 2001 г. можно отнести к актам кодификационного уровня. Его содержание, равно как и других связанных с ним нормативных актов, будет раскрыто в § 3 настоящей темы. Пока же остановимся на отдельных положениях, показывающих значение названного Федерального закона для общей характеристики нормативно-правовой основы приватизации публичной собственности.

Немалое практическое значение имеет четкое закрепление сферы действия названного Федерального закона. В нее входят не только отношения, возникающие непосредственно при приватизации государственного и муниципального имущества, но также отношения, связанные с управлением этим имуществом.

Подобно Федеральному закону о приватизации 1997 г., Федеральный закон о приватизации 2001 г. не распространяется на отношения, возникающие при отчуждении: земли, за исключением отчуждения земельных участков, на которых расположены объекты недвижимости, в том числе имущественные комплексы; природных ресурсов; государственного и муниципального жилищного фонда; государственного и муниципального имущества, находящегося за пределами территории Российской Федерации; безвозмездно в собственность религиозных организаций для использования в соответствующих целях культовых зданий и сооружений с относящимися к ним земельными участками и иного находящегося в государственной или муниципальной собственности имущества религиозного назна-

¹ СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 155-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3454.

чения; государственными и муниципальными унитарными предприятиями, государственными и муниципальными учреждениями имущества, закрепленного за ними в хозяйственном ведении или оперативном управлении; государственного и муниципального имущества на основании судебного решения и некоторые другие. Отчуждение указанного государственного и муниципального имущества регулируется иными федеральными законами и принятыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами.

Федеральный закон о приватизации 2001 г., наконец, структурировал законодательство Российской Федерации о приватизации, выделив в нем три среза: законодательство Российской Федерации; законодательство ее субъектов; в особом внимании нуждается третий срез — регулирование приватизации муниципального имущества. Оно осуществляется органами местного самоуправления самостоятельно, но в соответствии с законодательством Российской Федерации о приватизации.

Названный Федеральный закон четко разграничил полномочия различных органов государственной власти при проведении приватизации: Президента РФ, Государственной Думы и Правительства РФ.

В первое время после вступления в силу Федерального закона о приватизации 2001 г. большое значение имели нормы права, сосредоточенные в ст. 43 «Переходные положения», состоящей из 18 пунктов.

5. Существенный вклад в создание нормативно-правовой основы приватизации внес Президент РФ, реализуя предоставленные ему V Съездом народных депутатов РФ дополнительные полномочия по изданию указов, равных по юридической силе законам. Число приватизационных указов велико, а значение неодинаково, поэтому их изучение и практическая реализация предполагают классификацию. Даже из приводимых ниже названий президентских актов (конечно, далеко не всех) довольно-таки отчетливо вырисовывается «архитектура» приватизации публичной собственности.

Указы Президента РФ *подразделяются на две группы*. В первую входят акты, содержащие общие правила приватизации. Именно такие акты дали первый импульс широкомасштабной приватизации. После принятия Закона о приватизации 1991 г. возникла заминка с подготовкой и утверждением Верховным Советом РФ

Государственной программы приватизации. Президент РФ Указом от 29 декабря 1991 г. № 341 «Об ускорении приватизации государственных и муниципальных предприятий» утвердил разработанные на основе проекта Государственной программы приватизации на 1992 год Основные положения программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации на 1992 год и обязал приступить к их реализации с 1 января 1992 г. 29 января 1992 г. Президент издал одноименный Указ № 66, которым утвердил восемь временных положений, регулирующих различные стороны практического осуществления приватизации: о порядке подачи и принятия к рассмотрению заявлений о приватизации, о работе комиссий по приватизации, о порядке преобразования государственных и муниципальных предприятий в открытые акционерные общества и др. Лишь более чем через 11 лет Указом Президента РФ от 26 марта 2003 г. № 370 Указ от 29 января 1992 г. № 66 был признан утратившим силу¹.

Общее значение имели указы от 14 октября 1992 г. № 1230 «О регулировании арендных отношений и приватизации имущества государственных и муниципальных предприятий, сданного в аренду»² (утратил силу); от 27 ноября 1992 г. № 1483 «О недопущении дискриминации приватизированных предприятий при оказании государственной финансовой поддержки»³; от 10 января 1993 г. № 8 «Об использовании объектов социально-культурного и коммунально-бытового назначения приватизируемых предприятий»⁴ (утратил силу); от 16 июня 1993 г. № 927 «О некоторых мерах по расширению прав субъектов Российской Федерации в сфере приватизации»⁵; от 27 октября 1993 г. № 1769 «О мерах по обеспечению прав акционеров»⁶ (утратил силу).

В этой группе нормативных указов Президента РФ особо следует выделить те, которыми утверждались типовые акты, регулирующие порядок создания и функционирования возникав-

¹ СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1229.

² Экономика и жизнь. 1992. № 43.

³ САПП РФ. 1992. № 23. Ст. 1881.

⁴ САПП РФ. 1993. № 3. Ст. 168.

⁵ САПП РФ. 1993. № 25. Ст. 2360.

⁶ САПП РФ. 1993. № 44. Ст. 4192.

ших в ходе приватизации новых организационно-правовых форм юридических лиц, не известных прежней нашей экономике. Так, Указом от 1 июля 1992 г. № 721 «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества»¹ (утратил силу) утвержден Типовой устав акционерного общества открытого типа.

Вторая группа указов касается проблем приватизации, не носящих общего характера. Это указы, посвященные:

а) отдельным отраслям народного хозяйства, в частности, от 14 августа 1992 г. № 922 «Об особенностях преобразования государственных предприятий, объединений, организаций топливно-энергетического комплекса в акционерные общества»²; от 15 августа 1992 г. № 923 «Об организации управления электроэнергетическим комплексом Российской Федерации в условиях приватизации»³; от 17 ноября 1992 г. № 1403 «Об особенностях приватизации и преобразования в акционерные общества государственных предприятий, производственных и научно-производственных объединений нефтяной, нефтеперерабатывающей промышленности и нефтепродуктообеспечения»⁴; от 8 декабря 1992 г. № 1559 «О преобразовании в акционерные общества и приватизации государственных предприятий, объединений и организаций газового хозяйства Российской Федерации»⁵; от 30 декабря 1992 г. № 1702 «О преобразовании в акционерные общества и приватизации объединений, предприятий, организаций угольной промышленности»⁶; от 20 декабря 1994 г. № 2205 «Об особенностях приватизации предприятий по первичной переработке сельскохозяйственной продукции, производственно-техническому обслуживанию и материально-техническому обеспечению агропромышленного комплекса»⁷ (утратил силу);

б) конкретным предприятиям, например, от 30 июня 1993 г. № 1017 «Об особенностях акционирования и приватизации

¹ САПП РФ. 1992. № 1. Ст. 3.

² САПП РФ. 1992. № 9. Ст. 591.

³ САПП РФ. 1992. № 9. Ст. 592.

⁴ САПП РФ. 1992. № 22. Ст. 1878.

⁵ САПП РФ. 1992. № 25. Ст. 2224.

⁶ Российская газета. 1993. 21 янв.

⁷ СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 3691.

Российского государственного концерна по производству цветных и драгоценных металлов «Норильский никель»; от 4 февраля 1994 г. № 237 «О порядке приватизации производственного объединения «Энергия»;

в) отдельным территориям, например, от 6 февраля 1995 г. № 96 «О втором этапе приватизации в г. Москве»¹.

6. Весом вклад Правительства РФ в формирование нормативно-правовой основы приватизации. Так, постановлением от 4 сентября 1992 г. № 708 «О порядке приватизации и реорганизации предприятий и организаций агропромышленного комплекса»² (утратило силу) пакетом были утверждены три важнейших документа: положения о реорганизации колхозов, совхозов и приватизации государственных сельскохозяйственных предприятий; о приватизации предприятий по первичной переработке сельскохозяйственной продукции, рыбы, морепродуктов и предприятий по производственно-техническому обслуживанию и материально-техническому обеспечению агропромышленного комплекса; о реорганизации и приватизации государственно-кооперативных (кооперативно-государственных) предприятий агропромышленного комплекса. Постановлениями Правительства РФ утверждены: от 9 марта 1993 г. № 213 — Порядок формирования фондов акционирования работников предприятия³, от 9 июля 2002 г. № 512 — Правила подготовки и принятия решений об условиях приватизации федерального имущества⁴, от 12 августа 2002 г. № 584 — Положение о проведении конкурса по продаже государственного или муниципального имущества, от 12 августа 2002 г. № 585 — Положение об организации продажи находящихся в государственной или муниципальной собственности акций открытых акционерных обществ на специализированном аукционе и Положение об организации продажи государственного или муниципального имущества на аукционе⁵ и т. д.

7. Обилием правотворчества отличался особый федеральный орган исполнительной власти по управлению государственным имуществом, который вначале именовался Государственным комитетом РФ по управлению государственным имуществом.

¹ СЗ РФ. 1995. № 7. Ст. 510.

² САПП РФ. 1992. № 12. Ст. 931.

³ САПП РФ. 1993. № 11. Ст. 944.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 33. Ст. 3228.

⁵ СЗ РФ. 2002. № 33. Ст. 3229.

Он, в частности, имел право разрабатывать и издавать нормативные акты, регулирующие процесс приватизации, и давать разъяснения о применении приватизационного законодательства.

Среди актов Госкомимущества России значительное место занимают нормативные документы, регулирующие переход права собственности на объекты приватизации от продавца к покупателю и управление приватизируемым имуществом. Например, утверждены распоряжения от 13 ноября 1992 г. № 770-р Примерное положение об инвестиционных конкурсах (инвестиционных торгах) по продаже объектов приватизации, находящихся в государственной и муниципальной собственности¹, и от 23 ноября 1992 г. № 862-р Положение о порядке заключения договора о приобретении акций с группой работников предприятия, взявших на себя ответственность за выполнение плана приватизации и недопущение банкротства приватизируемого предприятия².

Иногда Государственный комитет, исходя из общенормативных указов Президента РФ, непосредственно сам определял специфику приватизации тех или иных объектов. Так, 16 сентября 1992 г. им издано распоряжение № 444-р «Об особенностях преобразования в акционерные общества и приватизации предприятий авиационного, морского, речного, автомобильного транспорта и дорожного хозяйства»³. Распоряжением от 5 апреля 1994 г. № 725-р утверждено Положение о приватизации объектов ведомственной торговли и общественного питания, обслуживающих учреждения, предприятия и организации Федеральной службы лесного хозяйства России⁴.

Естественно, Государственный комитет РФ широко использовал свои возможности по толкованию приватизационных законов, указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, также носившему нормативный характер. Например, 13 ноября 1992 г. издано распоряжение № 763-р «О некоторых вопросах применения Временных методических указаний по оценке стоимости объектов приватизации»⁵, утвержденных

¹ Экономика и жизнь. 1992. № 48.

² Экономика и жизнь. 1992. № 49.

³ Российские вести. 1993. 12 авг.

⁴ Ныне Федеральное агентство лесного хозяйства.

⁵ Российские вести. 1992. 13 нояб.

Указом Президента РФ от 29 января 1992 г. № 66. Эта практика продолжалась и позднее. Так, Министерство государственного имущества распоряжением от 23 апреля 1999 г. № 592-р утвердило Разъяснения о применении законодательства о приватизации и нормативных правовых актов, регулирующих порядок разграничения собственности в Российской Федерации на федеральную собственность, собственность субъектов РФ и муниципальную собственность¹.

Характерная особенность нормотворчества Государственного комитета — принятие приватизационных документов совместно с другими министерствами и ведомствами. Так, вместе с Государственным комитетом по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур по согласованию с министерствами обороны, транспорта и экономики распоряжением от 7 декабря 1992 г. № 1041-р утверждено Положение о приватизации предприятий автомобильного транспорта, имеющих мобилизационные задания².

Министерства и ведомства, кроме актов, принимаемых совместно с федеральным органом по управлению государственным имуществом, издают приватизационные акты также самостоятельно. По необходимости это делают те из них, которые управляют подлежащими приватизации предприятиями.

8. Субъекты РФ в соответствии с федеральным законодательством принимают нормативные правовые акты — законы и другие, действие которых распространяется на приватизацию собственности соответствующего субъекта Федерации. Так, Московская городская Дума приняла Закон от 11 апреля 2001 г. «О приватизации государственной и муниципальной собственности Москвы». Акты о приватизации муниципальной собственности принимают органы местного самоуправления. Такие же акты издает администрация подлежащих приватизации государственных и муниципальных предприятий.

9. Такова сложившаяся ныне нормативно-правовая основа приватизации государственной и муниципальной собственности. Общая оценка этой основы приводит к выводам о том, что:

а) в нашей стране до сих пор не сложилось единой нормативно-правовой основы приватизации государственной и муниципальной собственности. Наиболее разветвленной является

¹ Российская газета. 1999. 8 июля.

² Российские вести. 1993. 28 окт.

рассмотренная выше система нормативных правовых актов, сначала служившая основой приватизации государственных и муниципальных предприятий, а позднее — государственного и муниципального имущества в целом. Приватизационные нормы, издаваемые практически всеми государственными органами и органами местного самоуправления, «разбросаны» по всевозможным источникам — законам, указам, положениям, инструкциям и другим. Обеспечение доступности для изучения и безошибочной реализации диктует необходимость проведения их кодификации, предложения о которой уже давно высказываются специалистами. Предваряя кодификацию, появились учебники по приватизационному праву;

б) все нормативные правовые акты, касающиеся приватизации, подразделяются на специально и в полном объеме предназначенные для регулирования процесса приватизации и те, в содержание которых вкраплены лишь отдельные приватизационные нормы;

в) нормативно-правовая основа приватизации включает нормы различных отраслей права. При вхождении в приватизационное правовое поле в особом внимании нуждается разграничение «работы» на нем гражданского законодательства и законодательства приватизационного. Преимущество надлежит отдавать последнему. Положения гражданского законодательства о порядке приобретения и прекращения права собственности применяются здесь лишь в случае, если законами о приватизации не предусмотрено иное;

г) при изучении и применении приватизационного законодательства полезно проследить динамику легального определения понятия приватизации государственной и муниципальной собственности. Будучи сначала весьма расплывчатым, определение постепенно обрело нужную четкость и ясность. Наиболее полно оно дано, в том числе по сравнению со ст. 217 ГК РФ, в ст. 1 Федерального закона о приватизации 2001 г., обогатившей его двумя моментами. Во-первых, в ГК РФ речь идет о том, что в ходе приватизации государственное и муниципальное имущество *передается* его собственником в собственность граждан и юридических лиц. В названном Федеральном законе содержится более точная формулировка — об *отчуждении* этого имущества, что в полной мере корреспондирует ст. 235 ГК РФ, где именно отчуждение собственником своего имущества другим лицам отнесено к основаниям прекращения

права собственности. Во-вторых, в ст. 1 названного Федерального закона выделен момент возмездности отчуждения, о котором ничего не говорится в ст. 217 ГК РФ. Тем самым приватизация полнее наделяется чертами, свойственными рыночным отношениям и институтам гражданского права;

д) Федеральный закон о приватизации 2001 г., несомненно, займет особое место в истории правового регулирования российской приватизации. Именно с ним связано то важнейшее обстоятельство, что приватизация стала проводиться не по указному праву, а по праву закона. В связи с его принятием Президент РФ подписал Указ от 26 марта 2003 г. № 370, в соответствии с которым были изменены или полностью утратили силу 18 указов Президента РФ, изданных по различным вопросам приватизации государственного и муниципального имущества в 1999—2000 гг.

§ 3. Правовое регулирование процесса приватизации

1. Процесс — понятие многозначное. Он свойствен как явлениям природы, так и развитию общества. Вне процесса немислима никакая управленческая деятельность. *Применительно к управлению общественными отношениями процесс означает такую организацию дела, когда достижение стоящей цели опосредуется прохождением определенных стадий (ступеней)*. По общему правилу в движении процесса недопустимы разрывы, перепрыгивание через ту или иную стадию: каждая последующая из них должна логически и фактически вырастать из предыдущей, опираясь на нее.

Процесс есть неотъемлемое качество правового регулирования — любая юридическая норма реализуется в более или менее сложных процессуальных формах, закрепленных в соответствующих правовых актах. Ответственной роль процесс играет в работе органов государственной власти и органов местного самоуправления по применению материального права. Уголовно-процессуальный кодекс РФ регулирует деятельность прокурорско-следственных органов и судов общей юрисдикции по поводу совершенных преступлений, Гражданский процессуальный кодекс РФ и Арбитражный процессуальный кодекс РФ — рассмотрение в судах общей юрисдикции и арбитражных судах неуголовных дел (гражданских, административных и др.). Тремя названными законодательными актами, к

сожалению, и исчерпывается кодификация процессуальных норм права. Остальные, в том числе регулирующие деятельность исполнительных органов власти, помещены в тех же актах, что и материальные. Не составляют исключения процессуальные нормы приватизации государственной и муниципальной собственности. Последние закреплены в федеральных законах о приватизации 1991, 1997 и 2001 гг., указах Президента РФ и т. д. (см. § 2 настоящей темы).

Нормы права о процессе приватизации за прошедшие годы не оставались неизменными. Одни они были, когда шла первоначальная ускоренная массовая приватизация, и несколько иными стали сейчас, когда первоначальная приватизация осуществляется «штучно», без спешки или речь идет о ранее уже приватизированных объектах, в отношении которых государство или муниципальные образования еще сохранили обязательственные права в виде, скажем, находящегося в их собственности какого-то числа акций, но эти акции они также намерены приватизировать.

Ниже процессуальные нормы рассматриваются вместе с нормами материального права, процессуальными формами реализации которых они являются. Такой подход придает изучению приватизационного законодательства большую стройность. Изложение опирается на Федеральный закон о приватизации 2001 г. в сравнении, при необходимости, с другими нормативными правовыми актами.

2. Нормы права о процессе приватизации по традиции, сложившейся в юридической науке и практике, целесообразно свести в две группы. В первую, общую часть входят нормы, отражающие статику процесса приватизации, и во вторую, особенную часть — отражающие его динамику.

Общая часть включает четыре блока норм права, служащих необходимой предпосылкой перевода процесса приватизации в деятельную плоскость.

Первый блок охватывает основные принципы приватизации государственного и муниципального имущества, закрепленные в ст. 2 Федерального закона о приватизации 2001 г.

Приватизация основывается на признании равенства покупателей имущества. Этот принцип должен послужить окончательному искоренению встречавшихся ранее случаев, когда предпочтение отдавалось одним лицам, тогда как другие от участия в приватизации оттеснялись.

В ранг принципа возведено правило об открытости приватизационной деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления. «Теневая» приватизация нанесла в прошлом немалый урон интересам общества, государства и муниципальных образований, дискредитировала саму идею передачи публичной собственности в частные руки.

Принципиально решен вызывавший ранее споры вопрос о том, что конкретно понимать под возмездностью в процессе приватизации. Имущество теперь может отчуждаться за плату либо посредством передачи в государственную или муниципальную собственность акций открытых акционерных обществ, в уставный капитал которых вносится государственное или муниципальное имущество.

В виде принципа внесена ясность в дискуссию о мере воздействия органов государственной власти на приватизацию муниципального имущества: последняя осуществляется органами местного самоуправления самостоятельно в порядке, предусмотренном указанным Федеральным законом.

Второй блок определяет правовой статус субъектов, которым от имени государства и муниципальных образований доверено осуществлять приватизацию соответственно государственной и муниципальной собственности. С самого начала предусматривалась возможность разного рода злоупотреблений в ходе реализации приватизационного законодательства. Это стало одной из причин включения непосредственно в процесс приватизации двух государственных органов, один из которых входил в систему исполнительной власти, а второй представлял власть законодательную. Участие в приватизации было поделено между ними таким образом, что орган, представляющий законодательную власть, будучи субъектом процесса приватизации на его заключительных стадиях, мог, помимо выполнения других функций, фактически проверять законность действий органа исполнительной власти, совершенных на начальных стадиях процесса.

Органом исполнительной власти стал образованный в начале 1991 г. Государственный комитет РСФСР по управлению государственным имуществом. Указом Президента РФ от 30 сентября 1997 г. № 1063 он был преобразован в Министерство государственного имущества РФ, которое Указом Президента РФ от 17 мая 2000 г. № 867 преобразовано в Министерство государственных отношений РФ. Последнее упразднено Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314. Его правоприменитель-

ные функции, функции по оказанию государственных услуг и по управлению имуществом переданы вновь образованному Федеральному агентству по управлению федеральным имуществом (далее — Росимущество), которое подведомственно Минэкономразвития России. Росимущество осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы и подведомственные организации.

Законодательная власть участвовала на заключительных стадиях процесса приватизации в лице Российского фонда федерального имущества (далее — Фонд, РФФИ). Фонд создавался по решению Верховного Совета РСФСР и был подотчетным только ему. После упразднения в конце 1993 г. Верховного Совета он стал специализированным финансовым учреждением при Правительстве РФ.

Статус Министерства имущественных отношений (Госкомимущества) и РФФИ ранее был зафиксирован в Федеральном законе о приватизации 1997 г. По Федеральному закону о приватизации 2001 г. дело обстоит иначе. В точном соответствии со ст. 114 Конституции РФ, согласно которой управление федеральным имуществом осуществляет Правительство РФ, решение вопросов приватизации указанный Закон возложил непосредственно на Правительство как единственную сторону этого процесса. В Федеральном законе о приватизации 2001 г. говорится лишь о праве Правительства РФ наделять федеральный орган исполнительной власти полномочиями на осуществление функций приватизации и о том, что по специальному поручению Правительства РФ от его имени функции по продаже приватизируемого имущества может(гут) осуществлять специализированное(ые) государственное(ые) учреждение(я).

Свое право Правительство РФ использовало следующим образом.

А. В качестве основной «рабочей силы» выделено Росимущество. Постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2004 г. № 691, утвердившим Положение о Росимуществе, установлено: Росимущество является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции в области приватизации. Для их реализации оно наделено многочисленными полномочиями, которые можно свести в две группы. Росимущество:

во-первых, подготавливает и представляет в установленном порядке в Минэкономразвития России проект прогнозного пла-

на (программы) приватизации федерального имущества на соответствующий год, а также предложения о внесении в него изменений; предложения о формировании перечня стратегических предприятий и акционерных обществ, а также о внесении в него изменений; отчет о результатах приватизации федерального имущества за прошедший год, а также информацию о результатах приватизации имущества субъектов Российской Федерации и муниципального имущества; проекты решений Правительства РФ о назначении представителей Российской Федерации в органы управления открытых акционерных обществ, в отношении которых принято решение об использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении открытыми акционерными обществами («золотой акции»); предложения об использовании и прекращении действия специального права на участие Российской Федерации в управлении открытыми акционерными обществами («золотой акции») и др.;

во-вторых, самостоятельно принимает в порядке, определяемом Правительством РФ, решения об условиях приватизации федерального имущества и представляет в Минэкономразвития России предложения для принятия соответствующих решений Правительством РФ; обеспечивает опубликование решений об условиях приватизации федерального имущества; выступает от имени Российской Федерации учредителем (участником) открытых акционерных обществ, создаваемых посредством приватизации федеральных государственных унитарных предприятий; осуществляет мероприятия по подготовке федеральных государственных унитарных предприятий и иных объектов к приватизации, в том числе утверждает аудитора и определяет размер оплаты его услуг; дает в установленном порядке и в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, письменные директивы представителям государства в органах управления акционерных обществ, акции которых находятся в федеральной собственности и в отношении которых используется специальное право («золотая акция»), по вопросам компетенции органов управления этих акционерных обществ; разрабатывает в установленном порядке и утверждает условия конкурса при продаже приватизируемого федерального имущества и др.

Б. Минэкономразвития России в соответствии с Положением о нем осуществляет функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в области

приватизации. Оно, например, наделено полномочием принимать нормативные правовые акты, определяющие порядок подготовки решений об условиях приватизации имущественных комплексов унитарных предприятий. Документы, по которым требуется решение Федерального Собрания, Президента РФ или Правительства РФ, Минэкономразвития вносит в Правительство РФ.

В. Пока сохранены полномочия РФФИ, устав которого утвержден постановлением Правительства РФ от 25 декабря 2002 г. № 925. В соответствии с уставом Фонд является федеральным государственным учреждением, осуществляющим на основании законодательства Российской Федерации продажу приватизируемого федерального имущества, реализацию имущества, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решение об обращении взыскания на имущество, а также распоряжение и реализацию конфискованного движимого бесхозяйного, изъятого и иного имущества, обращенного в собственность государства по основаниям, предусмотренным законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Информационное сообщение о продаже федерального имущества Фондом публикуется в бюллетене Фонда «Реформа».

Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 Правительству РФ поручено принять меры по передаче полномочий Фонда Росимуществу. Высказана идея, чтобы продажу приватизируемого государственного имущества наряду с РФФИ осуществляли иные федеральные государственные учреждения, а также негосударственные коммерческие организации.

Что касается компетенции органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления по их участию в приватизации, то она определяется законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Федерации и правовыми актами органов местного самоуправления.

Третий блок приватизационных норм права определяет лиц — покупателей государственного и муниципального имущества. Ими могут быть любые физические и юридические лица. Запрет установлен для государственных и муниципальных унитарных предприятий, государственных и муниципальных учреждений,

а также юридических лиц, в уставном капитале которых доля Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований превышает 25%, кроме случаев внесения имущества в качестве вклада в уставные капиталы открытых акционерных обществ. Открытые акционерные общества не могут являться покупателями размещенных ими акций, подлежащих приватизации в соответствии с Федеральным законом о приватизации 2001 г.

Покупатель приходит на рынок приватизации не с пустыми руками. Перечень документов, требуемых от покупателей, и порядок их представления определяет Федеральный закон о приватизации 2001 г. Перечень этот весьма широк и включает общие требования ко всем претендентам (физическим и юридическим лицам) о предоставлении заявки, платежных документов; отдельно к физическим лицам — предъявлении документа, удостоверяющего личность, и юридическим лицам — представлении нотариально заверенных копий учредительных документов, сведений о доле Российской Федерации, ее субъекта, муниципального образования в уставном капитале и некоторые другие.

Четвертый блок норм относится к классификации объектов имущества по возможности их приватизации. Прежний подход к объектам был иным. По различным критериям они классифицировались на пять групп. Например, особо выделялось имущество, которое приватизировалось на основании решения Минимущества РФ по согласованию с федеральными органами исполнительной власти, в компетенции которых находятся полномочия на координацию и регулирование деятельности в соответствующих отраслях экономики: объекты и предприятия атомного машиностроения, предприятия и объекты нефтегазового строительства, предприятия, производящие специализированное оборудование для учреждений культуры.

Сейчас вопрос решается не так, более централизованно — определение объектов приватизации федеральной собственности сосредоточено в руках Правительства РФ, которое действует при участии Президента РФ и Федерального Собрания РФ. Правительство РФ призвано обеспечить реализацию единой государственной политики в сфере приватизации. Пожалуй, самая примечательная особенность нового подхода — введение строгого планирования объектов предстоящей приватизации вместо допускаявшихся ранее беспорядочности, суматохи и сум-

бурности. В планировании предусматриваются следующие элементы.

Непосредственно в Федеральном законе о приватизации 2001 г. выделен состав имущества, приватизация которого не допускается: приватизации не подлежат имущество, отнесенное федеральными законами к объектам гражданских прав, оборот которых не допускается (объектам, изъятым из оборота), а также имущество, которое в порядке, установленном федеральными законами, может находиться только в государственной или муниципальной собственности.

Приведенное положение способно вызвать неоднозначное толкование и потребовать, что уже было ранее, «внеочередного» вмешательства Федерального Собрания РФ в решение вопроса об объектах приватизации. Например, на пике дискуссии о приватизации образовательных учреждений, когда чаша весов начала склоняться к возможности такой приватизации, был принят специальный Федеральный закон от 16 мая 1995 г. № 74-ФЗ «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию»¹. Конституционный Суд РФ постановлением от 24 октября 2000 г. № 13-П признал не соответствующим Конституции РФ положение ст. 1 этого Федерального закона «в части, содержащей запрет на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений, которые закреплены за государственными и муниципальными образовательными учреждениями, а также высшими учебными заведениями»².

Со дня введения в действие ЗК РФ, т. е. с 30 октября 2001 г., не допускается приватизация зданий, строений, сооружений, в том числе зданий, строений, сооружений промышленного назначения, без одновременной приватизации земельных участков, на которых они расположены, за исключением случаев, если такие земельные участки изъяты из оборота или ограничены в обороте.

Правительство РФ представляет Президенту РФ для утверждения предложения о формировании перечня не подлежащих приватизации стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ. Оно же представляет ему предложения о внесении изменений в ранее утвержденный перечень — выде-

¹ СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 192 (утратил силу).

² СЗ РФ. 2000. № 44. Ст. 4399.

лении в нем стратегических предприятий для их подготовки и последующей приватизации (преобразования в открытые акционерные общества) и стратегических акционерных обществ для подготовки к последующей приватизации их акций. 4 августа 2004 г. Президент РФ Указом № 1009 утвердил перечень стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ и дал ряд соответствующих поручений Правительству РФ¹. Указом от 22 июня 2006 г. № 623 в этот перечень внесены очередные изменения.

Правительство РФ ежегодно утверждает прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества (далее — план). Оно же определяет порядок разработки плана. Исходные правила о порядке разработки плана содержатся в самом Федеральном законе о приватизации 2001 г. Федеральные органы исполнительной власти не позднее чем за восемь месяцев до начала очередного финансового года направляют в Правительство РФ или уполномоченный федеральный орган исполнительной власти предложения о приватизации относящихся к их ведению федеральных государственных унитарных предприятий, а также находящихся в федеральной собственности акций открытых акционерных обществ, осуществляющих деятельность в определенной отрасли экономики, и иного федерального имущества. Согласно Федеральному закону о приватизации 2001 г. направлять Правительству РФ или уполномоченному федеральному органу исполнительной власти свои предложения о приватизации федерального имущества в очередном финансовом году вправе органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, федеральные государственные унитарные предприятия, а также открытые акционерные общества, акции которых находятся в федеральной собственности, иные юридические лица и граждане.

План включает по крайней мере три части.

Первая — перечень имущества, которое планируется приватизировать в соответствующем году, с указанием предполагаемых сроков приватизации.

Вторая указывает на акции стратегических акционерных обществ и стратегические предприятия, включаемые в план после принятия Президентом РФ решения об уменьшении степени

СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3313.

участия России в управлении этими хозяйствующими субъектами или об их исключении из числа стратегических.

Третья включает акции отдельных естественных монополий (например, РАО «ЕЭС России» и «Газпрома»), вносимые в план на основании федерального закона. Другими словами, приватизация естественных монополий поставлена под контроль Федерального Собрания — Государственной Думы и Совета Федерации.

Следует подчеркнуть, что со дня утверждения плана приватизации федерального имущества и до момента перехода права собственности на него к покупателю унитарного предприятия или момента государственной регистрации созданного открытого акционерного общества унитарному предприятию запрещено без согласия собственника сокращать численность работников, совершать многие предпринимательские сделки: получать кредиты, осуществлять выпуск ценных бумаг и т. д. (см. п. 3 ст. 14 Федерального закона о приватизации 2001 г.).

Правительство РФ утвержденный план направляет в Государственную Думу одновременно с проектом федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год, а не позднее 1 мая представляет ей отчет о выполнении плана за прошедший год. Вместе с отчетом в Государственную Думу представляется информация о результатах приватизации за прошедший год имущества, находящегося в собственности субъектов РФ, муниципального имущества. Правительство РФ распоряжением от 25 августа 2006 г. № 1306-р¹ утвердило прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества на 2007 г. и основные направления приватизации этого имущества на 2006—2008 гг. На 1 июня 2006 г. в федеральной собственности находилось 7178 унитарных предприятий и Россия являлась акционером 3724 акционерных обществ. Предполагается приватизировать в 2007 г. 368 предприятий и пакеты акций 911 акционерных обществ, а также иное федеральное имущество. Документ предусматривает поступление в федеральный бюджет доходов от приватизации в 2007 г. — 41, в 2008 г. — 44 и в 2009 г. — 40 млрд руб.

3. Особенная часть включает правовые нормы о динамике процесса приватизации, выраженной в его стадиях. Развертывание конкретных стадий зависит от ряда факторов, и прежде всего от состава приватизируемого имущества и способа прива-

тизации. Согласно прежнему законодательству о приватизации по общему правилу процесс начинался с возбуждения дела о приватизации.

Инициаторами проведения приватизации государственного и муниципального имущества могли быть Правительство РФ, соответствующие федеральные органы, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, а также физические и юридические лица. Заявка установленного образца на приватизацию подавалась в компетентный орган государственной власти или орган местного самоуправления¹. В случае принятия решения о приватизации государственного имущества соответствующий орган по управлению имуществом, исполняющий это решение, создавал комиссию по приватизации с задачей подготовить в срок до шести месяцев план приватизации. Срок затем может быть продлен, но не более чем на один год. Типовой план утвержден постановлением Правительства РФ от 4 августа 1992 г. № 547². Подготовленный комиссией план приватизации рассматривал соответствующий орган по управлению имуществом. При согласии с планом этот орган утверждал его и совершал иные действия, если они вытекали из плана, после чего все документы по приватизации передавались РФФИ, который непосредственно и осуществлял продажу приватизируемого имущества.

4. Федеральный закон о приватизации 2001 г. установил широкий набор правовых норм, существенно отличных от тех, что действовали прежде. В целом процесс приватизации осуществляется и направляется в рамках положений прогнозного плана (программы) приватизации, утвержденного Правительством РФ.

Все начинается с установления *достоверной информации о приватизируемом имуществе*. Например, состав имущества унитарного предприятия определяется в передаточном акте, составляемом на основе данных акта инвентаризации. Особо выделяются цена имущества — земли, зданий, балансовая стоимость активов, исключительные права и т. д. При этом используют аудиторские заключения, специальные нормативные документы (постановления Правительства и др.).

¹ Форма заявки утверждена распоряжением Мингосимущества РФ от 5 июня 1998 г. № 468-р // Бюллетень Минюста России. 1998. № 8.

² САПП РФ. 1992. № 7. Ст. 386.

Весьма ответственная стадия — *выбор способа приватизации* государственного и муниципального имущества. Федеральным законом о приватизации 2001 г. они существенно обновлены, усложнены и увеличены количественно. Сейчас их закреплено 10 вместо прежних 7 (см. ст. 16 Федерального закона о приватизации 1997 г. и ст. 13 Федерального закона о приватизации 2001 г.). Приватизация может осуществляться только способами, предусмотренными Федеральным законом о приватизации 2001 г. Новыми являются такие способы, как продажа за пределами территории Российской Федерации находящихся в государственной собственности акций открытых акционерных обществ; продажа акций открытых акционерных обществ через организатора торговли на рынке ценных бумаг; продажа государственного или муниципального имущества посредством публичного предложения; продажа государственного или муниципального имущества без объявления цены; продажа акций открытых акционерных обществ по результатам доверительного управления.

Самый большой массив правовых норм Федерального закона о приватизации 2001 г. и посвящен подробнейшей регламентации правового регулирования общих процедур реализации способов приватизации, а точнее, продаже имущества (гл. IV), особенностям способов приватизации отдельных видов имущества (гл. V) и вопросам оплаты и распределения денежных средств от продажи имущества (гл. VI). Этим проблемам в прежнем законодательстве уделялось крайне незначительное внимание, что создавало почву для трудноразрешимых конфликтов между субъектами приватизации и, что еще хуже, для расцвета коррупции в приватизации¹.

Остановимся коротко на некоторых из этих положений. Прежде всего, об общей характеристике способов приватиза-

¹ По ряду способов приватизации Правительством РФ утверждены особые положения, которые развивают соответствующие нормы Федерального закона. См., например, постановления от 22 июля 2002 г. № 549 об организации продажи государственного или муниципального имущества посредством публичного предложения и об организации продажи этого имущества без объявления цены (СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3051) и от 12 августа 2002 г. № 584 и № 585 о проведении конкурса по продаже государственного или муниципального имущества и об организации продажи этого имущества на аукционе (СЗ РФ. 2002. № 33. Ст. 3228; 3229).

ции. Они не равнозначны, и установлена своеобразная иерархия в их применении в зависимости от того, о каком объекте идет речь, и от хода самой приватизации. Так, приватизация имущественного комплекса унитарного предприятия, в случае если размер его уставного капитала превышает минимальный размер уставного капитала открытого акционерного общества, установленный законодательством Российской Федерации (сейчас он равен 1 тыс. минимальных размеров оплаты труда), может осуществляться только путем преобразования унитарного предприятия в открытое акционерное общество. В иных случаях приватизация имущественного комплекса унитарного предприятия осуществляется другими предусмотренными указанным Федеральным законом способами.

Приватизация имущественных комплексов федеральных унитарных предприятий и находящихся в федеральной собственности акций открытых акционерных обществ, балансовая стоимость основных средств которых на последнюю отчетную дату превышает 5 млн минимальных размеров оплаты труда, а также имущества, соответствующего иным критериям, установленным Правительством РФ, 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. Нарбатывается опыт приватизации государственных унитарных предприятий как имущественных комплексов, а не как юридических лиц, т. е. без предварительного преобразования их в акционерные общества.

В настоящее время нередко выставляются на продажу объекты, которые не пользуются спросом у покупателей, вследствие чего их продажа на условиях весьма распространенного способа приватизации — аукциона оказывается несостоявшейся. Если аукцион по продаже государственного или муниципального имущества был признан несостоявшимся, то продажа указанного имущества осуществляется посредством публичного предложения. Последнее является публичной офертой (см. об этом тему 8). Право приобретения государственного или муниципального имущества принадлежит заявителю, который пер-

вым подал в установленный срок заявку на приобретение указанного имущества по цене начального предложения.

В случае, когда продажа имущества не состоялась и посредством публичного предложения, осуществляется продажа государственного или муниципального имущества без объявления цены. Здесь нормативная цена (минимальная цена отчуждения) уже не определяется. Претенденты направляют свои предложения о цене государственного или муниципального имущества в запечатанном конверте. Покупателем признается лицо, предложившее наибольшую цену. В случае поступления нескольких одинаковых предложений о цене государственного или муниципального имущества покупателем признается лицо, подавшее заявку ранее других лиц.

С начала осуществления экономических реформ остается до конца нерешенным вопрос о выкупе арендованного имущества в качестве способа приватизации. В настоящее время он использоваться не может. Договоры аренды государственного и муниципального имущества с правом его выкупа заключались до вступления в силу Закона о приватизации 1991 г. По Федеральному закону о приватизации 1997 г. этот способ, в свою очередь, мог применяться одним из двух следующих способов: в соответствии с договором аренды с правом выкупа, если размер выкупа, сроки и порядок его внесения, а также иные условия установлены указанным договором; посредством преобразования государственного или муниципального унитарного предприятия в открытое акционерное общество с предоставлением арендатору такого имущества права первоочередного приобретения акций указанного общества, принадлежащих соответственно Российской Федерации, ее субъектам, муниципальным образованиям.

Федеральный закон о приватизации 2001 г., похоже, решил положить конец растянувшейся на более чем десятилетие неясности в применении этого способа приватизации, установив четкие и довольно-таки жесткие условия ее завершения. В случае заключения договора аренды с правом выкупа до вступления в силу названного Федерального закона выкуп государственного и муниципального имущества осуществляется на основании заявления арендатора такого имущества:

а) в сроки, установленные договором аренды с правом выкупа, если в нем содержатся условия о размерах выкупа, сроках и порядке его внесения;

б) в течение шести месяцев с даты вступления в силу названного Федерального закона, если договор аренды с правом выкупа не содержит условий о размере выкупа, сроках и порядке его уплаты посредством:

внесения арендуемого государственного или муниципального имущества в качестве вклада в уставный капитал открытого акционерного общества, созданного совместно с арендатором с предоставлением последнему права первоочередного приобретения акций указанного общества, если рыночная стоимость арендованного имущества на дату подачи заявления составляет свыше 10 тыс. установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда. Порядок определения стоимости указанных акций, сроки и порядок их оплаты определяются в соответствии с названным Федеральным законом;

заключения дополнительного соглашения, предусматривающего условия о размере выкупа, сроках и порядке его внесения, если рыночная стоимость арендуемого имущества на дату подачи заявления составляет 10 тыс. установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда и ниже.

В случае, если по истечении сроков, установленных договором, не поступит заявление арендатора, нереализованные положения таких договоров о выкупе утрачивают силу.

Обратим внимание также на отдельные аспекты *приобретения покупателем права собственности на приватизируемый объект*, что было предметом разбирательства в Конституционном Суде РФ. Согласно п. 7 ст. 21 Федерального закона о приватизации 1997 г. в случае невыполнения или ненадлежащего выполнения условий конкурса приобретенный победителем объект приватизации подлежал безвозмездному отчуждению в государственную или муниципальную собственность. Высший Арбитражный Суд РФ, считая названное положение не подлежащим действию ввиду его неконституционности, поскольку в соответствии с ним победитель коммерческого конкурса лишается средств, уплаченных при сделке приватизации, обратился с запросом в Конституционный Суд РФ. Конституционный Суд РФ постановлением от 25 июля 2001 г. № 12-П признал, что «оспариваемое положение пункта 7 статьи 21 Федерального закона «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» не может служить основанием для изъятия имущества у победителя конкурса и его возврата в бесспорном порядке публичному соб-

ственнику и тем самым не исключает судебную защиту прав участников процесса приватизации, в том числе с использованием предусмотренных гражданским законодательством способов и средств защиты прав субъектов договора, и как таковое не противоречит Конституции Российской Федерации»¹.

Федеральный закон о приватизации 2001 г. устранил возникшую коллизию. Пункт 3 ст. 32 закрепил общее правило: право собственности на приобретаемое государственное или муниципальное имущество переходит к покупателю в установленном порядке после полной его оплаты с учетом особенностей, оговоренных самим Федеральным законом, который допускает производство оплаты не только единовременно, но и в рассрочку. Все возможные перипетии с выполнением (невыполнением) договора купли-продажи имущества на конкурсе, в том числе связанные с расчетами за имущество, теперь всесторонне освещены в ст. 20, 35, 36 и др. этого Федерального закона.

В связи с только что рассмотренной ситуацией следует особенно тщательно изучить ст. 20 названного Федерального закона о продаже государственного и муниципального имущества на конкурсе. Конкурс с особой оговоркой об инвестиционных условиях сейчас федеральным законом не предусмотрен. Но вместе с тем им установлено, что условия конкурса могут предусматривать сохранение определенного числа рабочих мест; переподготовку и (или) повышение квалификации работников; ограничение изменения профиля деятельности унитарного предприятия или назначения отдельных объектов социально-культурного, коммунально-бытового или транспортного обслуживания населения либо прекращение их использования; проведение реставрационных, ремонтных и иных работ в отношении объектов культурного наследия, объектов социально-культурного, коммунально-бытового назначения. Указанный перечень условий конкурса является исчерпывающим.

В случае неисполнения победителем конкурса условий, а также ненадлежащего их исполнения, в том числе нарушения промежуточных или окончательных сроков исполнения таких условий и объема их исполнения, договор купли-продажи государственного или муниципального имущества расторгается по соглашению сторон или в судебном порядке с одновременным взысканием с покупателя неустойки. Размер неустойки уста-

новлен Федеральным законом о приватизации 2001 г. и равен цене этого имущества. Само имущество остается соответственно в государственной или муниципальной собственности, а полномочия покупателя в отношении указанного имущества прекращаются. Помимо неустойки с покупателя также могут быть взысканы убытки, причиненные неисполнением договора купли-продажи, в размере, не покрытом неустойкой.

Далее, об использовании в приватизации такого правового средства, как «золотая акция». Она впервые введена в отечественный понятийный аппарат и практический оборот Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий»¹ в виде особой ценной бумаги, служившей средством сохранения ограниченного контроля государства за деятельностью приватизированных предприятий. «Золотая акция» могла выпускаться при преобразовании в акционерные общества предприятий, приватизация которых разрешалась Правительством РФ или Госкомимуществом. Эти акции находились лишь в государственной собственности, устанавливался запрет на их передачу в залог или траст. По номиналу «золотая акция» приравнивалась к остальным акциям, однако она одна предоставляла ее владельцу на срок до трех лет право вето при принятии собранием акционеров решений по перечисленным в Указе вопросам.

«Золотую акцию» восприняли федеральные законы о приватизации 1997 г. и 2001 г., одновременно существенно изменив ее роль в процессе приватизации. В частности:

а) статус «золотой акции» — ценной бумаги заменен на «золотую акцию» — специальное право участия ее собственника в управлении открытым акционерным обществом (далее — специальное право);

б) уточнены субъекты, могущие принимать решение об использовании специального права. Такое право имеют теперь Правительство РФ и органы государственной власти субъектов Российской Федерации. Органы местного самоуправления по Федеральному закону о приватизации 2001 г. такого права лишены;

¹ САПП РФ. 1992. № 21. Ст. 1731; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 26 марта 2003 г. № 370 // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1229.

в) решение об использовании специального права принимается не произвольно, а в строго ограниченных Федеральным законом о приватизации 2001 г. целях — для обеспечения обороны страны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан. Так, в гл. 6 Государственной программы приватизации от 24 декабря 1993 г. указывалось, что решение о выпуске «золотой акции» принимается при преобразовании в акционерные общества предприятий по производству табачных изделий, оптовой книжной торговли, по производству продуктов детского питания, объектов и предприятий медицинской промышленности, аптекных баз (складов) и баз медицинской техники, а также предприятий и объектов научно-технической сферы химического комплекса, имеющих в своем составе технологические объекты с токсичными веществами 1-го и 2-го классов опасности;

г) решение об использовании специального права («золотой акции») может быть принято при приватизации имущественных комплексов унитарных предприятий или при принятии решения об исключении открытого акционерного общества из перечня стратегических акционерных обществ независимо от количества акций, находящихся в государственной собственности;

д) Российская Федерация и ее субъекты не могут одновременно использовать в отношении одного и того же открытого акционерного общества специальное право («золотую акцию»). В переходных положениях упорядочен и статус «золотой акции». В случае, если на дату вступления в силу Федерального закона о приватизации 2001 г. в отношении одного и того же открытого акционерного общества Российской Федерацией, субъектом РФ или муниципальным образованием принято решение об использовании специального права («золотой акции»), после вступления в силу нового Федерального закона продолжает действовать это специальное право («золотая акция»), введенное Российской Федерацией.

Специальное право («золотая акция») продолжает действовать в случаях преобразования в установленном порядке открытых акционерных обществ в закрытые акционерные общества, в том числе акционерные общества работников (народные предприятия);

е) субъекты, принявшие решение об использовании специального права, назначают своих представителей в совет дирек-

торов (наблюдательный совет) и ревизионную комиссию открытого акционерного общества. Места представителей входят в количественный состав этих органов, но не учитываются при их выборах. Представителями могут назначаться также государственные служащие. Представители могут быть в любое время заменены назначившими их органами;

ж) значительно расширено содержание правомочий собственника «золотой акции» как специального права по сравнению с собственником прежней «золотой акции» как ценной бумаги. Например, не определены никакие предельные сроки действия специального права — оно прекращается только по решению субъектов — Правительства РФ и др., принявших решение о его использовании. Представители этих субъектов в открытом акционерном обществе имеют право налагать вето при принятии общим собранием акционеров решения о внесении изменений и дополнений в устав или об утверждении устава общества в новой редакции, о реорганизации и ликвидации общества, назначении ликвидационной комиссии и об утверждении промежуточного и окончательного ликвидационных балансов; об изменении уставного капитала общества; о заключении указанных в гл. X и XI Федерального закона «Об акционерных обществах» крупных сделок и сделок открытого акционерного общества, в совершении которых имеется заинтересованность;

з) специальное право используется с момента отчуждения из государственной собственности 75% акций соответствующего открытого акционерного общества.

Следует сделать акцент на праве представителей Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований обратиться в суд с иском к члену совета директоров (наблюдательного совета), единоличному исполнительному органу (директору, генеральному директору), члену коллегиального исполнительного органа акционерного общества (правления, дирекции), а равно к управляющей организации (управляющему) о возмещении в соответствии с п. 2 ст. 71 Федерального закона «Об акционерных обществах» убытков.

Практически «золотая акция» является носителем лишь возможности государства активно участвовать в управлении собственностью приватизированных предприятий, и эта возможность постепенно свертывается. В частности, Правительство РФ ни разу (по состоянию на 1 марта 2006 г.) правом, закрепленным в принадлежащих государству акциях, реально не вое-

пользовалось, а 20 февраля 2006 г. приняло распоряжение № 216-р об отказе государства от участия в управлении посредством «золотой акции» в 36 крупнейших открытых акционерных обществах — лесопромышленных, металлургических и др.¹

Вместе с тем практика последних лет свидетельствует о том, что государство пока не намерено отказываться от права участвовать в управлении общей собственностью, где определенная доля принадлежит ему. Это право обеспечивается, в частности, п. 3 ст. 77 Федерального закона «Об акционерных обществах», устанавливающим государственный финансовый контроль за сделками обществ, в которых владельцем более 2% голосующих акций являются государство и (или) муниципальное образование. В конце 2005 г. Федеральное Собрание приняло федеральный закон об исключении указанной нормы из ст. 77, тем самым предоставив возможность обществам совершать сделки с имуществом по своему единоличному усмотрению. Президент РФ наложил на данный федеральный закон вето, признав отмену государственного контроля необоснованной.

Наконец, о распределении денежных средств от продажи имущества. Денежные средства, полученные от приватизации федерального имущества, имущества субъектов РФ и муниципальных образований, за вычетом расходов на организацию и проведение приватизации, подлежат перечислению соответственно в федеральный бюджет, бюджеты субъектов РФ и местные бюджеты. Размер и виды затрат на организацию и проведение приватизации федерального имущества устанавливаются Правительством РФ, а имущества, находящегося в собственности субъектов РФ и муниципальных образований, — соответственно органами государственной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления (см. гл. VI Федерального закона о приватизации 2001 г.).

Стадией, завершающей работу по подготовке государственного и муниципального имущества к продаже, является принятие решения об условиях его приватизации. В отношении федерального имущества решение принимает Правительство РФ. В нем концентрированно излагаются итоги предыдущих стадий: указываются сведения о наименовании и составе имущества, способе приватизации и нормативной цене и иная необходимая для приватизации информация. Порядок принятия решения об

условиях приватизации соответственно государственного и муниципального имущества органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления определяют самостоятельно.

Кстати, о цене. Федеральный закон о приватизации 2001 г. закрепил совершенно иной, трехступенчатый механизм определения цены подлежащего приватизации государственного и муниципального имущества. Сначала исчисляется нормативная цена имущества — та минимальная цена, по которой возможно отчуждение этого имущества. Порядок ее исчисления определяет Правительство РФ. Правила определения нормативной цены подлежащего приватизации государственного или муниципального имущества утверждены постановлением Правительства РФ от 14 февраля 2006 г. № 87¹. Затем обычно подключаются независимые оценщики, действующие на основании законодательства об оценочной деятельности. Они представляют отчет об оценке имущества. На его основе устанавливается начальная цена, по которой имущество выставляется на продажу. И последнее: цена, которая складывается непосредственно на рынке при продаже имущества.

После прохождения вышеназванных стадий, назовем их подготовительными, наступает одна из последних — *организация продажи имущества*. Главное здесь — гласность, обеспечение потенциальных покупателей объективной, достоверной и доступной информацией о продаваемом имуществе.

Федеральный закон о приватизации 2001 г. установил несколько каналов открытости и гласности как предпродажной работы, так и самих приватизационных сделок. Во-первых, прогнозный план (программа) приватизации федерального имущества, отчет о выполнении прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества за прошедший год, а также решения об условиях приватизации государственного или муниципального имущества подлежат опубликованию в установленном порядке в официальных изданиях.

Во-вторых, информационное сообщение о продаже государственного и муниципального имущества должно быть опубликовано не менее чем за 30 дней до дня осуществления продажи указанного имущества, если иное не предусмотрено самим названным Федеральным законом. При этом в данном Федераль-

ном законе приведен весьма многообразный набор помещаемых в информационном сообщении сведений, насчитывающий многие десятки различных показателей. В информационном сообщении указывается также место, где покупатели могут ознакомиться с другими сведениями, не содержащимися в сообщении.

В-третьих, еще до опубликования информационного сообщения, а со дня приема заявок лицо, желающее приобрести государственное или муниципальное имущество, имеет право предварительного ознакомления с информацией о подлежащем приватизации имуществе.

В-четвертых, обязательному опубликованию в средствах массовой информации подлежит информация о результатах сделок приватизации не позднее месяца со дня их совершения. При этом обязательно указываются наименование имущества, цена сделки и покупатель.

5. На завершающей стадии процесса приватизации между продавцом государственного и муниципального имущества и покупателем заключается договор купли-продажи, регулируемый нормами ГК РФ и Федерального закона о приватизации 2001 г. *Особенность приватизационного договора* по сравнению с другими договорами купли-продажи — множественность установленных указанным Федеральным законом обязательных условий: сведения о сторонах договора; наименование, место нахождения, состав и цена государственного и муниципального имущества; количество акций открытого акционерного общества, их категория и стоимость; порядок и срок передачи государственного или муниципального имущества в собственность покупателя; форма и сроки платежа за приобретенное имущество; обязательства покупателя по его использованию; инвестиционные и (или) социальные условия, в соответствии с которыми указанное имущество было приобретено покупателем; порядок подтверждения покупателем выполнения таких условий; порядок осуществления покупателем полномочий в отношении указанного имущества до перехода к нему права собственности на указанное имущество; сведения о наличии обременения на недвижимое имущество, сохраняемого при переходе прав на указанные объекты, и др.

При приватизации отдельных объектов на покупателей возлагаются специальные обязанности. Так, постановлением Правительства РФ от 16 декабря 2002 г. № 894 утверждено Положение о подготовке и выполнении охранных обязательств при

приватизации объектов культурного наследия¹. Положением установлены требования к подготовке, содержанию и выполнению охранных обязательств при приватизации таких объектов.

Не требуется заключения отдельного договора купли-продажи в случае приватизации имущества по договору аренды с правом выкупа, если все обязательные условия купли-продажи, предусмотренные законом, содержатся в договоре аренды.

6. В случае, если приватизация осуществлялась с нарушением законодательства, а также условий договоров купли-продажи, в судебном порядке могут быть предъявлены иски о расторжении сделок приватизации, признании указанных сделок недействительными, применении последствий недействительности ничтожной сделки, привлечении к ответственности виновных лиц. *Основанием для признания сделок приватизации государственного или муниципального имущества недействительными является нарушение положений Федерального закона о приватизации 2001 г., иных нормативных правовых актов, устанавливающих порядок приватизации государственного или муниципального имущества.*

Однако в Федеральном законе о приватизации 2001 г. нет особой статьи о специальных основаниях недействительности сделок приватизации, подобной ст. 29 Федерального закона о приватизации 1997 г. В последней перечислялись такие, например, основания: использование при приватизации государственного или муниципального имущества незаконных средств платежа; наличие сговора между продавцом имущества и покупателем, в том числе о занижении цены такого имущества; предоставление покупателю льгот и преимуществ перед другими покупателями.

Отдельные нормы права, устанавливающие условия, когда приватизационные сделки признаются ничтожными, имеются в Федеральном законе о приватизации 2001 г. Такие последствия наступают, скажем, в случаях, если будет установлено, что покупатель государственного или муниципального имущества не имел законного права на его приобретение; сделки по приватизации государственного или муниципального имущества совершены лицами, не уполномоченными на их совершение.

В целом же Федеральный закон о приватизации 2001 г. ориентирует на то, что при решении вопроса о недействитель-

¹ СЗ РФ. 2003. № 51. Ст. 5086.

ности приватизационных сделок надо руководствоваться общими требованиями об основаниях и последствиях недействительности сделок, предусмотренных гл. 9 «Сделки» ГК РФ, в частности ее ст. 166—181. Право на предъявление исков о признании приватизационных сделок недействительными имеют все заинтересованные в ней лица, в первую очередь продавцы и покупатели.

7. Механизм признания сделок недействительными не имеет ничего общего с пересмотром результатов приватизации, о чем периодически возникают дискуссии среди политиков и в средствах массовой информации. Речь идет только о необходимом реагировании на конкретные случаи нарушений приватизационного законодательства, о восстановлении законности в этой важной сфере предпринимательских отношений.

До последнего времени средства массовой информации сообщают о многочисленных фактах якобы незаконной распродажи за бесценок приватизируемых предприятий и государственных пакетов акций уже приватизированных предприятий, например таких гигантов отечественной индустрии, как Балахнинский целлюлозно-бумажный комбинат «Волга», Братский лесопромышленный комплекс, Славнефть. Ради социального спокойствия общество по всем подобным фактам вправе знать действительное положение дел, а государство обязано его информировать: или о том, что факты не соответствуют действительности, или о принятых мерах по устранению допущенных правонарушений и их последствий и о понесенной виновными юридической ответственности.

Обращает на себя внимание опасная практика, когда в регионах пересмотра результатов давно проведенной приватизации добиваются не из-за допущенных нарушений законодательства, а передел собственности затевается в связи с приходом к власти новой администрации¹.

Контроль за приватизацией федерального имущества осуществляет Правительство РФ. В Федеральном законе о приватизации 2001 г. включена очень важная для общества, государства и всех граждан ст. 42 о защите прав государства и муниципальных образований как собственников имущества. Необходи-

¹ См. об этом, например: *Торопов А.* Комическая экономика. В Республике Коми спохватились: приватизация проведена не так, как надо // Российская газета. 2002. 24 дек.

мость подобных норм давно уже назрела. Практика почти повсеместно свидетельствует о крайне низкой эффективности использования публичной собственности, в том числе в ходе ее приватизации.

Правительство РФ и иные причастные к приватизации федерального имущества федеральные органы исполнительной власти и специализированные государственные учреждения, а также органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления обязаны обращаться в суды и выступать в судах соответственно от имени России, ее субъектов и муниципальных образований в защиту имущественных и иных прав и законных интересов этих субъектов. Особо подчеркнута необходимость Правительству, уполномоченному федеральному органу исполнительной власти обращаться в суд с исками в защиту государственных интересов.

8. В вопросе о признании сделок, в том числе приватизационных, недействительными принципиальное значение имеет исковая давность — срок, в течение которого может быть подано в суд заявление об этом. Общий срок исковой давности — три года. Ранее ГК РФ к ничтожным сделкам, т. е. к тем, в частности, что противоречат требованиям законов и иных нормативных актов, заключены с целью, противной основам правопорядка и нравственности, устанавливался более длительный срок исковой давности — 10 лет. Он распространялся и на приватизационные сделки, заключенные с нарушением законов и иных нормативных правовых актов, действовавших в момент совершения сделок.

Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 109-ФЗ¹ на ничтожные сделки распространен общий трехлетний срок исковой давности. Тем самым правонарушители по статусу, по сути, приравнены к правопослушным лицам, с чем трудно согласиться. Сокращение срока давности по ничтожным сделкам — в гражданском праве, отмена в начале XXI в. конфискации имущества за многие преступления — в праве уголовном лишили граждан, общество и само государство эффективных правовых средств защиты своих законных интересов, возмещения причиненных им убытков. Федеральным законом от 27 июля 2006 г. УК РФ дополнен гл. 15¹ «Конфискация имущества», предусматривающей возобновление принудительного безвозмездного

обращения по решению суда в собственность государства имущества лиц, виновных в совершении ряда тяжких преступлений.

9. В проведении приватизации не до конца решены проблемы, перешедшие от прошлых лет разгосударствления, и возникли новые, современные. Вот некоторые из них:

а) все еще имеют место факты, когда приватизация проводится с нарушением ее принципов и процесса — равенства покупателей, гласности, возмездности. Самое опасное здесь — проявления коррупции, когда собственниками незаконно становятся лица, занимающие высокие должности в государственном аппарате и использующие их в корыстных целях;

б) коренным образом изменилась ситуация в приватизационном секторе рынка. Быстро и подчас за бесценок были приватизированы высокодоходные объекты публичной собственности. Сейчас же на продажу по несколько раз выставляются, на что тратится много времени и средств, неликвидное имущество, убыточные предприятия, мелкие пакеты акций — до 25% их общего объема, приобретая которые их собственник не в состоянии оказывать влияние на владение, пользование и распоряжение имуществом. В результате плановые задания по приватизации остаются нереализованными. В 2003 г. из выставленных на продажу 970 федеральных предприятий приватизировано 630, в 2004 г. из 1374 — всего 575. К середине 2005 г. в собственности государства насчитывалось 8293 федеральных предприятия, которые намечено приватизировать к 2008 г. В 2005 г. следовало продать 1,7 тыс. объектов. План 2005 г. по доходам от приватизации выполнен на 79,8%. В настоящее время около 80% продаваемого государственного имущества составляют неликвиды. Заслуживают внимания предложения о том, чтобы не пользующееся спросом имущество сразу выставлялось на продажу путем публичного предложения либо без объявления цены, и о переходе к утверждению федеральных среднесрочных планов (программ) приватизации на три года вместо нынешних ежегодных. Правительство Москвы в июне 2005 г. утвердило такую программу приватизации городских предприятий на 2005—2007 годы;

в) высказаны небесспорные предложения о распространении приватизации на объекты культурного наследия. Многие памятники истории, в том числе в Москве и Санкт-Петербурге, разрушаются, а государство не имеет средств для их реставрации. Передавать памятники в частные руки планируется с усло-

вием сохранения внешнего вида и свободного доступа к ним посетителей. Обсуждается вопрос о возможности приватизации театров, музеев и лесов (лесных участков).

Идеи приватизации дошли до науки. В составе Российской академии наук насчитывается около 3 тыс. организаций. И опять-таки для содержания всех их у государства нет средств. Намечается часть научных организаций приватизировать с обязательным сохранением их научного профиля;

г) вместе с тем руководители отдельных частных коммерческих организаций, созданных в ходе приватизации федеральных предприятий, обращаются во властные органы с просьбой деприватизировать эти организации, т. е. вернуть в состав государственной собственности, на том основании, что после приватизации их эффективность упала — снизилась производительность труда, выросла задолженность перед кредиторами, усилилась социальная напряженность в трудовых коллективах и т. п. При необходимости деприватизация проводится по инициативе самого государства. Так, в июне 2006 г. государство вернуло в свою собственность контрольный пакет акций компании «Атомстройэкспорт», которая занималась строительством АЭС за рубежом. Но в частной собственности продолжает оставаться завод «Атоммаш», производивший реакторы для АЭС. После приватизации завод был перепрофилирован на выпуск другой продукции, хотя сейчас в связи с восстановлением атомной отрасли такие реакторы стране крайне нужны.

10. Важные политические установки о применении действующего приватизационного законодательства и перспективах его совершенствования даны в Бюджетном послании Президента РФ «О бюджетной политике в 2007 году»:

получение единовременных доходов не должно быть единственной целью приватизации государственного и муниципального имущества. В первую очередь она должна способствовать структурным изменениям в соответствующих секторах экономики, позволяющим рассчитывать на получение позитивного экономического, социального и бюджетного эффекта;

в кратчайшие сроки следует законодательно урегулировать вопрос о снижении выкупной цены земельных участков под объектами, находящимися в частной собственности;

назрела необходимость упрощения процедуры приватизации унитарных предприятий.

Тема 8

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ДОГОВОР - ОСНОВНАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ФОРМА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Договор в системе оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей предпринимателей.

§2. Понятие, значение и нормативная основа договора. §3. Заключение, изменение и расторжение договора. §4. Обеспечение исполнения договоров. §5. Расчеты в договорных и иных предпринимательских отношениях

§ 1. Договор в системе оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей предпринимателей

1. Права и обязанности предпринимателя, о которых говорилось в предыдущих темах, можно рассматривать как конкретную норму (правило поведения), зафиксированную в каком-либо официальном документе (законе, указе, постановлении) или существующую иным образом. Из возможности права и обязанности превращаются в действительность лишь при наличии необходимых для этого оснований. Именно тогда права и обязанности «оживают», начинают действовать, двигая собой весь механизм правового регулирования предпринимательства. Толчком к началу движения служит юридический факт, т. е. какое-то жизненное обстоятельство, некая данность. От обычных фактов он отличается тем, что его наличием гражданское законодательство обуславливает наступление определенных последствий: возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

2. Юридических фактов — бесчисленное множество. Они столь же разнообразны в своих проявлениях, как сама жизнь. *Все юридические факты делятся на две группы. Первую и самую многочисленную составляют действия, т. е. сознательные волевые поведенческие акты хозяйствующих субъектов, иных у част-*

никое социального общения. Они, в свою очередь, подразделяются на два вида.

Первый вид — это действия, которые прямо предусмотрены, «поименно» названы в федеральных законах, указах Президента РФ или постановлениях Правительства РФ именно как основания возникновения гражданских прав и обязанностей. Перечень действий, наиболее часто встречающихся и приближающихся к исчерпывающему в предпринимательской практике, приведен, в частности, в ст. 8 ГК РФ. По сравнению с перечнем, имевшимся в прежнем гражданском законодательстве, он значительно дополнен, уточнен, осовременен, приведен в соответствие с формируемой рыночной экономикой.

Гражданские права и обязанности, согласно ст. 8 ГК РФ, возникают вследствие следующих действий:

а) *из договоров и иных сделок.*

Среди действий, влекущих возникновение гражданских прав и обязанностей, сделкам вполне обоснованно отводится первое место. Сделки же в предпринимательской деятельности сводятся главным образом, а то и исключительно к договорам;

б) *из актов государственных органов и органов местного самоуправления.*

Основанием возникновения гражданских прав и обязанностей служат не любые акты этих органов, а лишь те, которые в качестве такого основания предусмотрены федеральным законом. Президент РФ и Правительство РФ издавать подобные акты не вправе. Так, только с момента государственной регистрации предпринимательская организация считается созданной; виды предпринимательской деятельности, подлежащие лицензированию, можно осуществлять лишь с момента получения лицензии; право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации. Если в результате издания акта государственного органа исполнение обязательств становится невозможным полностью или частично, обязательство прекращается полностью или в соответствующей части. Стороны, понесшие в результате этого убытки, вправе требовать их возмещения.

Возникновение многих гражданских прав и обязанностей обусловлено решениями федеральных антимонопольных органов, о чем будет сказано в теме 10. Ненормативные акты государственного органа или органа местного самоуправления, а в

случаях, предусмотренных законом, также нормативные акты, не соответствующие закону или иным правовым актам и нарушающие гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, могут быть признаны судом недействительными. В этом случае нарушенное право подлежит восстановлению либо защите иными способами, предусмотренными ст. 12 ГК РФ;

в) из судебных решений, установивших гражданские права и обязанности.

Например, владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляются по соглашению всех ее участников, а при недостижении согласия — в порядке, устанавливаемом судом. При недостижении участниками долевой собственности соглашения о способе и условиях раздела общего имущества или выдела доли одного из них участник долевой собственности вправе в судебном порядке требовать выдела в натуре своей доли из общего имущества. Если выдел доли в натуре не допускается законом или невозможен без несоразмерного ущерба имуществу, находящемуся в общей собственности, выделяющийся собственник имеет право на выплату ему стоимости его доли другими участниками долевой собственности. В предпринимательской практике подобные решения принимаются арбитражным судом, например, по итогам разбирательства конфликтов с участием хозяйствующих субъектов при заключении и исполнении договоров и по иным поводам;

г) в результате приобретения имущества по основаниям, допускаемым законом.

Так, в ст. 218 ГК РФ перечислены основания приобретения права собственности. Право собственности на имущество, которое имеет собственник, может быть приобретено другим лицом на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества. Право собственности на новую вещь, изготовленную или созданную лицом для себя с соблюдением закона и иных правовых актов, приобретается этим лицом. В случае смерти гражданина, в том числе индивидуального предпринимателя, право собственности на принадлежавшее ему имущество переходит по наследству к другим лицам в соответствии с завещанием или законом. В случае реорганизации юридического лица право собственности на принадлежавшее ему имущество переходит к юридическим лицам — правопреемникам реорганизованного юридического лица. Член жилищного,

жилищно-строительного, дачного, гаражного или иного потребительского кооператива, другие лица, имеющие право на паенакопления, полностью внесшие свой паевой взнос за квартиру, дачу, гараж, иное помещение, предоставленное этим лицам кооперативом, приобретают право собственности на указанное имущество. Поступления, полученные в результате использования имущества (плоды, продукция, доходы), принадлежат лицу, использующему это имущество на законном основании, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором об использовании этого имущества. Основания приобретения имущества на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления указаны в гл. 19 ГК РФ;

д) *в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности*. Это основание было подробно рассмотрено в теме 5 «Объекты гражданских прав предпринимателей»;

е) *вследствие причинения вреда другому лицу*.

Вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. Законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда. Лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Законом может быть предусмотрено возмещение вреда и при отсутствии вины причинителя вреда;

ж) *вследствие неосновательного обогащения*.

Лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение). Из приведенного правила установлены исключения. Не подлежат возврату в качестве неосновательного обогащения:

имущество, переданное во исполнение обязательства до наступления срока исполнения, если обязательством не предусмотрено иное;

имущество, переданное во исполнение обязательства по истечении срока исковой давности;

заработная плата и приравненные к ней платежи, пенсии, пособия, стипендии, возмещение вреда, причиненного жизни

или здоровью, алименты и иные денежные суммы, предоставленные гражданину в качестве средства к существованию, при отсутствии недобросовестности с его стороны и счетной ошибки;

денежные суммы и иное имущество, предоставленные во исполнение несуществующего обязательства, если приобретатель докажет, что лицо, требующее возврата имущества, знало об отсутствии обязательства либо предоставило имущество в целях благотворительности.

Второй вид действий граждан и юридических лиц (включая хозяйствующих субъектов), влекущих возникновение гражданских прав и обязанностей, — те, которые не предусмотрены ни федеральными законами, ни иными правовыми актами. Они порождают гражданские права и обязанности в силу общих начал и смысла гражданского законодательства. Более подробно эти вопросы изложены в теме 3 «Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности». Здесь же лишь дополним, что суды, другие государственные органы и органы местного самоуправления не вправе отказать в правовой защите действий хозяйствующего субъекта, ссылаясь на то, что они федеральными законами, иными правовыми актами не причислены к основаниям возникновения гражданских прав и обязанностей.

Действия, которые запрещены законом, защитой не пользуются. Согласно ст. 10 ГК РФ отказ в защите права допускается в случаях, когда материалы дела свидетельствуют о совершении гражданином или юридическим лицом действий, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом, в частности действий, имеющих своей целью причинить вред другим лицам. В мотивировочной части соответствующего решения судом должны быть указаны основания квалификации действий истца как злоупотребления правом.

3. *Вторую группу юридических фактов составляют события.* Они отличаются от юридических фактов-действий двумя признаками. Во-первых, события происходят независимо от воли и сознания людей, в том числе участников предпринимательских отношений. Во-вторых, качество юридического факта приобретают далеко не все события, а только те из них, с которыми федеральные законы, указы Президента РФ и постановления Правительства РФ прямо связывают наступление определенных гражданско-правовых последствий.

События, подобно действиям, также подразделяются на два вида. Наступление одних событий детерминировано естественным поступательным ходом жизни как объективным процессом. Скажем, с достижением 18-летнего возраста наступает полная предпринимательская дееспособность; действие доверенности прекращается с истечением времени, на которое она была выдана, и т. д.

Другие события есть следствие экстраординарных происшествий. Они наступают не только независимо от воли и сознания людей, от нормального хода жизнедеятельности общества, но и вопреки им. Как правило, такого рода события не поддаются предвидению, прогнозированию, а случаются внезапно, скажем, наводнения, землетрясения, засуха и т. п. стихийные бедствия.

По общему правилу лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее их ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности). Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

В отношении хозяйствующих субъектов это правило не действует. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность без вины. Но предприниматель освобождается от ответственности, если докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т. е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Попутно заметим: к таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

Между тем срывы договорных обязательств по этим причинам чрезвычайно распространены в хозяйственной практике. Подобные негативные проявления утвердились еще в годы советской власти. Нередко срыв обязательств одним только предприятием порождает длинную цепочку неисполнительности, в которую оказываются вовлеченными десятки хозяйствующих субъектов. Однако действующее законодательство

строго стоит на позиции, что ссылка на недисциплинированность других не может служить оправданием собственной недисциплинированности. Каждый предприниматель, оказавшийся в подобной связке, несет свою долю ответственности перед контрагентами.

К сожалению, данное обстоятельство часто не принимается во внимание, и предприниматели пытаются уйти от ответственности за неисполнение договора, ссылаясь именно на нарушение договорных обязательств партнерами. В арбитражных судах их доводы, естественно, не находят поддержки, в результате чего предприниматели несут дополнительные убытки в виде возросших неустоек, возмещения судебных расходов и т. п.

§ 2. Понятие, значение и нормативная основа договора

1. *Договор интегрирует в себе два крупнейших гражданско-правовых института: сделки и обязательства.* Государственная власть, используя механизм правового принуждения, подчеркивается в Послании Президента РФ 1997 г., должна быть гарантом законности сделок и выполнения взаимных обязательств хозяйствующих субъектов.

Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, включая хозяйствующих субъектов, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Сделки могут быть односторонние или двух- и многосторонние. Односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, актами Президента РФ и Правительства РФ или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Односторонняя сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку. Она может создавать обязанности для других лиц лишь в случаях, установленных законом либо соглашением с этими лицами. В последнем случае сделка фактически становится двусторонней. Односторонние сделки встречаются крайне редко. Типичным их примером может служить завещание — волеизъявление гражданина по распоряжению принадлежащим ему имуществом на случай смерти. Завещание должно быть совершено лично. Совершение завещания через представителя не допускается. К односторонним сделкам относят **иногда** и доверенность (письменное полномочие, выдаваемое одним лицом другому

лицу для представительства перед третьими лицами), что представляется спорным. Оформление доверенности, как правило, предполагает согласие лица, которому она выдается.

Двух- или многосторонняя сделка и есть договор. Для его заключения необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка). Поэтому к договору в полном объеме применяются правила гл. 9 «Сделки» ГК РФ, относящиеся к двух- и многосторонним сделкам. В частности, на гражданско-правовые договоры распространяются положения о форме сделок, о государственной регистрации сделок, об основаниях и последствиях признания сделок недействительными.

Из сказанного следует: прежде чем изучать законы и иные правовые акты, научную литературу и учебники, где излагаются нормы о гражданско-правовых договорах, необходимо тщательно ознакомиться с нормативно-правовыми актами и литературой о сделках.

2. *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.* Обязательства возникают из различных оснований, например вследствие причинения вреда или неосновательного обогащения. Но самое распространенное основание — обязательства, вытекающие из договора.

Односторонние или взаимные обязательства присутствуют в каждом договоре. Так, ни один хозяйствующий субъект не в состоянии осуществлять предпринимательскую деятельность без использования договора купли-продажи. По этому договору одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену). По договору аренды (имущественного найма) арендодатель (наимодатель) обязуется предоставить арендатору (нанимателю) имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование. По договору перевозки груза перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату. По

договору перевозки пассажира перевозчик обязуется перевезти пассажира в пункт назначения, а в случае сдачи пассажиром багажа также доставить багаж в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение багажа лицу; пассажир обязуется уплатить установленную плату за проезд, а при сдаче багажа — и за провоз багажа.

Итак, познанию непосредственно договоров должно предшествовать изучение не только сделок, но и общих положений о гражданско-правовых обязательствах (гл. 21—26 ГК РФ). Эти положения не применяются к обязательствам, возникшим из договора, лишь в случаях, предусмотренных общими правилами о договоре и правилами об отдельных видах договоров.

3. Договор есть универсальная общепринятая форма обмена, применяемая на всех уровнях и ко всем товарам легального рынка.

Ряд конкретных факторов определяет особое значение договоров для современной российской предпринимательской практики. Прежде всего, это характер реформируемой экономики. При прежней командно-бюрократической системе управления договоры в экономических отношениях были оттеснены далеко на задний план. Первенствовали обязательные планы, наряды, фонды. Для свободного усмотрения хозяйственников места оставалось крайне мало. Сейчас договор стал основным регулятором экономических связей, что потребовало глубокой психологической перестройки хозяйствующих субъектов.

Граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством. Принуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения под угрозой применения насилия, уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно распространения сведений, которые могут причинить существенный вред правам и законным интересам потерпевшего или его близких, при отсутствии признаков вымогательства есть уголовное преступление, предусмотренное ст. 179 УК РФ. За него установлено наказание в виде лишения свободы на срок до 10 лет.

Далее, распад СССР вызвал разрыв прежних хозяйственных связей между предприятиями, оказавшимися на территории различных, ставших суверенными государств. Единственным инструментом восстановления и поддержания утраченных связей является договор. Еще один фактор связан с самостоятель-

ным выходом хозяйствующих субъектов на международный рынок. И опять-таки единственной правовой формой, опосредующей их внешнеэкономические связи, является договор. Никакие межгосударственные и межправительственные соглашения России с иностранными государствами не будут действительны, если их не подкрепить двух- и многосторонними сделками наших отечественных предпринимателей с зарубежными партнерами.

Постоянно действующим фактором неослабевающего значения договора является крайне необходимая и ничем другим не заменимая возможность предельно конкретизировать, уточнить взаимные права, обязанности и ответственность сторон, вступающих в рыночные, предпринимательские отношения. Только договор позволяет учесть особенности: сторон — участников экономических отношений (личные качества предпринимателей, разовый, временный или постоянный характер их связей и т. п.), предмета договора, территории, места выполнения прав и обязанностей сторон (север, юг, средняя полоса, Дальний Восток, национальный состав населения, его традиции, обычаи), транспортной системы (наличие железных дорог, использование автомобилей, самолетов, морских и речных судов), времени года (лето, зима...) и т. д.

К сожалению, предпринимательская практика свидетельствует об очень низком уровне работы хозяйствующих субъектов с гражданско-правовыми договорами. Договоры часто бывают чрезвычайно краткими по объему (1,5—2 странички текста) и неконкретными, невразумительными по содержанию, что порождает многочисленные конфликты в процессе их исполнения, дестабилизирует рыночные отношения. Низкое качество договоров подчас не дает возможности арбитражным судам, разбирающим подобные споры, вынести законное и справедливое решение, осуществить защиту того предпринимателя, который по праву нуждается в ней.

4. *Содержание договора составляют его условия*, в которых определяются права, обязанности и ответственность сторон. Они излагаются, в зависимости от объема и сложности договора, в отдельных разделах, пунктах. От формулировки условий и зависит качество договора. Условия не есть что-то произвольное, каждый раз заново придумываемое сторонами при заключении конкретного договора. В основе договорных отношений лежит нормативное регулирование их условий. Именно оно по-

зволяет хозяйствующим субъектам планировать свою предпринимательскую деятельность, предвидеть поведение своих партнеров, руководствующихся теми же социальными нормами, и, исходя из тех же социальных норм, адекватно реагировать на него.

Условия договора подразделяются на две группы: существенные и иные, несущественные (случайные, обычные). Особого внимания заслуживают **существенные условия**.

Договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Условия, которые обладают качеством существенных, названы в ст. 432 ГК РФ. Они фиксируют три положения любого договора, а именно:

а) абсолютно для всех договоров существенным является указание на его предмет. Здесь строго действует принцип: нет предмета — нет и договора, о чем бы ином в нем ни говорилось. Предметом договора могут выступать товары, работы, услуги с совершенно различными, сходными или полностью совпадающими количественными и качественными характеристиками. Самое главное — адекватно отразить, максимально полно изложить в тексте все параметры предмета, с тем чтобы они одинаково оценивались не только сторонами договора, но и другими лицами, могущими иметь отношение к этому договору. Здесь надо использовать все, что говорилось в теме «Объекты гражданских прав предпринимателей» о правовом измерении вещей. Более чем уместны бывают ссылки в договоре на стандарты (государственные, отраслевые, предприятий), подтвержденные выписками из соответствующих стандартов; приложение к договору образцов его предмета (сырья, материалов и т. п.).

В законах и иных правовых актах нередко даются сторонам безальтернативные указания или рекомендации о том, каким критериям должен отвечать предмет тех или иных договоров. Например, в аренду могут быть переданы земельные участки и другие обособленные природные объекты, предприятия и другие имущественные комплексы, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другие вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования (непотребляемые вещи). В договоре аренды должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить имущество, подлежащее передаче арендатору в качестве объекта аренды. При отсутствии

этих данных в договоре условие об объекте, подлежащем передаче в аренду, считается не согласованным сторонами, соответствующий договор не считается заключенным.

Новым для российской предпринимательской практики является договор финансовой аренды (договор лизинга), по которому арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей. Предметом договора финансовой аренды могут быть любые непотребляемые вещи, используемые для предпринимательской деятельности, кроме земельных участков и других природных объектов. Предметом договора контрактации может быть лишь сельскохозяйственная продукция, выращенная ее производителем;

б) к существенным относятся условия, которые названы в законе или нормативных актах Президента РФ и Правительства РФ именно как существенные или необходимые для договоров данного вида. Например, совершенно новым для нашего отечественного предпринимательства является доверительное управление имуществом.

По договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя). Объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы, отдельные объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, ценные бумаги, права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами, исключительные права и другое имущество.

Доверительным управляющим может быть индивидуальный предприниматель или коммерческая организация, за исключением унитарного предприятия. В случаях, когда доверительное управление имуществом осуществляется по основаниям, предусмотренным законом, доверительным управляющим может быть гражданин, не являющийся предпринимателем, или некоммерческая организация, за исключением учреждения.

В договоре доверительного управления имуществом должны быть указаны следующие существенные условия: состав имущества, передаваемого в доверительное управление; наименование

юридического лица или имя гражданина, в интересах которых осуществляется управление имуществом (учредителя управления или выгодоприобретателя); размер и форма вознаграждения управляющему, если выплата вознаграждения предусмотрена договором; срок действия договора.

Для российской предпринимательской практики сравнительно новым делом является продажа недвижимого имущества (земельных участков, зданий, сооружений, квартир и др.)- Статья 555 ГК РФ установила, что договор продажи недвижимости должен предусматривать цену этого имущества. При отсутствии в договоре согласованного сторонами в письменном виде условия о цене недвижимости договор о ее продаже считается незаключенным. Существенные условия договора страхования поставлены в зависимость от того, какие интересы страхуются.

При заключении договора имущественного страхования между страхователем и страховщиком должно быть достигнуто соглашение об определенном имуществе либо ином имущественном интересе, являющемся объектом страхования; о характере события, на случай наступления которого осуществляется страхование (страхового случая); о размере страховой суммы; о сроке действия договора. При заключении договора личного страхования между страхователем и страховщиком должно быть достигнуто соглашение о застрахованном лице; о характере события, на случай наступления которого в жизни застрахованного лица осуществляется страхование (страхового случая); о размере страховой суммы; о сроке действия договора;

в) существенными являются все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Значение приведенной нормы для хозяйствующих субъектов двояко. Во-первых, она создает безграничный простор для их инициативной творческой предпринимательской деятельности, достижения гармонии в рыночных отношениях. Во-вторых, данная норма служит юридической гарантией свободы договора. Никто никому не может навязать свою волю, все спорные вопросы решаются путем переговоров, выдвижением и обсуждением встречных условий, достиганием консенсуса.

5. К договорным отношениям применяются самые различные правовые и иные социальные нормы. Для правильного оперирования ими в предпринимательстве (при заключении, исполнении, изменении и т. д. договоров) следует учитывать их юриди-

ческую силу, реальную возможность регулировать поведение сторон, а также необходимо уметь пользоваться механизмом превращения предусмотренной нормами возможности в действительность, в фактические договорно-предпринимательские отношения. *По критерию приоритетности применения к договорным отношениям эти нормы можно распределить по трем уровням.*

Первый — императивные нормы права, т. е. обязательные для сторон правила, установленные законами и иными правовыми актами, действующими на момент заключения договора, и определяющие условия некоторых договоров. Условия договора должны соответствовать этим императивным нормам, иначе он будет признан недействительным. Таких норм немного. Их примеры приводились выше при характеристике существенных условий договора.

Предпринимательские договоры, как правило, рассчитаны на длительный срок. За это время заложенные в них императивные нормы законодатель может изменить. Возникает вопрос: должны ли соответственно меняться условия договора? Действующее законодательство твердо стоит на позиции стабильности договоров. Если закон, принятый после заключения договора, устанавливает иные обязательные для сторон правила, чем те, которые действовали при заключении договора, то условия заключенного договора сохраняют силу. Исключения из данного правила допускаются лишь в случаях, когда в самом законе установлено, что его действие распространяется и на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Второй уровень — диспозитивные нормы права. В отличие от императивной диспозитивная норма применяется лишь постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное. Стороны своим соглашением могут установить условия, отличные от предусмотренных в указанной норме, либо вообще ничего не сказать об этих условиях, и тогда будет действовать диспозитивная норма. Таких норм — подавляющее большинство, ими буквально пестрит ГК РФ.

Например, если иное не предусмотрено договором контрактации, заготовитель обязан принять сельскохозяйственную продукцию у производителя по месту ее нахождения и обеспечить ее вывоз. Имущество сдается в аренду вместе со всеми его принадлежностями и относящимися к нему документами (техническим паспортом, сертификатом качества и т. п.), если иное не

предусмотрено договором. Имущество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства. Собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законом или договором. Риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено договором или законом. Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором, и т. д.

Третий уровень — обычаи делового оборота. Применение обычаев делового оборота широко распространено во внешне-торговых сделках. Постепенно они внедряются и во внутрисоссийские договорные отношения. Обычаи делового оборота могут применяться к договорным отношениям в случаях, когда соответствующие условия договора не определены ни императивной нормой, ни соглашением сторон, ни **диспозитивной** нормой. Так, в договоре может быть предусмотрено, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. В случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота.

6. Система договорных отношений постоянно развивается под влиянием запросов практики экономических, прежде всего предпринимательских, отношений. Изменения, внесенные в договорные отношения частью второй ГК РФ, обусловлены коренными переменами в экономической, социальной, политической и духовной сферах общества:

а) закреплены новые виды договоров, которые ранее не были известны нашему законодательству. В частности, договоры продажи недвижимости, продажи предприятий, постоянной и пожизненной ренты, аренды предприятий, финансовой аренды (лизинг), финансирования под уступку денежного требования (факторинг), агентский договор, доверительного управления имуществом (его не надо смешивать с договорными отношениями по поводу доверительной собственности — трастом), коммерческой концессии (франчайзинг);

б) произошло выделение новых видов договоров из ранее узаконенных. Например, как самостоятельные **виды** ныне оп-

ределены договоры на выполнение научно-исследовательских и технологических работ, договор на оказание возмездных услуг, договор транспортной экспедиции;

в) осуществлена углубленная систематизация ряда давно применяемых на практике и получивших закрепление в ранее действовавшем законодательстве договоров. В них структурно выделены общие положения (гражданско-правовые нормы), распространяющие свое действие на все разновидности данного договора, и лишь затем приведена юридическая характеристика самих этих конкретных разновидностей. Такие новации внесены в договоры купли-продажи, ренты и пожизненного содержания с иждивением, аренды, подряда, перевозки, хранения, а также в отношении используемых форм расчетов между субъектами гражданско-правовой деятельности.

7. Самостоятельное ориентирование в разветвленной системе гражданско-правовых договоров, выбор оптимальных вариантов условий, помещаемых в заключаемый договор, облегчает сложившаяся классификация договоров. Остановимся на некоторых классификационных признаках договоров.

С точки зрения их нормативно-правового регулирования все договоры подразделяются на две группы. Первая — это договоры, предусмотренные законами или иными правовыми актами. Назовем их модельными. Таких договоров насчитывается несколько десятков, и сосредоточены они главным образом в части второй ГК РФ. Стороны могут заключить и договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Вторая группа — договоры, не предусмотренные законами или иными правовыми актами. Предприниматели могут заключать между собой и с иными субъектами гражданских правоотношений договор какой угодно и о чем угодно. Барьер существует только один: установленный законом запрет на совершение конкретной предпринимательской деятельности. Например, коммерческие организации со специальной правоспособностью и некоммерческие организации не вправе выходить за пределы их правоспособности.

При разработке таких договоров полезно воспользоваться нормами ст. 6 ГК РФ, регулирующими применение аналогии в гражданском законодательстве. Аналогия может иметь два варианта.

Первый — аналогия закона предусматривает случаи, когда отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применяемый к ним обычай делового оборота. В рассматриваемой нами ситуации это означает, что следует подыскать модельный договор, схожий по своему содержанию с тем, который намерены заключить стороны, и позаимствовать из него те условия, которые устраивают все договаривающиеся стороны.

Второй вариант — аналогия права. Она применяется при невозможности использования аналогии закона. В этом случае права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности, справедливости.

В отдельные виды выделены:

а) *публичный договор*. Им признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности 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.). Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. В случаях, предусмотренных законом, Правительство РФ может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т. п.);

б) *договор присоединения*. Им признается 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. Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Изложенные положения не распространяются на субъектов предпринимательской деятельности. Требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор;

в) *предварительный договор*. По этому договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором. Предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, а если форма основного договора не установлена, то в письменной форме. Несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора. В предварительном договоре указывается срок, в который стороны обязуются заключить основной договор. Если такой срок в предварительном договоре не определен, основной договор подлежит заключению в течение года с момента заключения предварительного договора. Обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор;

г) *договор в пользу третьего лица*. Им признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу. Если иное не предусмотрено законом, иными нормативными актами или договором, с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица.

§ 3. Заключение, изменение и расторжение договора

1. Значение работы предпринимателей с договорами очевидно. По подсчетам специалистов, в 95% случаев обязательствами являются договоры. Договоры же составляют подавляющее большинство сделок. **Сторонами договора выступают субъекты гражданского права, а его предметом — объект гражданских прав.** Договору, таким образом, служат практически все институты и нормы гражданского права, к ним уходят корни каждого отдельно взятого договора. Договор как бы аккумулирует в себе регулирующие возможности гражданского законодательства. И вся эта потенциальная гражданско-правовая мощь в полной мере должна проявиться уже в ходе заключения договоров. Юридически грамотно и добротнo составленный договор, как правило, не вызывает взаимных претензий при его исполнении, бесконфликтно изменяется и расторгается.

2. Подготовку к заключению договора надо вести заблаговременно. Начинается подготовка с поиска, подбора благонадежного, заслуживающего доверия партнера. Пренебрежение этим обстоятельством — причина многих неприятностей лиц, вступающих в договорные отношения. Партнер подчас оказывается или неплатежеспособным, или непрофессионалом. Худший вариант — бесследное исчезновение, бегство партнера после полного или частичного получения платежей в счет будущего исполнения договора. Поэтому очень важно до заключения договора с физическим лицом убедиться в его платежеспособности и наличии определенного места жительства. Прежде чем вступить в договорные отношения с юридическим лицом, следует убедиться в том, что оно зарегистрировано в

установленном законом порядке, действует в пределах своей правоспособности и имеет надлежащий юридический адрес.

Заранее нужно продумать вопрос о форме, в которую будет воплощен договор. Требования к форме договора аналогичны тем, что предъявляются в отношении сделок. Общее правило здесь таково: договор может быть заключен в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма. Если стороны договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным после придания ему условленной формы, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась. Договоры заключаются в устной и письменной форме. Но когда их участниками являются хозяйствующие субъекты, то такого выбора нет. Их договоры между собой и с гражданами должны совершаться в письменной форме.

Законодательством предусмотрены три варианта письменной формы договора. Одни из них установлены как обязательные для договаривающихся сторон, другие могут использоваться по их усмотрению. *Самой распространенной и удобной в предпринимательской практике является простая письменная форма,* когда договор заключается путем составления одного документа, подписанного сторонами. Отдельным видам договоров законодательством прямо предписана именно такая форма.

Второй вариант — заключение договора путем *обмена документами* посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Особо следует подчеркнуть, что допускается использование факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронно-цифровой подписи либо иного аналога собственноручной подписи.

Несоблюдение простой письменной формы может иметь различные правовые последствия. По общему правилу несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства. В случаях же, прямо указанных в законе или в соглашении сторон, несоблюдение простой письменной формы сделки влечет ее недействи-

тельность. Например, несоблюдение простой письменной формы влечет недействительность внешнеэкономической сделки.

По кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Кредитный договор должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность кредитного договора. Такой договор считается ничтожным.

Третий вариант — нотариальное удостоверение договора, которое осуществляется путем совершения на договоре удостоверительной надписи нотариусом или другим должностным лицом, имеющим право совершать такое нотариальное действие.

Во-первых, нотариальное удостоверение сделок обязательно в случаях, прямо установленных законом. Несоблюдение нотариальной формы влечет недействительность договора. Он считается ничтожным, т. е. не порождающим никаких правовых последствий с момента его заключения независимо от того, будет ли договор признан таковым в судебном порядке.

Во-вторых, нотариальное удостоверение обязательно в случаях, предусмотренных соглашением сторон, хотя бы по закону для сделок данного вида эта форма не требовалась. В обоих случаях нотариус, прежде чем учинить удостоверительную надпись, обязан разъяснить сторонам смысл и значение представленного ими проекта сделки и проверить, соответствует ли его содержание действительным намерениям сторон и не противоречит ли требованиям закона.

В договорной работе следует учитывать и то, что некоторыми законами установлены существенные особенности заключения договоров, стороной в которых являются предпринимательские структуры определенных организационно-правовых форм. Так, Федеральный закон «Об акционерных обществах» выделил такое понятие, как «крупная сделка».

Крупной сделкой считается сделка (в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет 25% и более балансовой стоимости активов общества, определенной по данным его бухгалтерской отчетности на последнюю отчетную дату, за исклю-

чением сделок, совершаемых в процессе обычной хозяйственной деятельности общества, сделок, связанных с размещением посредством подписки (реализацией) обыкновенных акций общества, и сделок, связанных с размещением эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в обыкновенные акции общества. Уставом общества могут быть установлены также иные случаи, при которых на совершаемые обществом сделки распространяется порядок одобрения крупных сделок, предусмотренный ст. 79 Федерального закона «Об акционерных обществах».

В случае отчуждения или возникновения возможности отчуждения имущества с балансовой стоимостью активов общества сопоставляется стоимость такого имущества, определенная по данным бухгалтерского учета, а в случае приобретения имущества — цена его приобретения.

Для принятия советом директоров (наблюдательным советом) общества и общим собранием акционеров решения об одобрении крупной сделки цена отчуждаемого или приобретаемого имущества (услуг) определяется советом директоров (наблюдательным советом) общества в соответствии со ст. 77 названного Федерального закона.

Решение об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество, стоимость которого составляет от 25 до 50% балансовой стоимости активов общества, принимается всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) общества единогласно, при этом не учитываются голоса выбывших членов совета директоров (наблюдательного совета) общества.

В случае, если единогласие совета директоров (наблюдательного совета) общества по вопросу об одобрении крупной сделки не достигнуто, по решению совета директоров (наблюдательного совета) общества вопрос об одобрении крупной сделки может быть вынесен на решение общего собрания акционеров. В таком случае решение об одобрении крупной сделки принимается общим собранием акционеров большинством голосов акционеров — владельцев голосующих акций, принимающих участие в общем собрании акционеров.

Решение об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество, стоимость которого составляет более 50% балансовой стоимости активов общества, принимается общим собранием акционеров большинством в три четверти голосов

акционеров — владельцев голосующих акций, принимающих участие в общем собрании акционеров.

Статья 81 этого же Федерального закона впервые ввела в российскую предпринимательскую практику положение о «заинтересованности в совершении обществом сделки». Оно направлено на то, чтобы заключаемые от имени акционерного общества договоры не наносили ущерб обществу, ибо их могут лоббировать (пробивать) влиятельные в обществе лица не в интересах акционерного общества, а в интересах тех, с кем это общество заключает договоры.

Лицами, заинтересованными в совершении обществом сделки, признаются член совета директоров (наблюдательного совета) общества, лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа общества, в том числе управляющей организации или управляющего, член коллегиального исполнительного органа общества или акционер общества, имеющий совместно с его аффилированными лицами 20% и более голосующих акций общества, а также лицо, имеющее право давать обществу обязательные для него указания, в случаях, если они, их супруги, родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры, усыновители и усыновленные и (или) их аффилированные лица:

являются стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке;

владеют (каждый в отдельности или в совокупности) 20% и более акций (долей, паев) юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке;

занимают должности в органах управления юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке, а также должности в органах управления управляющей организации такого юридического лица;

в иных случаях, определенных уставом общества.

Положения гл. XI названного Федерального закона не применяются:

к обществам, состоящим из одного акционера, который одновременно осуществляет функции единоличного исполнительного органа;

к сделкам, в совершении которых заинтересованы все акционеры общества;

при осуществлении преимущественного права приобретения размещаемых обществом акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции;

при приобретении и выкупе обществом размещенных акций;

при реорганизации общества в форме слияния (присоединения) обществ;

к сделкам, совершение которых обязательно для общества в соответствии с федеральными законами и (или) иными правовыми актами Российской Федерации и расчеты по которым производятся по фиксированным ценам и тарифам, установленным уполномоченными в области государственного регулирования цен и тарифов органами.

Эти лица обязаны довести до сведения совета директоров (наблюдательного совета) общества, ревизионной комиссии (ревизора) общества и аудитора общества информацию о юридических лицах, в которых они владеют самостоятельно или совместно со своим аффилированным лицом (лицами) 20% или более голосующих акций (долей, паев); о юридических лицах, в органах управления которых они занимают должности; об известных им совершаемых или предполагаемых сделках, в которых они могут быть признаны заинтересованными лицами.

Статья 83 названного Федерального закона определила особый порядок одобрения сделки, в совершении которой имеется заинтересованность. Такая сделка должна быть одобрена до ее совершения советом директоров (наблюдательным советом) общества или общим собранием акционеров в соответствии с данной статьей. Дополнительные требования к порядку заключения сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, могут быть установлены федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг.

В соответствии с п. 1 ст. 84 сделка, в отношении которой имеется заинтересованность, совершенная с нарушением требований к сделке, предусмотренных названным Федеральным законом, может быть признана недействительной по иску общества или акционера.

Согласно Федеральному закону «О некоммерческих организациях» лицами, заинтересованными в совершении некоммерческой организацией тех или иных действий, в том числе сделок с другими организациями или гражданами, признаются руководитель (заместитель руководителя) некоммерческой организации,

а также лицо, входящее в состав органов управления некоммерческой организацией или органов надзора за ее деятельностью, если указанные лица состоят с этими организациями или гражданами в трудовых отношениях, являются участниками, кредиторами этих организаций либо состоят с этими гражданами в близких родственных отношениях или являются кредиторами этих граждан. Заинтересованность в совершении некоммерческой организацией тех или иных действий, в том числе в совершении сделок, влечет за собой конфликт интересов заинтересованных лиц и некоммерческой организации.

Сделка, в совершении которой имеется заинтересованность и которая совершена с нарушением этих требований, может быть признана судом недействительной. Заинтересованное лицо несет перед некоммерческой организацией ответственность в размере убытков, причиненных им этой некоммерческой организации. Если убытки причинены некоммерческой организации несколькими заинтересованными лицами, их ответственность перед некоммерческой организацией является солидарной.

Понятие заинтересованности в совершении предприятием сделки и крупной сделки сейчас раскрыто и в отношении унитарных предприятий (см. ст. 22, 23 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»). В частности, крупной считается сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения унитарным предприятием прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет более 10% уставного фонда унитарного предприятия или более чем в 50 тыс. раз превышает установленный федеральным законом минимальный размер оплаты труда.

При подготовке к заключению договора необходимо выяснить (уточнить), на основании каких полномочий и кто со стороны партнера будет вести переговоры о заключении предполагаемого договора и кто его подпишет. Без доверенности подписывать договор от имени предпринимательской организации вправе, как правило, лишь ее руководитель (директор, председатель правления и т. п.). Однако и руководитель не всегда может самостоятельно принимать решение о заключении договоров. В уставе или ином учредительном документе предпринимательской организации его полномочия могут быть ограничены. При заключении договора неуполномоченным лицом наступают последствия, предусмотренные ст. 183 ГК РФ.

Судебная практика последовательно стоит на позиции о недействительности (ничтожности) договоров, заключенных руководителями предпринимательских организаций с превышением своих полномочий¹.

Легитимность заключенному договору придает его последующее одобрение полномочным лицом².

О важности оснований, по которым действуют договаривающиеся стороны, может свидетельствовать и следующий пример. Российско-финляндское совместное предприятие в форме акционерного общества закрытого типа «Арктиктииви» обратилось с иском в арбитражный суд к акционерному коммерческому банку «Агропромбанк» о признании недействительным кредитного договора на сумму 250 млн руб. Дело неоднократно рассматривалось судами и в удовлетворении исковых требований было отказано. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, отменив все состоявшиеся решения и постановления, иск удовлетворил.

Удовлетворению иска послужили следующие мотивы. В преамбуле кредитного договора было указано, что генеральный директор акционерного общества действовал на основании устава общества, что предполагает ознакомление кредитора с этим документом. Согласно же п. 6.2.12 данного устава решение вопроса о заключении кредитного договора относится к компетенции правления общества, причем при наличии единогласного решения всех членов правления. Однако генеральный директор на заключение данного кредитного договора согласия правления не получил, последующего одобрения договора также не было. Таким образом, при заключении кредитного договора генеральный директор превысил свои полномочия, а банк знал или заведомо должен был знать об ограничениях полномочий исполнительного органа предприятия-заемщика. Совокупность приведенных обстоятельств и привела Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ к заключению о необходимости признания договора недействительным. При этом Президиум сослался на ст. 174

¹ См., например: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 марта 1997 г. № 3326/96 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 6. С. 77-78.

² См., например: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 1997 г. № 274/97 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 55-57.

ГК РФ, устанавливающую последствия ограничения полномочий на совершение сделки.

Несомненный интерес представляют и причины, по которым были сделаны ошибочные выводы судами всех предыдущих инстанций. Они исходили из неверной посылки, что поскольку конкретно полномочия генерального директора в уставе акционерного общества не определены, то они не могут быть и превышены. Между тем согласно уставу компетенция генерального директора носит остаточный характер, т. е. он вправе принимать решения лишь по вопросам, не относящимся к ведению заседания сторон — учредителей и правления¹. Поэтому полезно предварительно ознакомиться с соответствующим учредительным документом организации-партнера, где отражен вопрос о лицах, правомочных выступать от ее имени.

Ведение переговоров о заключении договора неизбежно предполагает обмен информацией, относящейся к предмету, цене договора и другим данным. Участники переговоров постоянно сталкиваются с проблемой количества (объема) информации и ее качества (достоверности). Часть, а то и вся информация может составлять служебную или коммерческую тайну. Готовясь к заключению договора, надо определить состав «тайной» информации и официально поставить о ней в известность партнера по переговорам.

Заключению договора, как правило, предшествуют преддоговорные контакты. Они призваны: выявить подлинные намерения лиц заключить договор; изучить возможности субъектов в части производства товаров, выполнения работ в необходимом объеме; определить вероятный уровень цен, общую сумму затрат; обеспечить разработку и заблаговременное получение проектно-технической, сметной или иной документации для составления проекта договора и подготовки производства; согласовать технико-экономические характеристики изделий или объектов; согласовать иные аспекты предстоящего заключения договора.

3. Непосредственно сам процесс заключения договора, представленный схематично, весьма прост. *Договор заключается, сказано в ст. 432 ГК РФ, посредством направления оферты*

¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 декабря 1996 г. № 2506/96 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 3. С. 59.

(предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. Однако между указанными исходной и конечной точками, а также за ними есть немало развернутых во времени и пространстве сложных промежуточных ступенек.

Прежде всего, из общего правила о том, что договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта, установлены два исключения. *Первое связано* с различиями между договорами консенсуальными и реальными.

Консенсуальный договор действительно считается заключенным с момента достижения соглашения сторон. «Консенсус» в переводе с латинского языка и означает согласие, единодушие. Таких предпринимательских договоров большинство.

В реальном же договоре моменты его заключения и исполнения совпадают, т. е. соглашения сторон для констатации наличия договора недостаточно. Если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества. Например, по договору займа одна сторона (заимодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить заимодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества. Договор займа считается заключенным только с момента передачи денег или других вещей.

Второе исключение касается договоров, подлежащих государственной регистрации. Их совершение также не обусловлено лишь наличием согласия сторон. Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Так, право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в едином государственном реестре органами юстиции. Регистрации подлежат право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека, сервитуты, а также иные права в случаях, предусмотренных ГК РФ и иными законами.

Несоблюдение собственником, арендатором или иным пользователем установленного порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество или сделок с ним влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 20, на должностных лиц — от 30 до 40, на юридических лиц — от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда (ст. 19.21 КоАП РФ).

Орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимость и сделок с ней, обязан по ходатайству правообладателя удостоверить произведенную регистрацию путем выдачи документа о зарегистрированном праве или сделке либо совершения надписи на документе, представленном для регистрации. Саму регистрацию проводит сейчас в соответствии с Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 подведомственная Минюсту России Федеральная регистрационная служба. Положение о ней утверждено Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1355.

Порядок государственной регистрации и основания отказа в ней установлены в Федеральном законе от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

4. Рассмотрим более подробно общий порядок заключения договоров. Он, кстати, предшествует не только договорам консенсуальным, но также реальным и нуждающимся в государственной регистрации.

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 должна содержать существенные условия договора.

Акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным. Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон. Совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т. п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

В возникающих при этом взаимоотношениях сторон важно обратить внимание на два момента. *Во-первых*, после направления оферты у хозяйствующего субъекта могут измениться планы — отпасть надобность в данном договоре, появиться необходимость в уточнении его существенных условий и т. п. В схожей ситуации подчас оказывается и лицо, получившее оферту и поспешившее без достаточного продумывания своих потребностей и возможностей акцептировать ее. Как и насколько связаны один — сделанным предложением, другой — соглашением на него? По поводу оферты действует следующее правило", она связывает направившее ее лицо с момента получения оферты адресатом. Значит, при изменении своего отношения к сделанному им предложению оференту надо постараться в возможно более короткий срок сообщить об этом лицу, которому он направил оферту. Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается неполученной. Полученная адресатом 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. Точно такое же правило установлено и для отзыва акцептантом данного им согласия на оферту. Если извещение об отзыве акцепта поступило лицу, направившему оферту, ранее акцепта или одновременно с ним, акцепт считается неполученным.

Во-вторых, часто возникает необходимость ускорить обмен информацией между сторонами, быстрее согласовать не только существенные, но и все другие условия договора. Не зря же в рыночные, предпринимательские отношения прочно вошел афоризм «Время — деньги». В целях повышения оперативности и ответственности в договорной работе полезно использовать два способа. Так, делая предложение о заключении договора, указывать срок для ответа. Когда в оферте определен срок для акцепта, договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, в пределах указанного в ней срока. В случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается опоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно не уведомит другую сторону о получении акцепта с опозданием. Если сторона, направившая оферту, немедленно сообщит другой стороне о принятии ее акцепта, полученного

с опозданием, договор считается заключенным. Как видим, все ясно и просто.

Иначе решается вопрос при отсутствии в письменной оферте срока для акцепта: договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, до окончания срока, установленного законом или иными правовыми актами, а если такой срок не установлен — в течение нормально необходимого для этого времени. При устной оферте без указания срока для акцепта договор считается заключенным, если другая сторона немедленно заявила о ее акцепте. В законах и иных правовых актах срок для ответа на письменную оферту устанавливается крайне редко. Он обычно определяется законодательно тогда, когда договор имеет оборонное или государственное значение. «Нормально необходимое время» для получения акцепта тоже всякий может толковать по-своему. Поэтому во избежание с самого начала конфликтов во взаимосвязях с будущим партнером следует устанавливать в оферте срок для ответа.

Определен ли в законе, ином правовом акте либо оферте срок для акцепта или нет — в любом случае ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом. Такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой. И тогда все начинается сначала, только в обратном порядке: бывший оферент становится акцептантом, а акцептант — оферентом.

Разногласия, возникающие при заключении договора, разрешаются прежде всего непосредственно самими возможными контрагентами путем устных переговоров, переписки и иными способами. Но в двух случаях для разрешения преддоговорного спора стороны (или одна из сторон) могут обратиться в суд. Во-первых, если имеется взаимное согласие всех спорящих сторон о передаче возникшего или могущего возникнуть спора на разрешение суда. Такое согласие должно быть недвусмысленно выражено сторонами в какой-либо письменной форме и подтверждено (подписано) компетентными представителями в переговорах. Во-вторых, если такая возможность установлена ГК РФ и иными законами. В частности, она предусмотрена для случаев, когда заключение договора является обязательным (о них скажем чуть ниже).

Избежать многих трудностей и волокиты при заключении договоров, о которых только что шла речь, может помочь ис-

пользование (естественно, на добровольной основе) хозяйствующими субъектами в договорной работе императивных требований к процедуре заключения, содержанию оферты и срокам ее прохождения, которые установлены в § 4 гл. 30 ГК РФ применительно к государственным или муниципальным контрактам на поставку товаров для государственных или муниципальных нужд.

По государственному или муниципальному контракту поставщик (исполнитель) обязуется передать товары государственному или муниципальному заказчику либо по его указанию иному лицу, а государственный или муниципальный заказчик обязуется обеспечить оплату поставленных товаров. Оферта по этому контракту направляется государственным или муниципальным заказчиком поставщику (исполнителю) в форме полностью разработанного им проекта государственного контракта со всеми возможными реквизитами, включая подписи договаривающихся сторон.

Сторона, получившая проект государственного или муниципального контракта, не позднее 30-дневного срока подписывает его и возвращает один экземпляр государственного или муниципального контракта другой стороне, а при наличии разногласий по условиям государственного или муниципального контракта в этот же срок составляет протокол разногласий и направляет его вместе с подписанным государственным или муниципальным контрактом другой стороне либо уведомляет ее об отказе от заключения государственного или муниципального контракта.

Сторона, получившая государственный или муниципальный контракт с протоколом разногласий, должна в течение 30 дней рассмотреть разногласия, принять меры по их согласованию с другой стороной и известить другую сторону о принятии государственного или муниципального контракта в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий.

5. ГК РФ и иными законами предусмотрены отдельные случаи, когда заключение договоров обязательно для одной или обеих сторон. В частности, является обязательным заключение основного договора в срок, установленный предварительным договором; заключение публичного договора; заключение банком, уставом которого предусмотрено осуществление соответствующих банковских операций, договоров банковского счета с клиентами. Если заказ на поставку товаров для государствен-

ных нужд размещается по конкурсу, заключение государственного контракта с поставщиком (исполнителем), объявленным победителем конкурса, является обязательным для государственного заказчика.

Заключение договора в обязательном порядке есть исключение из гражданско-правового принципа о свободе договора и потому имеет некоторые особенности по сравнению с общим порядком налаживания договорных отношений. Конкретные процедуры заключения договора в обязательном порядке неодинаковы. Они несколько различаются в зависимости от того, в каком качестве выступает обязанная сторона: или ей поступило предложение заключить договор, или с соответствующей инициативой выступила она сама.

В случаях, когда заключение договора обязательно для стороны, которой поступила оферта (проект договора), эта сторона должна направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, либо об акцепте оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение 30 дней со дня получения оферты. Сторона, направившая оферту и получившая от стороны, для которой заключение договора обязательно, извещение о ее акцепте на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора), вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда в течение 30 дней со дня получения такого извещения либо истечения срока для акцепта. Если же заключение договора обязательно для стороны, направившей оферту (проект договора), и ей в течение 30 дней будет направлен протокол разногласий к проекту договора, эта сторона обязана в течение 30 дней со дня получения протокола разногласий известить другую сторону о принятии договора в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий. При отклонении протокола разногласий либо неполучении извещения о результатах его рассмотрения в указанный срок сторона, направившая протокол разногласий, вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда. Пропуск 30-дневного срока для передачи протокола разногласий на рассмотрение арбитражного суда не является основанием для отказа в принятии искового заявления.

В обоих случаях правила о сроках применяются, если другие сроки не установлены законом, иными правовыми актами или не согласованы сторонами.

Не исключены и такие ситуации, когда сторона, для которой заключение договора обязательно, уклоняется от вступления в преддоговорные контакты, в частности никак не реагирует на поступающие в ее адрес оферты. В этом случае направивший оферту предприниматель или иной субъект гражданского права может обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки.

б. Особые процедуры установлены при заключении договора путем проведения торгов. На торгах может быть заключен любой договор, если иное не вытекает из его существа. Очевидна неразумность проводить торги, скажем, по продаже хлеба населению. В случаях, указанных в ГК РФ или ином законе, договоры о продаже вещи или имущественного права могут быть заключены только путем проведения торгов.

Торги — это специфическая форма организации торговли, являющаяся неизбежным следствием рыночных отношений, когда отсутствуют твердо фиксированные цены. Торги и служат установлению действительных цен на товар. В качестве организатора торгов может выступать собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация. Специализированная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права и выступает от их имени или от своего имени. **Торги проводятся в форме аукциона или конкурса.** Форма торгов определяется собственником продаваемой вещи или обладателем реализуемого имущественного права, если иное не предусмотрено законом. Выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу — лицо, которое, по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия. Аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися.

Аукционы и конкурсы могут быть открытыми и закрытыми. В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели. Участники торгов вносят задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращает-

ся также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их. При заключении договора с лицом, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору.

Лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора. Лицо, выигравшее торги, при уклонении от подписания протокола утрачивает внесенный им задаток. Организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан вернуть задаток в двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка. Если предметом торгов было только право на заключение договора, такой договор должен быть подписан сторонами не позднее 20 дней или иного указанного в извещении срока после завершения торгов и оформления протокола. В случае уклонения одной из них 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.

7. По общему правилу договор изменяется или расторгается по соглашению сторон. Из этого правила установлены два исключения, когда договор может быть расторгнут в одностороннем порядке или по решению суда. Односторонний отказ от исполнения договора полностью или частично возможен только в тех случаях, когда это допускается законом или соглашением сторон. Односторонний отказ означает соответственно расторжение или изменение договора. Например, после истечения срока договора аренды при отсутствии возражений со стороны арендодателя он считается возобновленным на неопределенный срок и каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону не менее чем за месяц (не менее чем за три месяца при аренде недвижимого имущества).

Суд по требованию одной из сторон может изменить или расторгнуть договор при существенном нарушении договора другой стороной, т. е. нарушении, которое влечет для контрагента такой ущерб, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора. Подобное происходит при передаче продавцом покупателю товаров ненадлежащего качества, которые не могут быть ис-

пользованы по их прямому назначению, невыполнении заемщиком предусмотренных кредитным договором обязанностей по обеспечению кредита и т. п. По требованию одной из сторон суд вправе изменить или расторгнуть договор также в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором. Так, основанием для изменения или расторжения договоров присоединения по требованию присоединившейся стороны может служить включение в договор условий, хотя и не противоречащих закону, но являющихся явно обременительными для присоединившейся стороны; значительное превышение предварительной сметы по договору подряда дает право заказчику отказаться от договора.

8. В ходе исполнения договора между сторонами могут возникнуть разногласия относительно смысла того или иного договорного условия. В этих случаях используются процедуры толкования договора. Стороны вправе толковать договор по согласованию между собой любым образом, если только это не противоречит действующему законодательству. Однако нередко случаи, когда смысл того или иного условия договора становится предметом рассмотрения происходящего в суде спора и потому возникает необходимость в толковании договора судом.

При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора, в случае его неясности, устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Если проделанное не позволяет определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

На случай толкования договора или иных споров по уяснению прав и обязанностей сторон целесообразно (по сложным договорам или договорам на крупные денежные суммы) вести краткий протокол обсуждения его условий, который подписывался бы участниками обсуждения, и сохранять всю переписку, иную информацию по заключенному договору вплоть до его

полного исполнения и наступления иных условий, которые могут вытекать из уже реализованного договора¹.

9. Завершая параграф, хочется обратиться к цене договора. По общему правилу, как уже отмечалось, в рыночных отношениях действуют свободные цены, т. е. те, на которые согласятся сами стороны договора. Но есть и цены, которые тем или иным образом регулируются государством. И предпринимателям надо быть внимательными.

За нарушение порядка ценообразования установлены серьезные административные наказания, налагаемые органами, осуществляющими государственный контроль за соблюдением порядка ценообразования. Завышение или занижение регулируемых государством цен (тарифов, расценок, ставок и т. п.) на продукцию, товары либо услуги, предельных цен (тарифов, расценок, ставок и т. п.), завышение или занижение установленных надбавок (наценок) к ценам (тарифам, расценкам, ставкам и т. п.), 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, на должностных лиц — от 40 до 50, на юридических лиц — от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 14.6 КоАП РФ).

§ 4. Обеспечение исполнения договоров

1. Одно из самых негативных явлений, которому подвержена российская предпринимательская практика и которое наносит часто непоправимый ущерб нашей экономике, — недисциплинированность предпринимателей, неисполнение ими своих обязательств, в том числе и особенно взятых в соответствии с заключенными договорами. Данное обстоятельство делает чрезвычайно актуальным уменьшение негативных последствий, могущих наступить в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения должником своего обязательства. Договоры обеспечиваются теми же способами, что и иные обязательства.

¹ Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров, см.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 103-109.

2. Действующее гражданское законодательство значительно расширило возможности и гарантии обеспечения обязательств, ввело новые, ранее не известные российскому гражданскому праву способы этого обеспечения, установило правило, что перечень способов обеспечения обязательств, приведенный в ГК РФ, не является исчерпывающим, а законом и, что самое главное, самими участниками гражданско-правовых, в том числе предпринимательских, отношений могут вводиться, использоваться и другие способы.

Особенность способов обеспечения обязательств та, что они, будучи сами разновидностью обязательств и, как правило, составляя предмет самостоятельного договора или входя составной частью в содержание конкретного договора (купли-продажи, кредитного договора и др.), оформляются в письменном виде и не действуют самостоятельно. Они — дополнительное (акцессорное) обязательство по отношению к обязательству главному, на обеспечение которого направлены соответствующие способы. Прекращение главного обязательства автоматически влечет прекращение дополнительного.

Таким образом, *способы обеспечения исполнения обязательств есть предусмотренные законом или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие, побуждающие и принуждающие должника к надлежащему исполнению обязательства путем установления дополнительных гарантий удовлетворения требований кредитора.*

3. Предпринимателям важно хорошо знать правовые возможности каждого из известных способов обеспечения обязательств и использовать именно тот, который способен быть наиболее эффективным в данном конкретном договоре. На практике чаще применяются способы, нашедшие отражение в ГК РФ.

Традиционным, уже давно применяемым способом является неустойка. **Неустойка — родовое понятие, она выступает в виде штрафа (заранее определяемой денежной суммы) и пени (исчисляется в процентах к сумме обязательства).** В целом неустойка представляет собой определенную законом или договором денежную сумму, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Хозяйствующим субъектам целесообразно обратить внимание на ст. 333 ГК РФ, установившую любопытное правило: если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе ее уменьшить. Но в связи с этим возникают вопросы: что конкретно понимать под «явной несоразмерностью» и до каких пределов возможно уменьшение неустойки? Вот некоторые ответы на них судебной практики.

По одному из дел истец потребовал взыскать с ответчика 32 144 304 руб. основного долга и 193 944 516 руб. — пени за просрочку оплаты поставленного товара. Арбитражный суд г. Москвы иск удовлетворил полностью. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ усмотрел явную несоразмерность между суммой неустойки и последствиями нарушения обязательства и постановил снизить неустойку до размера долга, взыскав 32 144 304 руб.¹

В сентябре 1995 г. между товариществом с ограниченной ответственностью «Булат» и производственно-коммерческой фирмой «Торгмаш» был заключен договор, по которому «Булат» обязался поставить «Торгмашу» хладон — 10 контейнеров стоимостью 5 млн руб. каждый. Согласно договору получатель продукции обязан вернуть контейнеры — многооборотные средства упаковки — поставщику в течение 25 календарных дней, а в случае невозвращения в указанный срок — уплатить неустойку в размере 100% их стоимости за каждый просроченный день. Продукцию «Булат» доставил автомобильным транспортом 12 октября, а «Торгмаш» вернул контейнеры с опозданием — 24 ноября. Поставщик потребовал взыскать с получателя штраф за необеспечение своевременного возврата контейнеров в сумме 1360 млн руб. Арбитражный суд Волгоградской области удовлетворил иск полностью. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ постановление этого суда изменил, указав на явное несоответствие размера неустойки последствиям нарушения обязательства. Была учтена также вина поставщика, который, заключая договор, не указал отгрузочные реквизиты, своевременно не выдал сертификат на спецконтейнеры, а также не указал в товаротранспортной накладной сведения, необходимые для их возврата. Размер неустойки, взысканной с «Торгмаша», был уменьшен до 100 млн руб.²

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 55-56.

² Вестник ВАС РФ. 1997. № 2. С. 58-59.

Пензенское высшее артиллерийское инженерное училище задолжало акционерному обществу открытого типа «Связьинформ» за предоставленные услуги 31 млн руб. Общество «Связьинформ» потребовало взыскать с училища долг и пеню за просрочку платежа в сумме 34,5 млн руб. Решением арбитражного суда иск был удовлетворен полностью. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, применив ст. 333 ГК РФ, уменьшил размер взысканной пени до 1 млн руб. При этом были приведены два довода: а) невыделение в необходимом количестве средств из бюджета училищу — учреждению, которое по статусу не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность и, следовательно, лишено иных источников доходов, кроме предусмотренных в смете на его содержание; б) явная несоразмерность начисленной истцом суммы пени основному долгу¹.

Один из самых надежных способов обеспечения обязательств — залог. **Суть его состоит в том, что кредитор-залогодержатель приобретает право в случае неисполнения должником обязательства получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами, за изъятиями, предусмотренными законом.** Законодатель называет два способа возникновения залога: в силу договора; на основании закона, при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения какого обязательства признается находящимся в залоге.

Залоговые отношения наряду с ГК РФ регулируются и иными законами. Закон РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге»² применяется постольку, поскольку не противоречит ГК РФ. Действует также Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»³.

В залоговых отношениях особое внимание предпринимателям надо обращать на соблюдение процедур их оформления, четкую формулировку прав, обязанностей и ответственности сторон. Между Поволжским таможенным управлением и инвестиционным коммерческим банком «Нижегородец» был заключен договор о банковском обслуживании. Банк обязался по по-

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 2. С. 67—68.

² Ведомости РФ. 1992. № 23. Ст. 1239.

³ СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ // Российская газета. 2006. 23 дек.

ручению клиента осуществлять все расчетные и кассовые операции. Однако вскоре банк оказался неплатежеспособным, в результате чего не были исполнены поручения клиента по ряду платежных документов на общую сумму свыше 4 млрд руб. В целях обеспечения погашения долга стороны заключили договор о залоге, предметом которого явилось принадлежащее банку на праве собственности недвижимое имущество, в том числе здания. Договор о залоге был нотариально заверен и зарегистрирован в бюро технической инвентаризации. Поскольку банк погасить долг оказался не в состоянии, он заключил соглашение с таможенным управлением о передаче последнему заложенных зданий в собственность. Соглашение также было нотариально заверено и зарегистрировано в бюро технической инвентаризации. Комитет по управлению государственным имуществом Нижегородской области, рассмотрев представленные документы о передаче в государственную собственность недвижимого имущества, издал распоряжение о закреплении зданий за таможенным управлением на праве оперативного управления.

Однако банк не стал исполнять им же подписанное соглашение и отказался передать здания таможенному управлению. Арбитражный суд удовлетворил иск последнего об истребовании имущества из чужого незаконного владения и освобождении зданий. При этом суд сослался на соблюдение сторонами этого залогового отношения всех установленных законодательством формальных процедур, включая изданное распоряжение Комитета по управлению государственным имуществом¹.

Совершенно новым способом обеспечения обязательств является удержание имущества должника. Ранее подобные действия рассматривались как самоуправные и могли повлечь юридическую ответственность кредитора — «удержателя». Этот способ и сейчас резко выделяется среди других: как правило, не оформляется договором и иным образом не предусматривается партнерами заранее, а является самодеятельной инициативой кредитора.

Удержание представляет собой право кредитора, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать эту вещь до тех

пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено. Этот способ обеспечения диспозитивен: стороны в договоре могут предусмотреть условие, исключающее его применение. Существенная особенность данного способа обеспечения обязательств в предпринимательских отношениях та, что удержанием вещи должника кредитор может обеспечивать также обязательства должника, которые не связаны с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков.

Поручительство как способ обеспечения обязательства заключается в том, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Тем самым поручительство увеличивает для кредитора вероятность выполнения обязательства, поскольку в случае его нарушения должником кредитор может предъявить свои требования поручителю. С 1 января 1995 г. в качестве самостоятельного способа обеспечения обязательств выделена **банковская гарантия.** Этот способ состоит в том, что банк, иная кредитная или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате.

Задатком как способом обеспечения обязательств признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения. Задаток следует отличать от аванса. Общее между задатком и авансом то, что оба они представляют собой предварительный платеж в счет причитающихся в будущем сумм. Но аванс в отличие от задатка не выполняет обеспечительную функцию. Аванс выплачивается, как правило, в счет причитающихся по обязательству сумм в целях финансирования контрагента.

§ 5. Расчеты в договорных и иных предпринимательских отношениях

1. Расчеты — гражданско-правовой способ опосредования возмездных сделок, а также осуществления иных платежей. Расчеты используются предпринимателями как сторонами договора при погашении своих долговых обязательств, а также во внедоговор-

ных отношениях для перечисления денежных платежей в безналичном порядке через банки и иные кредитные организации.

До недавнего времени расчеты регламентировались подзаконными нормативными актами, исходящими от Центрального банка РФ, иных федеральных органов исполнительной власти. Дело коренным образом изменилось с вступлением в силу части второй ГК РФ. Его гл. 46 специально посвящена правовому регулированию расчетных отношений. Ранее изданные акты действуют лишь в части, не противоречащей ГК РФ. Центральный банк РФ вправе теперь принимать нормативные акты, относящиеся к расчетам, лишь в случаях и в пределах, предусмотренных ГК РФ и иными федеральными законами. Используются здесь также банковские обычаи.

Единственным законным платежным средством, применяемым при расчетах, выступает официальная денежная единица (валюта) Российской Федерации — рубль. Он выражается в банкнотах (банковских билетах) и монетах, эмитируемых Центральным банком РФ. Их подделка и незаконное изготовление преследуются по закону. Банкноты и монеты обязательны к приему по нарицательной стоимости при всех видах платежей, для зачисления на счета, во вклады и для перевода на всей территории страны. *Введение других денежных единиц и выпуск денежных суррогатов запрещаются.* Случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются в установленном законом порядке.

Иногда расчеты между предпринимателями, другими участниками договорных отношений производятся не только денежными платежами, но и иными способами: зачетом передаваемых друг другу товаров, выполнением должником в пользу кредитора работ, оказанием услуг и т. п. Однако и в этих случаях товары, работы, услуги оцениваются в рублях. Например, в случае, когда в соответствии с договором мены обмениваемые товары признаются неравноценными, сторона, обязанная передать товар, цена которого ниже цены товара, предоставляемого в обмен, должна оплатить разницу в ценах непосредственно до или после исполнения ее обязанности передать товар, если иной порядок оплаты не предусмотрен договором.

2. *Платежи на территории России осуществляются двумя способами: наличными и безналичными расчетами.* При этом законодательство ориентирует на безналичные расчеты: они могут применяться при совершении любых возмездных сделок и

между всеми субъектами гражданского права, будь то граждане или юридические лица. Вместе с тем предусмотрены ситуации, когда:

- а) наряду с безналичными допускаются и наличные расчеты;
- б) расчеты должны быть только безналичными.

Расчеты наличными деньгами могут производиться между гражданами по платежам, не связанным с осуществлением ими предпринимательской деятельности. Каких бы то ни было ограничений случаев подобных расчетов, равно как и размеров уплачиваемых при расчетах сумм, не установлено. Как правило, не предусмотрено также особых форм наличных расчетов. Однако во избежание возможных конфликтов целесообразно письменно подтверждать факт произведенных при расчете платежей или платежей в счет будущих расчетов, скажем, путем получения плательщиком соответствующей расписки. Именно на это указывает законодатель. Нередко, например, в расчетах между гражданами используется задаток. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть совершено в письменной форме. В случае сомнения в отношении того, является ли сумма, уплаченная в счет причитающихся со стороны по договору платежей, задатком, в частности, вследствие несоблюдения правила о его письменной форме, эта сумма считается уплаченной в качестве аванса, если не доказано иное.

Расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке. Расчеты между этими лицами могут производиться также наличными деньгами, если иное не установлено законом. Указанием Центрального банка РФ от 14 ноября 2001 г. № 1050-У предельный размер расчетов наличными деньгами между юридическими лицами по одной сделке установлен в сумме 60 тыс. руб.¹ Данное ограничение письмом Центрального банка РФ от 17 июля 2006 г. № 08-17/2540 распространено также на случаи расчетов наличными деньгами между юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями и между индивидуальными предпринимателями².

3. С конца июня 2003 г. вступил в силу Федеральный закон от 22 мая 2003 г. № 54-ФЗ «О применении контрольно-кассов-

¹ Вестник Банка России. 2001. № 69.

² См.: Документы и комментарии. 2006. № 19.

вой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт»¹. С этого времени утратил силу Закон от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением».

Новый Федеральный закон:

а) касается не только контрольно-кассовых, но и электронно-вычислительных машин;

б) распространяет свое действие на расчеты с использованием наличных денег и платежных карт с любыми лицами, а не только с населением;

в) указывает виды деятельности, при которых организации и индивидуальные предприниматели могут не использовать контрольно-кассовую технику: продажа газет и журналов, ценных бумаг, лотерейных билетов; торговля в розлив пивом, квасом, молоком, растительным маслом и вразвал овощами и бахчевыми культурами и др. (см. ст. 2);

г) четко фиксирует круг обязанностей организаций и индивидуальных предпринимателей, применяющих контрольно-кассовую технику:

осуществлять регистрацию контрольно-кассовой техники в налоговых органах;

применять при осуществлении расчетов исправную контрольно-кассовую технику, опломбированную в установленном порядке, зарегистрированную в налоговых органах и обеспечивающую надлежащий учет денежных средств при проведении расчетов (фиксацию расчетных операций на контрольной ленте и в фискальной памяти, представляющей собой комплекс контрольных программно-аппаратных средств в целях правильного исчисления налогов);

выдавать покупателям (клиентам) при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт в момент оплаты отпечатанные контрольно-кассовой техникой кассовые чеки;

обеспечивать ведение и хранение в установленном порядке документации, связанной с приобретением и регистрацией, вводом в эксплуатацию и применением контрольно-кассовой техники, а также обеспечивать должностным лицам налоговых органов, осуществляющих проверку, беспрепятственный доступ

к соответствующей контрольно-кассовой технике, предоставлять им указанную документацию;

производить при первичной регистрации и перерегистрации контрольно-кассовой техники введение в фискальную память контрольно-кассовой техники информации и замену накопителей фискальной памяти с участием представителей налоговых органов;

д) возлагает контроль за применением контрольно-кассовой техники на налоговые органы, полномочия которых изложены в ст. 7;

е) закрепляет особый статус кредитных организаций, требования к которым устанавливает и контроль за соблюдением Федерального закона осуществляет Центральный банк РФ;

ж) поручает Правительству РФ определять порядок ведения Государственного реестра контрольно-кассовой техники, т. е. перечня сведений о моделях этой техники, применяемой на территории России, требования к его структуре и составу сведений, а также федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный вести Государственный реестр.

4. По общему правилу безналичные расчеты производятся через банки и иные кредитные организации, в которых открыты соответствующие счета участников расчетных правоотношений — граждан, индивидуальных предпринимателей, коммерческих и некоммерческих организаций. Лишь в порядке исключения из приведенного правила закон может ввести иной порядок безналичных расчетов. Иной порядок может быть обусловлен также используемой участниками расчетных отношений формой расчетов.

Важно подчеркнуть: действующим законодательством не предусмотрены ограничения количества счетов (расчетных (текущих), ссудных, депозитных, валютных и иных), открываемых налогоплательщиками в банках и иных кредитных организациях, а также необходимость согласования с налоговыми органами банка или иной кредитной организации, в которой налогоплательщик предполагает открыть соответствующий счет.

5. В ГК РФ отражены четыре основные формы безналичных расчетов, которые прочно вошли в имущественный оборот: **расчеты платежными поручениями, по аккредитиву, чеками и расчеты по инкассо**. В главе ГК РФ о расчетах широко использованы международно-правовые нормы, в частности в нее включены многие положения из Унифицированных правил и обычаев документарных аккредитивов. Однако Кодекс не дает исчерпывающего пе-

речня безналичных расчетов. Они могут осуществляться также в иных формах, которые предусмотрены законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Новой для нас формой расчетов стали пластиковые карточки, которые находят все более широкое распространение в отечественной практике. Они выдаются банком клиенту на условиях заключенного с ним договора. Пластиковые карточки бывают двух видов: *дебетные* (по ним производится оплата из средств, имеющихся на счете клиента банка) и *кредитные* (расчеты осуществляются не только из средств клиента, но и при их недостаточности — за счет кредита, предоставляемого банком). Таким образом, решение вопроса об установлении стандартов и форм расчетов закон относит также к компетенции Центрального банка России. Но и в ГК РФ закреплены некоторые формы, изменять или отменять которые Центральный банк России не вправе.

Ранее правила, регулировавшие расчетные отношения, были императивными и не оставляли какого бы то ни было места для «самодеятельности» субъектов этих отношений. Особенность ГК РФ — предоставление возможности самим сторонам определять свои права и обязанности. Участники расчетных отношений вправе совершенно свободно по взаимному согласию избрать и установить в договоре любую из перечисленных форм расчетов. Влиять на их выбор банкам запрещено. Правовые отношения по безналичным расчетам возникают с момента, когда клиент банка предъявил ему требование (дал поручение) о перечислении денежных средств в той или иной форме или при их получении. Обязанность банка по перечислению средств считается выполненной, а соответствующее поручение клиента реализованным лишь после того, как эти средства будут зачислены на счет, указанный клиентом.

6. Общим у расчетов по платежным поручениям и по аккредитиву является то, что инициатива в их осуществлении исходит от плательщика. *При расчетах платежным поручением банк обязуется по поручению плательщика за счет средств, находящихся на его счете, перевести определенную денежную сумму на счет указанного плательщиком лица в этом или в ином банке в срок, предусмотренный законом или устанавливаемый в соответствии с ним, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета либо не определяется применяемыми в банков-*

ской практике обычаями делового оборота. Поручение плательщика исполняется банком при наличии средств на счете плательщика, если иное не предусмотрено договором между плательщиком и банком. Банк вправе привлекать другие банки для выполнения операций по перечислению денежных средств на счет, указанный в поручении клиента. Банк обязан незамедлительно информировать плательщика по его требованию об исполнении поручения.

Прежнее законодательство допускало осуществление расчетов лишь при наличии у обеих сторон соответствующих банковских счетов в банках. Новый ГК РФ предусмотрел возможность производить расчеты также при отсутствии счета в банке. Тем самым в расчетные отношения введена всяма оригинальная форма, сходная с почтовым переводом. Например, плательщики вправе перечислить денежные суммы получателю, не имеющему счета в банке, для выдачи их ему наличными.

ГК РФ внес еще одно важное для предпринимательской деятельности новшество. Теперь на банки, обслуживающие плательщика, возложена обязанность информировать его о ходе исполнения переданного им платежного поручения: у кого находятся деньги, почему они не перечислены на указанный клиентом счет и т. д. Порядок оформления и требования к содержанию извещения об исполнении поручения должны предусматриваться законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами. Пока такого закона нет. Поэтому целесообразно использовать предоставленную законом возможность устанавливать соответствующий порядок и требования самим сторонам.

При расчетах по аккредитиву банк, действующий по поручению плательщика об открытии аккредитива и в соответствии с его указанием (банк-эмитент), обязуется произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель либо дать полномочие другому банку (исполняющему банку) произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель. Как мы видим, характерная особенность форм расчетов по аккредитиву та, что ее использование предусмотрено не только непосредственно в самих платежах с аккредитива, но и в отношении определенной ценной бумаги — **векселя**. Таким образом, сейчас предусмотрена возможность совершения платежей по аккредитиву как в денежной форме, так и с помощью векселей.

Важная особенность расчетов по аккредитиву по сравнению с платежным поручением состоит в том, что они более надежно обеспечивают реальное исполнение договора, усиливают права как получателей (продавцов), так и плательщиков (покупателей). Непосредственно оплате здесь предшествуют определенные действия, предусмотренные договором между сторонами, по фактической отгрузке товара продавцом в адрес покупателя. Только после этого и представления продавцом необходимых документов с ним незамедлительно производится расчет. В свою очередь, у покупателя возникает право собственности на товар и возможность распоряжаться им сразу после оплаты и получения соответствующих документов, еще до фактического поступления товара.

Еще одна особенность расчетов по аккредитиву состоит в том, что здесь выстраиваются несколько относительно самостоятельных линий правоотношений. Во-первых, отношения по договорам поставки, аренды и другим договорам между должником и кредитором, в которых по соглашению сторон устанавливается эта форма расчетов. Во-вторых, отношения непосредственно по аккредитиву, т. е. сделке, которая заключается между плательщиком и банком. Эта сделка возникает не из договора поставки или другого договора между должником и кредитором, а из договора банковского счета, в силу которого банк по заявлению клиента обязан открыть аккредитив. В отношениях по аккредитиву обычно участвуют несколько банков, что детерминирует возможное наличие еще нескольких линий — между банком-эмитентом и другими привлеченными банками, между последними и получателем денежных средств — кредитором. Ответственность между банками распределяется следующим образом: банк-эмитент отвечает перед получателем средств, а исполняющий банк — перед банком-эмитентом.

Наиболее часто на практике применяются **платежные поручения**. Предпочтение им отдает и законодатель. Так, по договору поставки, если соглашением сторон порядок и форма расчетов не определены, то расчеты осуществляются платежными поручениями.

Расчеты по аккредитиву по сравнению с платежными поручениями более сложны и имеют ряд специфических черт, в том числе создающих дополнительные гарантии интересов получателей денежных средств. Прежде всего, плательщик здесь должен заблаговременно, еще до наступления сроков платежа, открыть в «своем» банке (банке-эмитенте) аккредитив, т. е. выде-

лить определенную денежную сумму, обособленную от других имеющихся на его счетах средств. Банк, в свою очередь, обязуется в неприкосновенности хранить обособленные деньги и выплачивать их только получателю при соблюдении последним условий аккредитива. Условия же аккредитива устанавливаются плательщиком и получателем в договоре, по которому производятся эти расчеты. Условия аккредитива обязательно сообщаются банку-эмитенту при открытии аккредитива и впоследствии — участвующему в расчетах исполняющему банку.

Далее, непосредственно расчетные операции по аккредитиву проводит как сам банк-эмитент, так и привлеченный им для этих целей другой банк — исполняющий, действующий в данном случае по поручению банка-эмитента. Если банк-эмитент сам производит платежи получателю средств либо оплачивает, акцептует или учитывает переводной вексель, то к нему применяются правила об исполняющем банке.

Правовое регулирование операций по аккредитиву напрямую зависит от вида аккредитива. Различные виды аккредитива порождают неодинаковые права, обязанности и юридическую ответственность сторон договора (плательщика и получателя денежных средств) и банков (эмитента и исполняющего). Поэтому уже в ходе преддоговорных контактов надлежит обстоятельно обсудить вопрос о выборе конкретного вида аккредитива, с тем чтобы возможно полнее удовлетворить интересы договаривающихся сторон.

Законодательством предусмотрено несколько видов аккредитива: покрытый (депонированный) и непокрытый (гарантированный), отзывный и безотзывный.

В случае открытия **покрытого (депонированного) аккредитива** банк-эмитент при его открытии обязан перечислить сумму аккредитива (покрытие) за счет плательщика либо предоставленного ему кредита в распоряжение исполняющего банка на весь срок действия обязательства банка-эмитента. Все расчеты с получателем по такому аккредитиву исполняющий банк производит лишь из тех средств, которые перечислил ему банк-эмитент.

В случае открытия **непокрытого (гарантированного) аккредитива** исполняющему банку предоставляется право списывать всю сумму аккредитива с ведущегося у него счета банка-эмитента. Применение данного вида аккредитива, естественно, предполагает наличие корреспондентских связей обоих банков,

когда банк-эмитент и исполняющий банк имеют друг у друга корреспондентские счета.

Отзывным признается аккредитив, который может быть изменен или отменен банком-эмитентом без предварительного уведомления получателя средств. Отзыв аккредитива не создает каких-либо обязательств банка-эмитента перед получателем средств. Исполняющий банк обязан осуществить платеж или иные операции по отзывному аккредитиву, если к моменту их совершения им не получено уведомление об изменении условий или отмене аккредитива. Аккредитив является отзывным, если в его тексте прямо не установлено иное.

Безотзывным признается аккредитив, который не может быть отменен без согласия получателя средств. Особую разновидность безотзывного аккредитива составляет **подтвержденный аккредитив.** Им становится безотзывный аккредитив, подтвержденный по просьбе банка-эмитента исполняющим банком, участвующим в проведении аккредитивной операции. Такое подтверждение означает принятие исполняющим банком дополнительного к обязательству банка-эмитента обязательства произвести платеж в соответствии с условиями аккредитива. Тем самым значительно усиливается правовая защита получателя денежных средств. Как и обычный безотзывный, подтвержденный аккредитив не может быть изменен или отменен без согласия получателя, однако его исполнение гарантируется не только банком-эмитентом, но и исполняющим банком.

Расчеты по инкассо по сути есть действия, обратные первой форме расчетов — платежным поручениям. По сложившейся практике в качестве конкретных форм здесь используются платежные требования, платежные требования-поручения и некоторые другие. Инкассовая форма расчетов используется банками также при списании средств со счетов плательщика без его согласия (без акцепта), производимом по инициативе некоторых государственных органов в случаях, когда такая возможность предусмотрена законом. В любом случае инициатива в проведении расчетов исходит от получателя платежа, который дает соответствующее поручение «своему» банку получить с должника причитающиеся ему суммы и тем самым произвести с ним расчет. Банк (банк-эмитент) обязуется по поручению клиента осуществить за счет клиента действия по получению от плательщика платежа и (или) акцепта платежа. Банк-эмитент, получивший поручение клиента, вправе привлечь для его вы-

полнения иной банк (исполняющий банк). Полученные (инкассированные) суммы должны быть немедленно переданы исполняющим банком в распоряжение банку-эмитенту, который обязан зачислить эти суммы на счет клиента. Исполняющий банк вправе удержать из инкассированных сумм причитающееся ему вознаграждение и возмещение расходов. Как и в форме расчетов по платежному поручению, банк-эмитент обязан информировать получателей (взыскателей) о ходе исполнения их поручений: получен или не получен платеж, получен или не получен акцепт плательщика.

Как видим, расчеты по инкассо в сопоставлении с рассмотренными выше двумя другими формами расчетов создают несколько неравные условия для плательщика и получателя. В более выгодном положении оказывается плательщик: ему не надо заранее перечислять причитающиеся получателю деньги и тем самым «замораживать» свои оборотные средства. Он пассивно ждет, когда получатель сам проявит инициативу и потребует у него платеж. Получатель же несет и все расходы, связанные с организацией платежа.

Специфика чека как формы расчетов обусловлена его принадлежностью к ценным бумагам. **Чек признается ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю.** В качестве плательщика по чеку может быть указан только банк, где чекодатель имеет средства, которыми он вправе распоряжаться путем выставления чеков. Отзыв чека до истечения срока для его предъявления не допускается. Выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Чек подлежит оплате плательщиком при условии предъявления его к оплате в срок, установленный законом. Пока еще закона о чеках нет и действует прежнее правило, закрепленное в Положении о чеках¹: на территории Российской Федерации чек подлежит оплате в течение 10 дней, если он выписан на территории России; 20 дней, если чек выписан на территории государств — членов СНГ; либо 70 дней, если чек выписан на территории любого другого государства. В целом же постановление Верховного Совета РФ от 13 февраля 1992 г. «О введении в действие Положения о чеках» утратило силу в связи с принятием части второй ГК РФ.

¹ Ведомости РФ. 1992. № 24. Ст. 1283.

Чек имеет строго установленные реквизиты. Он должен содержать наименование «чек», включенное в текст документа; поручение плательщику выплатить определенную денежную сумму; наименование плательщика и указание счета, с которого должен быть произведен платеж; указание валюты платежа; указание даты и места составления чека; подпись лица, выписавшего чек, — чекодателя. Отсутствие в документе какого-либо из указанных реквизитов лишает его силы чека. Чек, не содержащий указание места его составления, рассматривается как подписанный в месте нахождения чекодателя. Указание в чеке о начислении процентов на названную в нем сумму считается ненаписанным.

Преимущество чека по отношению к другим формам расчетов состоит в его оперативности и простоте. Чек может быть выписан в любое время и в любом месте. Специфическое свойство чека — обеспечение полной анонимности платежа в том смысле, что в нем не указывается, по какому поводу чекодатель выписывает чек, равно как и по какому поводу выплачиваются деньги чекодержателю.

Чек имеет некоторые особенности и как ценная бумага. Он, подобно всем ценным бумагам, может быть именованным, ордерным и предъявительским. Однако в п. 3 ст. 880 ГК РФ два последних вида чеков объединены родовым понятием — «переводной чек». Передача прав по предъявительскому чеку производится путем простого вручения новому чекодержателю, а по ордерному — путем индоссамента (передаточной надписи). Именные же чеки вообще не подлежат передаче другим лицам.

Чеки вправе использовать как юридические, так и физические лица. Книжка, содержащая бланки чеков, выдается банком своему клиенту на основании заключенного с ним договора. Для оплаты чеков могут использоваться два источника: деньги клиента, депонированные на специальном чековом счете, и средства, предоставляемые клиенту самим банком.

Для усиления доверия к чеку, повышения гарантий платежа по нему допускается применение так называемого авалья. Аваль может даваться любым лицом, за исключением плательщика (банка), на всю сумму чека или только ее часть. Аваль проставляется на лицевой стороне чека или на дополнительном листе путем надписи «считать за аваль» и указания, кем и за кого он дан. Если не указано, за кого он дан, то считается, что аваль дан за чекодателя. Аваль подписывается авалистом с указанием

места его жительства и даты совершения надписи, а если авалистом является юридическое лицо — места его нахождения и даты совершения надписи.

В случае отказа плательщика от оплаты чека солидарную ответственность перед чекодержателем несут все обязанные по чеку лица — чекодержатель, авалист, индоссант. Чекодержатель вправе потребовать от указанных лиц оплаты суммы чека, своих издержек на получение оплаты, а также процентов в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ. Такое же право принадлежит обязанному по чеку лицу после того, как оно оплатило чек.

Нередко складываются ситуации, когда держатель чека не предъявил его к оплате, либо предъявил, но по истечении установленного срока, либо неуплата по чеку не удостоверена способами, предусмотренными ГК РФ. В подобных ситуациях у кредитора — держателя чека есть право в соответствии с основным договором, оплата по которому в форме чека не произведена, предъявить требование к плательщику-должнику в общем порядке, в том числе подать иск в суд об оплате вещей, работ или услуг. Что касается требований по самому чеку, то для них установлен сокращенный срок исковой давности. Чекодержатель может предъявить иск к чекодателя, авалистам и индоссантам в течение шести месяцев со дня окончания срока предъявления чека к платежу. Регрессные требования по искам обязанных лиц друг к другу погашаются с истечением шести месяцев со дня, когда соответствующее обязанное лицо удовлетворило требование, или со дня предъявления ему иска.

7. Практика расчетных правоотношений выявила ряд существенных обстоятельств, недостаточное внимание к которым нередко порождает острые конфликты и служит почвой для совершения преступлений и иных правонарушений.

Во-первых, в заключаемом договоре надо четко устанавливать не только форму расчетов, но также сроки и порядок их осуществления, тесно увязывая между собой эти три условия договора. В этой связи интерес для предпринимательской и иной хозяйственной практики представляет узаконенный ныне **коммерческий кредит**. Он может использоваться при расчетах во всех договорах, исполнение которых предполагает передачу в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками (заменяемые вещи). Например, по договору купли-продажи при недостаточности средств у покупателей продавец может предоставлять им ком-

мерческий кредит в виде отсрочки или рассрочки оплаты товаров. И напротив, покупатель может предоставить такой же кредит продавцу в виде аванса или предварительной оплаты за приобретаемый товар. Подобное кредитование допускается и по другим договорам — о выполнении работ, предоставлении услуг. Необходимо подчеркнуть, что коммерческое кредитование может использоваться только субъектами гражданского права, имеющими между собой какие-то взаимные договорные обязательства. Простая же передача денежных средств под проценты есть акция противоправная. На таких условиях предоставлять денежные средства (кредит) заемщику вправе лишь банки и иные кредитные организации.

Во-вторых, широкое распространение в банковской практике получили разного рода фальшивые авизо (извещения, посылаемые одним контрагентом другому, об изменениях в состоянии взаимных расчетов, о переводе денег и т. п.). Для предупреждения незаконных выплат по подложным бумагам самим плательщикам и получателям денежных средств следует безукоризненно точно оформлять направляемые банкам платежные документы. Главное же — банкам тщательнейшим образом необходимо изучать поступившие к ним документы и, лишь убедившись в их полной безупречности, осуществлять банковскую операцию.

Закон, установив жесткие правила исполнения предъявляемых при расчетах документов, создал достаточно прочные юридические гарантии законности в этой сфере при условии, конечно, что соответствующие правовые нормы будут строго соблюдаться. Так, содержание платежного поручения и предоставляемых вместе с ним расчетных документов и их форма должны соответствовать требованиям, которые предусмотрены законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами. При несоответствии платежного поручения этим требованиям банк может поставить вопрос об уточнении содержания поручения. Такой запрос должен быть сделан плательщику незамедлительно по получении поручения. При неполучении ответа в срок, предусмотренный законом или установленными в соответствии с ним банковскими правилами, а при их отсутствии — в разумный срок банк может оставить поручение без исполнения и вернуть его плательщику, если иное не предусмотрено законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами или договором между банком и плательщиками.

Для исполнения аккредитива получатель средств представляет в исполняющий банк документы, подтверждающие выполнение всех условий аккредитива. При нарушении хотя бы одного из этих условий исполнение аккредитива не производится. При отказе исполняющего банка в принятии документов, которые по внешним признакам не соответствуют условиям аккредитива, он обязан незамедлительно проинформировать об этом получателя средств и банк-эмитент с указанием причин отказа. Если банк-эмитент, получив принятые исполняющим банком документы, считает, что они не соответствуют по внешним признакам условиям аккредитива, он вправе отказаться от их принятия и потребовать от исполняющего банка сумму, уплаченную получателю средств с нарушением условий аккредитива, а по непокрытому аккредитиву отказаться от возмещения выплаченных сумм.

Исполняющий банк, имея дело с расчетами по инкассо и обнаружив в поступившем от клиента поручении получить платеж отсутствие какого-либо документа или несоответствие документов по внешним признакам инкассовому поручению, обязан немедленно известить об этом лицо, от которого поручение было получено. В случае неустранения указанных недостатков банк вправе возвратить документы без исполнения.

Платательщик по чеку обязан удостовериться всеми доступными ему способами в подлинности чека, а также в том, что предъявитель чека является уполномоченным по нему лицом. При оплате индоссированного чека платательщик обязан проверить правильность индоссаментов, но не подписи индоссантов. Убытки, возникшие вследствие оплаты платательщиком подложного, похищенного или утраченного чека, возлагаются на платателя или чекодателя в зависимости от того, по чьей вине они были причинены. Лицо, оплатившее чек, вправе потребовать передачи ему чека с распиской в получении платежа.

В-третьих, в расчетных отношениях важно обеспечить своевременность и правомерность списания банком денежных средств со счетов клиентов (владельцев счетов), а также зачисления их на счета. Как правило, списание производится по распоряжению клиента. Однако вытекающее из договора денежное обязательство платателя перед контрагентом считается исполненным не тогда, когда платательщик дал «своему» банку поручение произвести платеж, а лишь в момент поступления денежных средств на счет получателя (взыскателя) в обслуживающем его банке. Таким образом, в расчетную операцию

оказываются вовлеченными по меньшей мере два банка, и каждый из них заинтересован, задержав платеж, «прокрутить» денежные средства.

Подобные акции законом запрещены. Банк обязан по распоряжению клиента выдавать или перечислять со счета денежные средства клиента не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета. В свою очередь, банк обязан и зачислять поступившие на счет клиента денежные средства не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета. В случаях несвоевременного зачисления на счет поступивших клиенту денежных средств либо их необоснованного списания банком со счета, а также невыполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета банк обязан в установленном порядке возместить убытки — уплатить на эту сумму проценты.

Банк не несет ответственности за несвоевременное списание, если средства на счете клиента отсутствовали либо к счету были предъявлены другие требования, подлежащие исполнению в первоочередном порядке. Неправильным признается списание (зачисление) в сумме, большей или меньшей предусмотренной в расчетных документах, либо списание (зачисление) без оснований, предусмотренных нормативными актами либо договором банковского счета.

После вступления в силу части второй ГК РФ, если нарушение правил совершения расчетных операций банком повлекло неправомерное удержание денежных средств, банк обязан уплатить проценты в порядке и размере, предусмотренных ст. 395 ГК РФ. Размер процентов определяется учетной ставкой банковского процента на день фактического осуществления расчетов. Если же убытки, причиненные получателю неправомерной задержкой расчетов, превышают сумму процентов, он вправе потребовать возмещения убытков в части, превышающей эту сумму.

Без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается в трех случаях: когда это предусмотрено договором между банком и клиентом; когда это установлено законом; по решению суда. Поскольку решения су-

дов основаны на законе, то различие двух последних случаев носит весьма условный характер.

Первая из ситуаций сходна с той, когда списание производится по распоряжению клиента. Однако здесь уже кроются возможности для корыстных нарушений законности, например, необоснованного списания денежных средств под прикрытием договора по сговору между клиентом и банком, неправомерного списания банком денежных средств на основании договора с последующим оправданием проделанного ссылкой на свое толкование договора.

Еще большие сложности возникают при безакцептном (беспорном) списании денежных средств по основаниям, установленным законом. Единого акта, в котором были бы установлены случаи такого списания, нет. Соответствующие правовые нормы «разбросаны» по многим законам. В ст. 399 ГК РФ дан перечень выпускаемых компетентными органами исполнительных документов — всего около двух десятков видов, которые служат основанием списания средств со счетов, в том числе по расчетным операциям. В частности, принимать такие решения вправе Центральный банк РФ — о взыскании штрафов с коммерческих банков, допустивших нарушения в своей деятельности; органы государственной налоговой службы — о списании со счетов юридических лиц недоимок по налогам и иным обязательным платежам, а также ряд других органов, но только в случаях, прямо указанных в законе.

К сожалению, практика свидетельствует о многочисленных фактах необоснованного списания денежных средств, которые затем после длительных судебных разбирательств возвращаются клиентам банков. Поэтому банкам при поступлении документов на подобное списание надлежит тщательно проверить два обстоятельства: относится ли орган, давший поручение на списание денежных средств, к числу тех, которые обладают таким правом; действительно ли законом, на который ссылается этот орган, установлена возможность списания денежных средств в безакцептном порядке, т. е. без согласия плательщика.

О серьезных трудностях, возникающих при безакцептном списании денежных средств со счетов юридических лиц, свидетельствует и то, что этот вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. В Суд обратились несколько руководителей коммерческих организаций с требованием распространить на юридических лиц действие ч. 2 и 3 ст. 35 Конститу-

ции РФ, устанавливающих, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Конституционный Суд РФ постановил, что по предписаниям государственных налоговых органов в беспорядочном порядке подлежат списанию недоимка (неуплаченный налог) и пеня (причиненный государству ущерб несвоевременной уплатой налога). Иначе обстоит дело с суммами, состоящими из разного рода штрафов и сокрытых или заниженных доходов (прибыли). Если налогоплательщик возражает против их списания, то выполнение предписания государственных налоговых органов в этой части приостанавливается и возникший спор подлежит рассмотрению в судебном порядке¹.

Что касается судов, то они, приняв решение в порядке гражданского, административного или уголовного судопроизводства, выдают исполнительный лист, который и предъявляется банку для списания указанных в нем сумм. Сложность состоит в том, что многие решения судов не исполняются под предлогом отсутствия средств на банковских счетах. Поиском же этих средств никто активно не занимается. Повышению исполнимости решений и арбитражных судов, и судов общей юрисдикции призваны служить два федеральных закона от 21 июля 1997 г. — № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве»² и № 118-ФЗ «О судебных приставах»³.

В-четвертых, в условиях, когда при расчетах хроническими стали неплатежи из-за недостаточности или отсутствия денежных средств на счетах клиентов банков, актуальным стал вопрос об очередности списания средств при проведении расчетных операций. При этом необходимо различать четыре типа очередей с неодинаковой последовательностью списаний.

Первый устанавливает очередность погашения требований по обязательству плательщика (должника) в отношениях с одним получателем денежных средств (кредитором). Сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежно-

¹ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 197.

² СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3591; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 декабря 2005 г. № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 8.

³ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3590; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

го обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получении исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга.

Второй тип регулирует очередность списания денежных средств, когда на них претендует несколько кредиторов. При наличии на счете денежных средств, сумма которых достаточна для удовлетворения всех требований, предъявленных к счету, списание средств со счета осуществляется в порядке поступления распоряжений клиента и других документов на списание (календарная очередность), если иное не предусмотрено законом. Если на счете недостаточно денежных средств для удовлетворения всех предъявленных к должнику требований, для их списания п. 2 ст. 855 ГК РФ установлено дополнительно шесть очередей.

В первую очередь осуществляется списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств со счета для удовлетворения требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также требований о взыскании алиментов. Во вторую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, по выплате вознаграждений по авторскому договору.

В третью очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации и фонды обязательного медицинского страхования. В четвертую очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, отчисления в которые не предусмотрены в третьей очереди. В пятую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований. В шестую очередь производится списание по другим платежным документам в порядке календарной очередности.

Списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди, производится в порядке календарной очередности поступления документов.

Третий тип устанавливает очередность удовлетворения требований кредиторов — индивидуальных предпринимателей, в отношении которых приняты решения о несостоятельности (банкротстве), и *четвертый* — в отношении объявленных несостоятельными (банкротами) или ликвидируемых по иным основаниям юридических лиц.

В ст. 64 ГК РФ, устанавливающую очередность удовлетворения требований кредиторов при ликвидации юридических лиц, неоднократно вносились изменения, последний раз — Федеральным законом от 3 января 2006 г. № 6-ФЗ. Теперь *в первую очередь* удовлетворяются требования граждан, перед которыми ликвидируемое юридическое лицо несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, путем капитализации соответствующих повременных платежей, а также по требованиям о компенсации 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 по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды; *в четвертую очередь* производятся расчеты с другими кредиторами.

8. Для эффективного использования в предпринимательстве договора и иных сделок важна правильная объективная оценка стоимости объекта сделки (товара, работы, услуги), что имеет особое значение в современных условиях недостаточно устойчивого функционирования отечественной экономики. Этой цели призван служить Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»¹. Согласно ему объекты оценки могут принадлежать Российской Федерации, ее субъектам или муниципальным образованиям, физическим и юридическим лицам. Сама оценка производится по рыночной или иной стоимости.

Субъектами оценочной деятельности вправе выступать, с одной стороны, оценщики — юридические и физические лица (индивидуальные предприниматели), а с другой — потребители их услуг (заказчики). Отношения между ними оформляются договором в письменной форме.

¹ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 157-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3456.

Недопустимо высокий уровень цен, позволяющий необоснованно обогащаться отдельным недобросовестным лицам, вызывает всеобщую обеспокоенность. Подобное имело место в недавнем прошлом, например, с ростом цен на бензин, на медикаменты, на цемент.

9. При заключении договоров, приведении расчетов и в иных сделках важное значение имеют два противоречивых обстоятельства. С одной стороны, в предпринимательских сделках необходима максимальная оперативность, быстрота оформления, а с другой — достоверность их содержания, в частности полная ясность и бесспорность в вопросе о лицах — участниках сделки и учиняемых ими подписях, подтверждающих совершение сделки.

К сожалению, судебной практике известны многочисленные случаи, когда оперативность заключения сделок достигается путем фальсификации содержания и подписей в юридически значимых документах, что порождает острейшие конфликты и продолжительные судебные тяжбы. Разрешению отмеченного противоречия, достижению гармонии между оперативностью заключения сделки и правдивостью ее содержания призван служить Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»¹. Он направлен на обеспечение правовых условий использования электронной цифровой подписи в электронных документах, при соблюдении которых эта подпись в электронном документе признается равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе.

Действие Федерального закона распространяется, в частности, на все отношения, возникающие при совершении гражданско-правовых сделок. Главная его идея — предупредить подделку подписей, перекрыть пути проникновения в электронную сеть хакерам, умельцам направлять документы (договоры — партнерам, расчетные документы — банкам и т. д.) якобы от имени хозяйствующих субъектов. Защита осуществляется набором современных технических средств (так называемых ключей, выражающихся в уникальной последовательности символов).

К обеспечению реализации Федерального закона привлекаются две управленческие структуры. Первая — являющиеся

¹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 127.

юридическими лицами удостоверяющие центры. Они выдают сертификаты ключей подписи и несут гражданскую ответственность перед их пользователями. Вторая — уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, который ведет единый государственный реестр сертификатов ключей и осуществляет иные полномочия. Уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в области использования электронной цифровой подписи в соответствии с Федеральным законом «Об электронной цифровой подписи» является подведомственное Мининформсвязи России Федеральное агентство по информационным технологиям. Положение об Агентстве утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 319¹.

В. В. Путин назвал электронную цифровую подпись ключом для российской экономики и предпринимательства, который создает благоприятную обстановку для развития деловой среды в России. С помощью Федерального закона удастся сформировать правовое поле электронного документооборота, на котором станут действовать и органы государственной власти, и всевозможные коммерческие и некоммерческие организации, и частные лица.

Законы об электронных цифровых подписях приняты также в США, Германии, Италии и ряде других стран. Существует даже Директива Европарламента и Совета Европы «Об электронной цифровой подписи». К этим странам присоединяется сейчас и Россия. Экономический эффект от действия Федерального закона, по предварительным расчетам, составит миллиарды рублей, а также будет сэкономлено огромное количество времени.

Государственной Думой ведется работа по подготовке изменений Федерального закона от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ, которые позволят более широко использовать его в практике различных деловых отношений. Имеется в виду, например, исключить из названия Федерального закона слово «цифровой», что откроет возможность применять в подписи не только цифровой, но и любой другой электронный носитель информации.

¹ СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2782.

Тема 9
**РОЛЬ В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ ОРГАНОВ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ И ОРГАНОВ
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ**

§ 1. Государство и муниципальные образования как субъекты гражданского права и предпринимательской деятельности. § 2. Властные полномочия органов государственной власти и органов местного самоуправления в отношении хозяйствующих субъектов. § 3. Взаимодействие органов государственной власти и органов местного самоуправления с хозяйствующими субъектами. Особые экономические зоны. Концессии. § 4. Техническое регулирование, регулирование единства измерений и обращения с отходами. § 5. Государство и малое предпринимательство. § 6. Защита прав потребителей

§ 1. Государство и муниципальные образования
как субъекты гражданского права
и предпринимательской деятельности

1. Уже с самого начала учебника, какая бы проблема в нем ни освещалась, мы были вынуждены постоянно обращаться к роли органов государства и местного самоуправления в ее решении. Это и понятно: предпринимательство есть сердцевина экономики, а экономика, в свою очередь, служит основой для всех общественно-политических и социальных процессов, происходящих в обществе. Система же правовых регуляторов экономической деятельности немыслима без активного участия органов государства и местного самоуправления. Теперь пришел черед рассмотреть вопрос о правосубъектности в предпринимательских отношениях самого государства и муниципально-го образования, их органов и организаций.

Подобно физическим и юридическим лицам, отправным пунктом предпринимательской правосубъектности государства и муниципальных образований служит их статус как субъектов гражданского права. При этом надо подчеркнуть, что никакими прерогативами, льготами и т. п. в гражданском правоотношении, по сравнению с другими «не властными» его участниками,

они не пользуются. Обновленное российское законодательство последовательно стоит на позиции о недопустимости какого бы то ни было смешения функций государства как властной политической организации, выражающей, представляющей, защищающей интересы российского народа и выступающей от имени народа, с его участием в качестве партнера в гражданском обороте, рыночных отношениях (см. ст. 124 ГК РФ).

2. Существенная особенность государства и муниципальных образований как субъектов гражданского правоотношения состоит в том, что возможность быть стороной таких отношений не обуславливается наличием у них статуса юридического лица. Нормы, определяющие участие юридического лица в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, применяются к ним в силу самого факта вступления в эти отношения. Однако сами территории — государство и муниципальные образования вступать в гражданские правоотношения не могут. Российская Федерация, любой ее субъект представлены многими структурными звеньями, начиная с президентов, глав администрации и др. *Муниципальное образование*, согласно ч. 1 ст. 131 Конституции РФ и ст. 2 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее — Федеральный закон о местном самоуправлении 2003 г.), *есть городское или сельское поселение, муниципальный район, городской округ либо внутригородская территория города федерального значения, в пределах которых осуществляется местное самоуправление.*

Сделаем небольшое отступление. Федеральный закон о местном самоуправлении 2003 г. в полном объеме на территории всей страны вступит в силу с 1 января 2009 г. Со дня его опубликования и до 1 января 2009 г. установлен переходный период, в течение которого определять конкретные сроки в каждом отдельном случае будут сами субъекты Российской Федерации, исходя из готовности к применению Федерального закона на своей территории². Таким образом, в течение трех лет будет

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

² См.: Федеральный закон от 12 октября 2005 г. № 129-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 42. Ст. 4216.

действовать наряду с новым также прежнее законодательство о местном самоуправлении, в том числе одноименный Федеральный закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ (далее — Федеральный закон о местном самоуправлении 1995 г.)- В учебнике по мере необходимости делаются ссылки на оба эти закона.

Действующим законодательством предусмотрены *два варианта возможного участия государства и муниципальных образований в гражданских правоотношениях. Во-первых*, от имени Российской Федерации и ее субъектов, а также муниципальных образований могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде соответственно органы государственной власти и органы местного самоуправления в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. Например, Президент РФ и палаты Федерального Собрания РФ могут действовать в гражданско-правовой сфере на основе соответствующих положений Конституции РФ, Правительство РФ — на основе Конституции РФ и Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации» и т. д.

В нормативных актах, как правило, определяются властные структуры, наделенные статусом юридического лица. Так, указами Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1313 и № 1315 утверждены положения о Министерстве юстиции РФ и о подведомственной ему Федеральной регистрационной службе¹. В соответствии с ними эти федеральные органы исполнительной власти являются юридическими лицами. Согласно Положению о Минюсте России министр утверждает положения о структурных подразделениях центрального аппарата Минюста России, его территориальных органах. Пользуясь предоставленным правом, министр приказом от 3 декабря 2004 г. № 183 утвердил, например, Общее положение о территориальном органе Федеральной регистрационной службы по субъекту (субъектам) Российской Федерации², которым этот орган (органы) — управление (управления) юстиции наделен (наделены) статусом юридического лица.

Таким образом, в общественные отношения все названные органы вступают в двух разных ипостасях: как властные органы

¹ Российская газета. 2004. 19 окт.

² Российская газета. 2004. 15 дек.

государственной власти, субъекты административного права и как субъекты гражданского права — юридические лица, наделенные собственником имуществом на праве оперативного управления. По своим обязательствам они отвечают находящимися в их распоряжении денежными средствами, а при недостаточности последних субсидиарную ответственность несет собственник, т. е. государство.

Выборные и иные органы местного самоуправления являются юридическими лицами в соответствии с уставом муниципального образования.

Из сказанного следует: *предпринимателям, вступая в контакт с властными структурами по инициативе последних или по собственной инициативе, всегда надлежит с самого начала уяснить, в каком статусе здесь выступает эта структура — как орган государственной власти, орган местного самоуправления или как субъект гражданского права, являющийся юридическим лицом.*

Никаких ограничений государственным органам и органам местного самоуправления для участия в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, не установлено. Важно лишь одно: они могут и должны действовать только в пределах предоставленной им компетенции. Данное обстоятельство дает повод утверждать, что эти органы обладают специальной правоспособностью. Сделки, заключенные ими с отступлением от установленной компетенции, могут быть признаны недействительными.

Необходимо подчеркнуть важность для нормального функционирования рыночных отношений (и как пример для других участников гражданско-правовых отношений) неуклонного выполнения Российской Федерацией, ее субъектами и муниципальными образованиями взятых на себя обязательств. Подлежат осуждению, в частности, попытки отдельных глав исполнительной власти субъектов Российской Федерации, впервые избранных на эту должность, отказаться от погашения долгов, оставшихся еще от прежней администрации.

Таким поведением субъекты Российской Федерации дискредитируют себя как участники гражданско-правовых отношений. Но дело не только в этом. Подобная позиция глав субъектов Федерации может породить ситуацию, сопоставимую с несостоятельностью (банкротством) хозяйствующих субъектов. Пункт 2 ст. 112 БК РФ устанавливает, что при определенных условиях уполномоченный на то орган государственной власти

Российской Федерации может передать исполнение бюджета субъекта РФ под контроль Минфина России. Если в сходном положении оказывается муниципальное образование, то исполнение местного бюджета может быть передано под контроль органа, исполняющего бюджет субъекта Федерации.

Во-вторых, в случаях и в порядке, предусмотренных федеральными законами, указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ, нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, по специальному поручению от их имени могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане.

Как субъекты гражданского права государство и муниципальные образования через свои компетентные органы вступают в самые различные отношения. Рассмотрение последних не входит в задачу настоящего учебника. Назовем для иллюстрации некоторые из них, имеющие связь с субъектами предпринимательской деятельности. Государство и муниципальные образования могут быть наследниками по закону и по завещанию. Завещать им свое имущество могут, естественно, и индивидуальные предприниматели. Обширны договорные и внедоговорные отношения с участием государства и муниципальных образований. Так, органы местного самоуправления в соответствии с законодательством Российской Федерации вправе выпускать муниципальные займы и лотереи, получать и выдавать кредиты. Подлежит возмещению вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов. Вред возмещается за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования.

3. Совершенно иначе регулируется участие государства и муниципальных образований в предпринимательстве. Постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2002 г. № 939' установлен четкий перечень субъектов государственного сектора экономики. Ими являются государственные унитарные предприятия, в том числе казенные; государственные учреждения; хозяйственные общества, в уставном капитале которых более

50% акций (долей) находится в государственной собственности; хозяйственные общества, относящиеся к государственному сектору экономики. Тем самым определены основные границы и государственного предпринимательства в структуре предпринимательства страны.

У государства и муниципальных образований отчетливо выделяются по крайней мере *три направления предпринимательской деятельности*. Первое — *участие в предпринимательской деятельности через посредство создаваемых коммерческих и некоммерческих организаций*. Различают три вида таких организаций. Это прежде всего государственные и муниципальные унитарные предприятия, которым имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения. Его собственники, т. е. государство и муниципальные образования, утверждают устав предприятия, назначают его руководителя и заключают с ним контракт, определяют предмет и цели деятельности предприятия, осуществляют контроль за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего предприятию имущества, имеют право на получение части прибыли от использования имущества (подробнее см. ст. 20 Федерального закона 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»)¹.

Два других вида — казенные предприятия и учреждения, за которыми имущество закреплено на праве оперативного управления. Собственники имущества вправе изъять у них излишнее, неиспользуемое либо используемое не по назначению имущество и распорядиться изъятим по своему усмотрению. Собственник же определяет порядок распределения доходов казенного предприятия. Если учреждению в соответствии с учредительными документами предоставлено право осуществлять приносящую доходы деятельность, то доходы, полученные от такой деятельности, и приобретенное за счет этих доходов имущество поступают в самостоятельное распоряжение учреждения и учитываются на отдельном балансе.

В настоящее время предпринимаются меры по реформированию государственных и муниципальных предприятий. Это

¹ См. также: Постановление Правительства РФ от 3 декабря 2004 г. № 739 «О полномочиях федеральных органов исполнительной власти по осуществлению прав собственника имущества федерального государственного унитарного предприятия» // СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 5074; 2006. № 13. Ст. 1408.

связано с необходимостью улучшения управления, повышения эффективности производства, конкурентоспособности выпускаемой продукции и производительности труда, снижения издержек производства, улучшения финансово-экономических результатов деятельности. Правительство РФ постановлением от 9 сентября 1999 г. № 1024 одобрило Концепцию управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации¹. В ней отмечается, в частности, что предусмотренные гражданским законодательством организационно-правовая форма унитарного предприятия и институт права хозяйственного ведения имеют ряд отрицательных свойств. Признано необходимым, чтобы организации в форме унитарного предприятия, в том числе казенного, создавались исключительно в тех случаях, когда цели и задачи, ради которых они создаются, не могут быть реализованы хозяйствующими субъектами иной организационно-правовой формы.

Второе направление предпринимательской деятельности — *участие в управлении приватизированным государственным и муниципальным имуществом*, когда акции созданных на его основе открытых акционерных обществ закреплены в государственной или муниципальной собственности. Представителями могут назначаться государственные или муниципальные служащие, а также иные лица, которые осуществляют свою деятельность на основании положения, утвержденного Правительством РФ. Государственное участие имеет место в ряде крупнейших коммерческих организаций общенационального значения, таких как РАО «ЕЭС России», открытые акционерные общества «Газпром», «Нефтяная компания «Роснефть», «Российские железные дороги», «Аэрофлот — российские авиалинии» и др. В РАО «ЕЭС России», например, государству принадлежит 52,7% акций, а в совете директоров его представители занимают 10 мест из 15. Распоряжением Правительства РФ от 30 января 2006 г. № 95-р выдвинуты кандидатами для избрания в качестве представителей Российской Федерации в советы директоров (наблюдательные советы) и ревизионные комиссии этих организаций заместитель Председателя Правительства РФ, руководители некоторых федеральных министерств и ведомств². При использовании специального права — «золотой акции» пред-

¹ СЗ РФ. 1999. № 39. Ст. 4626; 2000. № 49. Ст. 4825.

² СЗ РФ. 2006. № 7. Ст. 792.

ставители назначаются в совет директоров (наблюдательный совет) и ревизионную комиссию. Положение об управлении находящимися в федеральной собственности акциями открытых акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении открытыми акционерными обществами («золотой акции») утверждено постановлением Правительства РФ от 3 декабря 2004 г. № 738¹.

Наряду с участием государства через своих представителей в управлении приватизированным государственным имуществом все более активно используются также новые возможности, открывшиеся с принятием ГК РФ, допускающим передачу собственником своего имущества в доверительное управление другому лицу. Президент РФ 9 декабря 1996 г. издал Указ № 1660 «О передаче в доверительное управление закрепленных в федеральной собственности акций акционерных обществ, созданных в процессе приватизации»².

Во исполнение Указа Правительство РФ приняло постановление от 7 августа 1997 г. № 989 «О порядке передачи в доверительное управление закрепленных в федеральной собственности акций акционерных обществ, созданных в процессе приватизации, и заключения договоров доверительного управления этими акциями»³. Постановлением утвержден важный нормативный акт, детально регулирующий соответствующие общественные отношения: Правила проведения конкурсов на право заключения договоров доверительного управления закрепленными в федеральной собственности акциями акционерных обществ, созданных в процессе приватизации. От имени Российской Федерации учредителем доверительного управления закрепленными в федеральной собственности акциями поручено выступать Министерству государственного имущества РФ (теперь — Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом). Оно же и заключает соответствующие договоры с победителями конкурсов на право заключения договоров доверительного управления акциями.

Цель договора — увеличение поступления в федеральный бюджет доходов от акций, переданных в доверительное управление. Она достигается проведением мероприятий по повыше-

¹ СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 5073.

² СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5764; 1998. № 32. Ст. 3847.

³ СЗ РФ. 1997. № 45. Ст. 5193; 2004. № 31. Ст. 3268.

нию курсовой стоимости и ликвидности акций; ликвидацией и недопущением в дальнейшем возникновения задолженности акционерного общества перед бюджетами всех уровней, по выплате заработной платы и иным обязательным платежам; решением других задач, определяемых Правительством РФ при принятии решений о проведении конкурсов на право заключения договоров доверительного управления акциями.

Успех доверительного управления обусловливается двумя обстоятельствам. *Во-первых*, тем, насколько компетентно будут действовать доверительные управляющие — лица, которым акции передаются в управление, что делает актуальным предварительный доконкурсный отбор этих лиц. *Во-вторых*, успех зависит от того, насколько действенно будет отлажен механизм взаимосвязи между государством в лице учредителя доверительного управления и доверительным управляющим, контроль за выполнением доверительными управляющими договоров доверительного управления акциями.

В последнее время в пределах второго направления предпринимательской деятельности государства и муниципальных образований выделяется еще один относительно самостоятельный участок — *внесение государственного и муниципального имущества в качестве вклада в уставные капиталы хозяйственных обществ*. Оно осуществляется по решению соответственно Правительства РФ, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления. Логическим результатом подобной акции является получение части прибыли хозяйственного общества тем государственным или муниципальным образованием, которое внесло имущество.

Третье направление — *занятие предпринимательской деятельностью непосредственно самих органов государства и органов местного самоуправления*. Они осуществляют предпринимательство наряду с выполнением других функций. По общему правилу такого рода деятельность им запрещена. Согласно ст. 66 ГК РФ государственные органы и органы местного самоуправления не могут быть участниками полных товариществ и полными товарищами в товариществах на вере. Они не вправе выступать участниками хозяйственных обществ и вкладчиками товариществ на вере.

Но из приведенного общего правила федеральным законом (подчеркнем — только федеральным законом) могут устанавли-

ваться исключения. Так, в соответствии с приватизационными законами федеральный 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. К функциям специализированного учреждения по продаже федерального имущества отнесено владение от имени Российской Федерации переданными ему объектами до момента их продажи, в том числе осуществление полномочий Российской Федерации как акционера (участника) в хозяйственных обществах; выступление на основании поручения Правительства РФ учредителем хозяйственных обществ.

Новые обстоятельства, связанные с занятием государственными органами предпринимательской деятельностью, вызваны проводимой административной реформой. В соответствии с Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 новым федеральным органам исполнительной власти — федеральным агентствам поручено выполнение функций по оказанию государственных услуг. Под этими функциями понимается предоставление федеральными органами исполнительной власти непосредственно или через подведомственные им федеральные государственные учреждения либо иные организации безвозмездно или по регулируемым органами государственной власти ценам услуг гражданам и организациям в области образования, здравоохранения, социальной защиты населения и в других областях, установленных федеральными законами (подп. «д» п. 2 Указа).

Высказана точка зрения, что возникающие здесь отношения между федеральными агентствами и субъектами, которым оказываются государственные услуги, относятся к предпринимательским, с чем нельзя полностью согласиться. Указ Президента РФ государственные услуги независимо от их характера — в области образования, здравоохранения и др. — подразделяет на две группы. Одни — безвозмездные. Их оплата производится не за счет лица, которому услуги предоставляются, а за счет средств федерального бюджета, выделяемых федеральным агентствам в конце очередного финансового года на предстоящий год по федеральному закону о федеральном бюджете. Здесь расчетные отношения по оплате государ-

ственных услуг регулируются нормами публичного права, в данном случае — финансового. Предоставление таких услуг есть не что иное, как обычное осуществление государственным органом властных полномочий, не имеющих связи с предпринимательством.

Другие государственные услуги возмездны, регулируются нормами не публичного, а гражданского (частного) права. Они предоставляются на основе договора о возмездном оказании услуг, заключаемого между, с одной стороны, федеральным агентством непосредственно или через подведомственные ему федеральные государственные учреждения либо иные организации, а с другой — лицом (физическим или юридическим), которому услуга предоставляется. Последнее обязано оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг (п. 1 ст. 718 ГК РФ). И здесь можно вести речь о формирующемся новом направлении предпринимательской деятельности государства.

4. Будучи автономными участниками предпринимательских и иных гражданско-правовых отношений, государство и муниципальные образования юридически равны между собой. Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования как субъекты гражданского права и предпринимательской деятельности никаких преимуществ друг перед другом не имеют. Сами они, каждый из них в отдельности, несут ответственность по своим обязательствам. Российская Федерация не отвечает по обязательствам субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, а субъекты Российской Федерации, муниципальные образования не отвечают по обязательствам друг друга, а также по обязательствам Российской Федерации.

Это же касается взаимоотношений государства и муниципальных образований с созданными ими и на базе их собственности юридическими лицами. Юридические лица, созданные Российской Федерацией, ее субъектами, муниципальными образованиями, не отвечают по их обязательствам. Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования, в свою очередь, не отвечают по обязательствам созданных ими юридических лиц, кроме случаев, предусмотренных законом. Например, Российская Федерация несет субсидиарную ответственность по обязательствам казенного предприятия при недостаточности его имущества. В ч. 2 п. 3 ст. 56 ГК РФ сформулирована общая норма, распространяющая свое действие на государство и муници-

пальные образования: если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо имеют возможность иным образом определять его действия, на таких лиц в случае недостаточности имущества юридического лица может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам.

А каким же имуществом отвечают государство и муниципальные образования, когда они вступают в предпринимательские и иные гражданско-правовые отношения непосредственно сами, а не через создаваемые ими юридические лица? Ответ дан в п. 1 ст. 126 ГК РФ: всем принадлежащим им на праве собственности имуществом, кроме имущества, которое закреплено за созданными ими юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, а также имущества, которое может находиться только в государственной или муниципальной собственности (см. тему 6). Обращение взыскания на землю и другие природные ресурсы, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, допускается в случаях, предусмотренных законом.

5. Самостоятельное участие, включая ответственность, государства и муниципальных образований, а также создаваемых ими юридических лиц в предпринимательских и иных гражданско-правовых отношениях вовсе не свидетельствует о сепаратизме или самоизоляции их экономической деятельности. Правовые нормы о раздельной ответственности субъектов властной вертикали и создаваемых ими юридических лиц не применяются, если Российская Федерация приняла на себя гарантию (поручительство) по обязательствам субъекта Российской Федерации, муниципального образования или юридического лица. Не применяются они и тогда, когда перечисленные субъекты взяли на себя гарантию (поручительство) по обязательствам Российской Федерации.

Президент РФ 23 июля 1997 г. издал Указ № 773 «О предоставлении гарантий или поручительств по займам и кредитам»¹. Указом установлены три важные новеллы:

1) гарантии или поручительства Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти по займам и кредитам

СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3606.

не предоставляются организациям, имеющим задолженность по платежам в федеральный бюджет либо государственные внебюджетные фонды;

2) предоставление гарантий или поручительств Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти по займам и кредитам осуществляется на конкурсной основе;

3) органам государственной власти субъектов Российской Федерации при предоставлении ими гарантий или поручительств по займам и кредитам предложено применять порядок, предусмотренный этим Указом.

6. Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования нередко вступают в регулируемые гражданским законодательством отношения с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств. В этой связи возникает вопрос о статусе, в том числе ответственности, Российской Федерации в таких отношениях. Касается он не только России, но и любого другого государства. Государства свободно вступают в международные рыночные отношения, сами выбирают себе партнеров, заключают с ними различные сделки. Стабильность, эффективность функционирования мирового рынка не в последнюю очередь зависят от дисциплинированности государств, непрерываемого следования взятым ими обязательствам. Но не так уж редки ситуации, когда государства не выполняют свои обязательства, не платят за нефть, газ, оружие, другие товары. Как понудить государства к исполнению, как быть с их ответственностью?

В международном праве и национальных законодательствах можно обнаружить две основные тенденции. Одна исходит из того, что и во внешнеэкономических, торговых отношениях государство выступает не рядовым субъектом, а сувереном, обладающим в силу данного обстоятельства определенными льготами, преимуществами перед другими субъектами. В подобном подходе, несомненно, заинтересованы многие государства. Вторая тенденция — прямо противоположная. Она отражает позицию иностранных партнеров данного государства, заинтересованных в своем юридическом равенстве со всеми независимо от того, являются ли они государствами или иными субъектами права.

Какой тенденции придерживаться или балансировать между ними — вопрос для государства не только и не столько экономический, сколько политический. Право — лишь внешняя

юридическая форма, отражающая достигаемый здесь компромисс. Первая тенденция последовательно проводилась в СССР. Фактическая монополия государственной собственности в сочетании с государственной монополией во внешней торговле заранее ставили советское государство в привилегированное положение не только внутри страны, но и в экономических контактах с иностранным «элементом». Это служило серьезным тормозом для развития как внутренних, национальных, так и международных экономических связей.

В США, например, принято подразделять гражданско-правовые договоры на три группы. Первая: договоры непосредственно между самими предпринимателями. Они меньше всего подвергнуты государственному воздействию, в отношении их преобладает саморегулирование. Вторая: договоры потребительские, заключаемые предпринимателями с гражданами-потребителями. Здесь вмешательство государства значительно больше и направлено оно главным образом на защиту прав потребителей. Третья: договоры, в которых так или иначе участвует государство в лице своих полномочных органов и организаций. В этих гражданско-правовых отношениях урегулировано буквально все, что и понятно, ведь государство с помощью норм права устанавливает правила своего собственного поведения¹.

Россия — правопреемница СССР — постепенно во многих экономических отношениях отказалась от своей роли монополиста, в частности (о чем говорилось выше), она на равных вступает в предпринимательские и иные гражданско-правовые отношения с отечественными юридическими лицами и гражданами, на равных несет перед ними ответственность. Но остается нерешенной проблема ответственности Российской Федерации во взаимосвязях с иностранцами. Статьей 127 ГК РФ предусмотрено, что особенности ответственности Российской Федерации в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Пока такого закона нет и нет публикаций о ходе его разработки.

¹ См.: Яковлев В. Ф. Гражданский кодекс и государство // Вестник ВАС РФ. 1997. № 6. С. 135.

Что же такое иммунитет государства? В праве этот термин обозначает особую льготу, выражающуюся в том, что на некоторых лиц не распространяются общие положения законодательства, требования законности. Действует, например, иммунитет депутатов, которые не могут быть привлечены к отдельным видам юридической ответственности без предварительного согласия соответствующих представительных органов власти; существует и дипломатический иммунитет, означающий неприкосновенность определенных лиц дипломатического персонала. В этом ряду стоит также иммунитет государства и его собственности, раскрывающий особенности ответственности Российской Федерации в гражданско-правовых отношениях с участием иностранных граждан, юридических лиц и государств.

Какие трудности возникают при определении и осуществлении названного иммунитета? Три составляющие иммунитета государства и его собственности очевидны. Первая связана с подсудностью государства, т. е. с возможностью предъявить к государству без его согласия иск, вызвать в качестве ответчика в суд, принять судебное решение и т. п. Вторая составляющая — возможность без согласия государства обратить взыскание на его имущество, находящееся за рубежом, в том числе на денежные вклады в банках. Третья — возможность установления государством состава своего имущества, на которое никем, никогда и ни при каких условиях не может быть обращено взыскание.

Предположительно можно сказать: все три составляющие следует расценивать с позиций интересов государства, иначе никакой иммунитет не состоится. Кроме того, решать данную проблему нельзя в масштабе одного национального государства. Иммунитет у всех государств и их собственности должен быть примерно одинаковым. Без этого не установится приемлемый для всех государств мировой экономический правопорядок. И при разработке российского закона об иммунитете государства и его собственности надлежит исходить из уже сложившейся мировой практики, обычаев и иных норм международного права. Комиссия ООН по международному праву в 1991 г. закончила рассмотрение проекта статей об «иммунитете государства и его имущества»¹. Тем самым созданы необходимые юридиче-

¹ См. об этом: *Шапира Ж.* Международное право предпринимательской деятельности. М., 1993. С. 98.

ские предпосылки для принятия международного договора или конвенции, где будет предложено единообразное понимание и решение этой сложнейшей проблемы, постоянно присутствующей в межгосударственных экономических отношениях. В настоящее время ведется подготовительная работа к принятию такого акта.

§ 2. Властные полномочия органов государственной власти и органов местного самоуправления в отношении хозяйствующих субъектов

1. Конституция РФ обязывает органы государства и местного самоуправления использовать все имеющиеся у них возможности — материально-финансовые и организационные — для утверждения и развития предпринимательства на основе права и законности, для предупреждения и устранения в нем противоправных проявлений. Значительную роль здесь играют их властные полномочия. При этом особого внимания заслуживают два момента. Во-первых, властные полномочия органов государства и местного самоуправления устанавливаются законами и иными нормативными правовыми актами, в пределах которых они только и могут действовать. Во-вторых, реализация властными органами своих полномочий должна быть рациональной, не превращаться в рецидивы администрирования. В нашей стране последовательно проводится курс на ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, включая прекращение избыточного государственного регулирования, на сочетание властного воздействия на экономику с развитием в ней системы саморегулируемых организаций. В Послании Президента РФ 2005 г. серьезной задачей государства названо «проведение активной политики либерализации предпринимательского пространства, меры по... кардинальному расширению возможностей для свободного предпринимательства и сферы приложения капиталов».

Органы государственной власти и местного самоуправления применяют разнообразные формы и методы реализации своих властных полномочий, которые отчетливо подразделяются на две группы.

2. *Первую составляют те из них, которые распространяются только на предпринимательские организации, создаваемые органа-*

ми государства и местного самоуправления соответственно на базе государственной и муниципальной собственности. Специфика данных форм и методов состоит в том, что они отражают субординационный характер взаимоотношений между властными структурами и подчиненными им субъектами предпринимательской деятельности. Так, коммерческие организации в организационно-правовых формах государственного или муниципального унитарных предприятий создаются по решению уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления. Этими же органами утверждаются их учредительные документы — уставы. Органом унитарного предприятия является руководитель, который назначается собственником либо уполномоченным собственником органом и им подотчетен. Органы местного самоуправления определяют цели, условия и порядок деятельности предприятий, учреждений и организаций, находящихся в муниципальной собственности, и т. д.

Никаких особых сложностей, правовых проблем во взаимоотношениях государственных органов и органов местного самоуправления, с одной стороны, и созданных ими предпринимательских организаций — с другой, не возникает. Все зависит от инициативности, предпринимательской смекалки обеих сторон: у одной — от умения управлять, у другой — от умения хозяйствовать. Прямая обязанность государства, подчеркнул Президент РФ в Послании 2002 г., — эффективно управлять государственной собственностью, что, однако, удается далеко не всегда.

Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» заметно расширил права собственников в отношении унитарных предприятий, предоставил им новые широкие возможности в целях более эффективной деятельности этих предприятий. Ахиллесовой пятой процесса обеспечения эффективности государственной собственности в современной России (как и раньше в СССР) является вопрос оптимального соотношения прав собственника и прав предприятий, действующих на праве хозяйственного ведения и оперативного управления.

Меры по решению данного вопроса явились составной частью реформы федеральных органов исполнительной власти, между которыми четко распределены полномочия по управлению федеральной собственностью. Федеральные министерства

и федеральные службы в установленной сфере деятельности не вправе осуществлять функции по управлению государственным имуществом, кроме случаев, установленных указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ. Сейчас функции по управлению государственным имуществом осуществляют в установленной сфере деятельности федеральные агентства. Например, федеральные агентства: железнодорожного транспорта — по управлению государственным имуществом в сфере железнодорожного транспорта; воздушного транспорта — в сфере управления воздушного транспорта; по недропользованию — в сфере недропользования и т. д. Реализуя свои функции, федеральные агентства осуществляют в порядке и пределах, установленных федеральными законами, актами Президента РФ и Правительства РФ, полномочия собственника в отношении федерального имущества, необходимого для обеспечения исполнения функций федеральных органов государственной власти в установленной для агентства сфере деятельности, в том числе имущества, переданного федеральным государственным унитарным предприятиям и федеральным государственным учреждениям, подведомственным агентству.

Наиболее широкими полномочиями наделено Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом. Положение о нем утверждено постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2004 г. № 691'. Пунктом 1 постановления установлено, что Агентство «является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим... полномочия собственника... в сфере управления имуществом Российской Федерации...». Исключения из приведенного общего правила составляют лишь случаи, «когда указанные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации осуществляют иные федеральные органы исполнительной власти». Под данное исключение как раз и подпадают другие федеральные агентства. Специфика Федерального агентства по управлению федеральным имуществом состоит, таким образом, в том, что оно управляет двумя секторами федерального имущества: «закрепленным» за самим Агентством и тем, что не передано в управление иным федеральным органам исполнительной власти.

3. Значительно больший научный и практический интерес представляет *вторая группа форм и методов воздействия государственных органов и органов местного самоуправления, применяемых к предпринимательским организациям, прежде всего коммерческим, которые не находятся соответственно в государственной собственности и собственности муниципальных образований*. Некоторые из них распространяются также на государственные и муниципальные предпринимательские организации с учетом их субординационной специфики.

Здесь властность форм и методов воздействия на предпринимательство проявляется особенно ярко. По своему характеру они относятся к административно-правовым. Сюда входят уже рассмотренные в предыдущих темах государственная регистрация субъектов предпринимательства и лицензирование отдельных видов их деятельности, регистрация и выдача патентов на объекты интеллектуальной собственности. Регистрируются и тем самым разрешаются к использованию, в том числе в предпринимательской деятельности, и некоторые другие объекты. Они, например, перечислены в ст. 12 Федерального закона от 19 июля 1997 г. № 109-ФЗ «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами»¹.

Все возрастающую актуальность приобретает *контроль и надзор государственных органов и органов местного самоуправления за соблюдением законности в деятельности субъектов предпринимательства*. Трудности начинаются с определения границ контроля и надзора. Больше всего недоразумений возникает в осуществлении контрольной функции органами местного самоуправления. Нередко «сильные» предпринимательские структуры не склонны должным образом реагировать на их контрольные акции. Руководители же органов местного самоуправления подчас оправдывают свое бездействие, неактивность в контроле за соблюдением нормативно-правовых актов хозяйствующими субъектами отсутствием необходимых у них полномочий.

Между тем действующее законодательство не содержит предпосылок для возникновения подобных ситуаций. Границы и содержание контроля и надзора установлены в законах и иных нормативных актах. Здесь недопустимы как необоснован-

¹ СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3510; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

ное вмешательство государственных органов и органов местного самоуправления во внутрихозяйственную деятельность субъектов предпринимательства, так и противодействие последних правомерным контрольным акциям со стороны компетентных органов.

Контрольные и надзорные полномочия государственных органов и органов местного самоуправления исходят из Конституции РФ, которая относит к ведению Российской Федерации и совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов защиту прав и свобод человека и гражданина, обеспечение законности, правопорядка (п. «в» ст. 71 и п. «б» ч. 1 ст. 72). Конкретные контрольные и надзорные полномочия властных органов определяются в законах и положениях о статусе соответствующих органов.

Кардинальное перераспределение контрольных и надзорных полномочий произошло в ходе реформы федеральных органов исполнительной власти. В системе последних созданы новые государственные структуры — федеральные службы. Только они и наделены функциями по контролю и надзору. Федеральные службы находятся в ведении министерств и осуществляют свои функции в пределах сферы деятельности, установленной для соответствующего министерства¹. Сами же министерства выполнять функции по контролю и надзору не вправе. Исключения из данного правила могут устанавливаться указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ.

В стране образовано более 20 федеральных служб. По министерствам они распределены крайне неравномерно, что обусловлено особенностями установленных для министерств сфер деятельности. Например, в ведении Минпромэнерго России нет ни одной федеральной службы, а в ведении министерств природных ресурсов, сельского хозяйства и некоторых других — их по одной. В то же время в ведении двух министерств — юстиции и финансов находятся только федеральные

¹ Эти федеральные службы не следует смешивать с одноименными федеральными органами исполнительной власти — федеральными службами, которые осуществляют специальные функции в области обороны, государственной безопасности, защиты и охраны Государственной границы РФ, борьбы с преступностью, общественной безопасности, такими, например, как Федеральная служба безопасности РФ, Федеральная служба РФ по контролю за оборотом наркотиков.

службы. Шестью федеральными службами руководит непосредственно Правительство РФ, и они не имеют над собой надстройки в виде министерств. Одно из отличий руководимых Правительством РФ федеральных служб состоит в том, что они наряду с функциями, общими для всех федеральных служб, исполняют функции по принятию нормативных правовых актов. Другие федеральные службы осуществлять в установленной сфере деятельности нормативно-правовое регулирование (кроме случаев, установленных указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ) не вправе, а в пределах своей компетенции издадут лишь индивидуальные правовые акты.

Конкретные полномочия каждой из федеральных служб закреплены в положениях о них. Положения о федеральных службах, подведомственных министерствам, руководство которыми осуществляет Президент РФ, утверждаются его указами, а о всех остальных федеральных службах — постановлениями Правительства РФ. Предпринимателям, деятельность которых находится под контролем и надзором определенных федеральных служб, надлежит обстоятельно изучить соответствующие положения, с тем чтобы знать властные полномочия федеральных служб и при необходимости обоснованно пресекать их превышение со стороны последних. Федеральные службы имеют свои территориальные органы, действующие в регионах страны. Положения о них обычно утверждают сами федеральные службы. И предпринимателям важно знать также положения об этих низовых органах федеральных служб.

Всем предпринимателям, будь то физические лица или организации, целесообразно ознакомиться с Положением о Федеральной налоговой службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2004 г. № 506¹. Федеральная налоговая служба подведомственна Минфину России. С ее территориальными органами — управлениями Службы по субъектам Российской Федерации, межрегиональными инспекциями Службы, инспекциями Службы по районам, районам в городах, городам без районного деления, инспекциями Службы межрайонного уровня приходится постоянно иметь дело каждому хозяйствующему субъекту. На деятельность налоговых органов у

¹ СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3961; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 10 августа 2006 г. № 479 // СЗ РФ. 2006. № 33. Ст. 3638.

предпринимателей имеется больше всего нареканий, чаще всего между ними возникают конфликты, служащие поводом для разбирательства в судах. Работа фискальных органов подверглась жесткой критике в Послании Президента РФ 2005 г. «Налоговые органы, — говорится в нем, — не вправе «терроризировать» бизнес, многократно возвращаясь к одним и тем же проблемам. Они должны работать ритмично, своевременно реагировать на допущенные нарушения, при этом главное внимание уделяя проверкам текущего периода». Сказанное в адрес налоговых органов поучительно и для других органов контроля и надзора, а также и для предпринимателей.

Органы прокуратуры осуществляют от имени Российской Федерации надзор за исполнением действующих законов федеральными министерствами и ведомствами, представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, а также органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций¹.

К ведению органов местного самоуправления относятся охрана общественного порядка, организация и содержание муниципальных органов охраны общественного порядка, осуществление контроля за их деятельностью. Они же контролируют использование земель и водных объектов местного значения на территории муниципального образования, создают условия, в том числе методами контроля за соответствующими субъектами предпринимательства, для обеспечения населения услугами торговли, общественного питания, бытового обслуживания и т. д. Реагирование на выявленные нарушения законности зависит от их тяжести. В случаях, предусмотренных ГК РФ (ст. 61), органы местного самоуправления, равно как и государственные органы, могут предъявить в суд требование о ликвидации предпринимательской организации.

В решении вопроса декриминализации предпринимательства большие надежды связаны с Федеральным законом от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (от-

¹ См.: Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 168-ФЗ) // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 4 ноября 2005 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 45. Ст. 4586.

мыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма». К его реализации привлекаются не только государственные органы и органы местного самоуправления, но и широкая общественность, в том числе сами предпринимательские организации. Правительство РФ постановлением от 16 февраля 2005 г. № 82 утвердило Положение о порядке передачи информации в Федеральную службу по финансовому мониторингу адвокатами, нотариусами и лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг¹. Перечисленные лица при наличии у них любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции совершены или могут быть совершены в целях легализации (отмывания) полученных преступным путем доходов, обязаны незамедлительно сообщить об этом Федеральной службе по финансовому мониторингу (Росфинмониторингу). Положение о Росфинмониторинге, подведомственном Минфину России, утверждено постановлением Правительства РФ от 23 июня 2004 г. № 307².

4. Изучение нормативных правовых актов о контрольных и надзорных полномочиях органов государственной власти и местного самоуправления свидетельствует о том, что под властные полномочия этих органов подпадает буквально вся деятельность хозяйствующих субъектов и ее результаты, которые хоть как-то связаны с защитой прав и законных интересов граждан, будь то право на жизнь и охрану здоровья, на жилище, на образование, на получение достоверной информации, на благоприятную окружающую природную среду и др. *Контроль и надзор тем самым служат юридической гарантией прав и законных интересов граждан.*

Естественно, представители каждого властного органа — и государственного, и местного самоуправления — приходят на объекты хозяйствующего субъекта с разного рода проверками по вопросам, охватываемым их властными полномочиями. К тому же контроль и надзор властного органа не ограничен каким-то одним участком предпринимательства. Возьмем ту же Федеральную налоговую службу. Кроме функции, что следует из ее наименования, по контролю и надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации о налогах и сборах, она

¹ СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 659.

² СЗ РФ. 2004. № 26. Ст. 2676.

еще в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, осуществляет функции по контролю и надзору за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения в соответствующий бюджет иных обязательных платежей, а также за производством и оборотом этилового спирта, спирто-содержащей, алкогольной и табачной продукции и за соблюдением валютного законодательства Российской Федерации в пределах компетенции налоговых органов.

В середине 2005 г. насчитывалось более 40 различных государственных и муниципальных контрольно-надзорных структур. Действуют они не всегда в интересах дела, подчас мешают нормальной работе хозяйствующих субъектов, вынужденных по многу месяцев в году объясняться со сменяющимися друг друга «ревизорами». Известны факты, когда органы контроля и надзора, действуя по собственной инициативе или по заказу конкурентов определенных хозяйствующих субъектов, обрушивали на последних буквально шквал всевозможных, в том числе надуманных, проверок, парализующих предпринимательское дело и ведущих к его разорению. Подобная негативная практика контроля и надзора отражает общее неблагополучие, которое из года в год накапливается в среде государственных и муниципальных служащих вследствие возобладавшей бесконтрольности за их работой и безответственности за нарушения законности. Президент РФ в Послании 2005 г. отметил: «Наше чиновничество еще в значительной степени представляет собой замкнутую и подчас просто надменную касту, понимающую государственную службу как разновидность бизнеса». Недобросовестная часть бюрократии «стала использовать появившиеся у нас наконец благополучные условия и появившийся шанс для роста не общественного, а собственного благополучия».

Ситуация напоминает опасность, обнаружившуюся в самые первые годы советской власти и получившую название «комчванство», но так и оставшуюся непреодоленной, что послужило одной из причин гибели этой власти. Оздоровление нынешнего российского властного управленческого аппарата отвечает жизненным интересам государства, местного самоуправления, общества и всех граждан и требует их объединенных усилий. Нельзя оставлять без строгого юридического реагирования со стороны государства ни одно правонарушение, допущенное государственным или муниципальным служащим.

Весомый вклад призвана внести наиболее активная часть общества — предприниматели. Надо научиться работать, не прибегая к подкупу властных структур, не подхалимничая перед ними, быть способными смело, опираясь на силу права, противостоять любым противозаконным проявлениям «надменной касты» чиновничества.

5. Государство приняло правовые меры к исправлению сложившейся ситуации. Специальным нормативным правовым актом, направленным на упорядочение проверочных действий властных структур, служит Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)»¹. Он регулирует отношения в области защиты прав хозяйствующих субъектов при проведении государственного контроля (надзора) федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, подведомственными им государственными структурами (далее — органы государственного контроля), уполномоченными на проведение государственного контроля в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ устанавливаются порядок проведения мероприятий по контролю, осуществляемых государственными органами; права юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля, меры по защите их прав и законных интересов; обязанности органов государственного контроля и их должностных лиц при проведении контрольных мероприятий. Например, продолжительность мероприятия по контролю не должна превышать один месяц. Лишь в исключительных случаях срок может продлеваться, но не более чем на один месяц. В отношении одного юридического лица или индивидуального предпринимателя каждым органом государственного контроля плановое мероприятие по контролю может быть проведено не более чем один раз в два года. Внеплановые проверки проводятся лишь в случаях, указанных в Федеральном законе от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ (см. ст. 7). В названном Федеральном законе решена также постоянно возникающая в практике проблема

¹ СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3436; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 266-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

реагирования на анонимные сигналы о разного рода правонарушениях в деятельности хозяйствующих субъектов: обращения, не позволяющие установить лицо, обратившееся в орган государственного контроля, не могут служить основанием для проведения внепланового мероприятия по контролю. Юридические лица и индивидуальные предприниматели ведут журнал учета мероприятий по контролю. Вред, причиненный хозяйствующим субъектам вследствие неправомерных действий (бездействия) должностных лиц органов государственного контроля, подлежит возмещению в соответствии с гражданским законодательством.

Действие Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ не распространяется, однако, на все контрольно-надзорные акции государственных органов исполнительной власти. Его положения не применяются, в частности, к отношениям, связанным с проведением налогового, валютного, бюджетного, таможенного контроля; банковского и страхового надзора, а также других видов специального государственного контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов на финансовом рынке; оперативно-розыскных мероприятий, дознания, предварительного следствия, прокурорского надзора и правосудия и некоторым другим (см. п. 3 ст. 1).

Федеральным законом от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ исполнительные органы власти лишены права приостанавливать деятельность индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, их филиалов, структурных подразделений и т. д. Они могут лишь запрещать их деятельность временно на срок не более пяти суток до рассмотрения дела судом, а суд вправе приостановить деятельность на срок не более 90 суток.

6. Федеральным законом от 4 апреля 2005 г. № 32-ФЗ образована Общественная палата Российской Федерации¹. Указом Президента РФ от 30 сентября 2005 г. № 1138 утверждены 42 члена Палаты, а постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2005 г. № 590² создано федеральное государственное учреждение Аппарат Общественной палаты Российской Федерации и утвержден устав этого учреждения. Одно из направлений деятельности Общественной палаты — воспитание духа свободного предпринимательства в нашем обществе, защита предпринимателей. В ее структуре образована особая Комиссия

¹ СЗ РФ. 2005. № 15. Ст. 1277; 2006. № 1. Ст. 6.

² СЗ РФ. 2005. № 40. Ст. 4042.

по вопросам конкурентоспособности, экономического развития и предпринимательства.

7. Примечательна особенность уголовно-правовой защиты коммерческих или иных организаций, в том числе предпринимательских. Новый УПК РФ выделяет два относительно самостоятельных основания привлечения к уголовной ответственности по их заявлению. Первое целиком зависит от усмотрения руководителя организации. Оно наступает в случае, если деяние, предусмотренное гл. 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» УК РФ, причинило вред интересам исключительно самой этой организации, не являющейся государственным или муниципальным унитарным предприятием, и не причинило вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства. Такое уголовное дело возбуждается по заявлению руководителя данной организации или с его согласия.

Во всех других случаях привлечение к уголовной ответственности по заявлению таких организаций осуществляется на общих основаниях.

§ 3. Взаимодействие органов государственной власти и органов местного самоуправления с хозяйствующими субъектами. Особые экономические зоны. Концессии

1. В стране сложилась обстановка, при которой дальнейшее развитие общества на базе конституционных положений возможно лишь при непрерывных устойчивых связях между государством и предпринимательством, для установления и функционирования которых имеется сейчас широчайший простор. В рамках общих взаимосвязей государства и предпринимательства складывается также их взаимодействие. *Взаимодействие объединяет формы и методы, где властная сущность государственных органов и органов местного самоуправления не носит административно-обязательного характера или не проявляется во все.* Опираясь на них, властные органы оказывают помощь предпринимателям в их работе, создают стимулы для развертывания предпринимательства вглубь и вширь. Предприниматели, в свою очередь, содействуют властным органам в реализации их функций.

Для понимания сути взаимодействия и правильной его организации, для уяснения принципиальных отличий используемых

здесь форм и методов от показанных в § 2 настоящей темы необходимо рассмотреть особую связь, сложившуюся за последние годы между обществом, государством и предпринимательством, выражающуюся в *социальной ответственности хозяйствующих субъектов*. Эта тема стала одной из самых обсуждаемых. Как правило, подчеркивается социальная ответственность предпринимателей за своевременную и полную уплату налогов, выплату заработной платы работникам, за выпуск конкурентоспособной продукции, за создание новых рабочих мест и т. п.

Подобное понимание социальной ответственности предпринимателей не совсем верно, ибо в нем смешаны разнопорядковые явления. Социальная ответственность — понятие родовое, в нем надо выделять два аспекта: *негативный* и *позитивный*. *Негативный* включает ответственность за нарушение действующих социальных норм, прежде всего норм права. Условия и порядок применения юридической ответственности в каждом отдельном ее виде устанавливаются законом. Таким образом, государство вводит в действие *императивные, т. е. безусловно обязательные для исполнения, правила*.

Юридическая ответственность наступает только за виновное нарушение конкретной нормы права. Скажем, уголовная ответственность за уклонение от уплаты налогов предусмотрена ст. 198, 199 УК РФ. Разнообразна юридическая ответственность за нарушение законодательства о труде, включая невыплату заработной платы.

Поэтому юридическую ответственность как наиболее тяжкую и четко регламентированную государством надо постоянно выделять из общего состава социальной ответственности. Когда налицо такого рода ответственность (в приведенных примерах — за неуплату налогов и невыплату заработной платы), ее не следует растворять в некоей безликой социальной ответственности. Здесь юридическая ответственность реализуется принудительно методами обеспечения законности.

Но нет норм права, которые бы под страхом юридической ответственности возлагали на предпринимателей обязанность выпускать конкурентоспособную продукцию, увеличивать количество рабочих мест, хотя и обществу, и государству полезно и то и другое. В этих случаях речь идет о принципиально иной социальной ответственности — *позитивной*, когда требуемое поведение диктуется внутренним чувством людей, сознанием своего долга, пониманием важности совершаемых ими действий по

достижению ожидаемого обществом и государством результата. В пределах позитивной социальной ответственности хозяйствующих субъектов и складывается их взаимодействие с органами государственной власти и органами местного самоуправления.

Два правовых фактора играют главенствующую роль в определении взаимодействия. Во-первых, стороны, представляющие и государство, и предпринимательство, вступают в такие связи строго на добровольных началах как равноправные партнеры. Государство лишено возможности склонять предпринимателей к взаимодействию с собой путем их принуждения. Единственная основа и побудительный мотив взаимодействия — общие интересы государства и предпринимательства. Во-вторых, сам ход взаимодействия далеко не всегда регулируется нормами права, но фактически складывающиеся при этом отношения не должны противоречить им.

Таким образом, *особенность взаимодействия в системе связей государства и предпринимательства состоит в том, что оно может возникнуть на правовом поле, где формируются их общие интересы вне обязанностей, обеспечиваемых императивными нормами права.* Взаимодействие позволяет выявить и поставить на службу интересам общества и государства скрытые резервы государственной и хозяйственной практики и тем самым способствовать, в частности, максимальной активизации предпринимательской деятельности, тому, чтобы в полной мере использовать потенциал формируемой социально ориентированной рыночной экономики для выполнения сформулированной в Послании Президента РФ 2004 г. главной задачи современной России — добиться быстрого роста всех отраслей народного хозяйства и повышения на этой основе благосостояния народа, снижения бедности. В Послании 2006 г. Президент РФ, подчеркнув, что государство рассчитывает на рост предпринимательской инициативы во всех сферах экономики, вместе с тем назвал среди них традиционно сильные для страны, где взаимодействие государства и предпринимательства способно обеспечить мощный рывок: современную энергетику, коммуникации, космос, авиастроение.

2. Для фактического плодотворного взаимодействия между органами государства и органами местного самоуправления, с одной стороны, и предпринимателями — с другой, необходимы определенные предпосылки. Одной из неперенных предпосылок является доверие — уверенность партнеров в добросовест-

ности, искренности поведения друг друга. Точнее, *доверие есть смоделированное партнерами и обращенное в будущее представление о практике взаимодействия*. Без доверия не может быть достигнуто главное условие возникновения конкретного взаимодействия — согласие потенциальных его участников.

Доверие имеет два аспекта. Первый — взаимное доверие сторон: властных структур и предпринимателей. Доверие между взаимодействующими сторонами не есть некий абстрактный нравственный феномен. Оно завоевывается конкретными акциями, свидетельствующими об искренности отношений властных структур и предпринимателей, о единстве их намерений и дела. Доверие материализуется со стороны государства к хозяйствующим субъектам в относящемся к ним законодательстве, а со стороны хозяйствующих субъектов — в исполнении этого законодательства. Законодательство способно как укреплять, так и ослаблять, подрывать доверие, в связи с чем обеим взаимодействующим сторонам необходимо постоянно прилагать усилия к его совершенствованию. *Второй аспект — доверие хозяйствующих субъектов друг к другу*, без чего нельзя рассчитывать на успех в их взаимодействии с властными структурами, равно как и в предпринимательской деятельности вообще.

Доверие несовместимо с обманом, используемым отдельными хозяйствующими субъектами в отношениях со своими партнерами, в результате чего расстраиваются налаженные хозяйственные связи. Для восстановления и поддержания утрачиваемого доверия такие хозяйствующие субъекты нередко готовы прибегнуть к любым уловкам, что привело к возникновению оригинальной разновидности предпринимательской деятельности. Появились частные так называемые агентства-алиби, принимающие на себя обязательство «обелить» любого обманщика, собрать «доказательства» того, что, например, хозяйствующий субъект сорвал выполнение договора из-за наступивших чрезвычайных обстоятельств, что работник-прогульщик не вышел на работу по уважительной причине и т. д.

3. Функции государства распространяются на все сферы общества — экономическую, социальную, политическую и духовную. Соответственно, во всех этих сферах властные структуры взаимодействуют с предпринимателями. В поиске конкретных участков взаимодействия позитивную роль играет планирование, которое после распада СССР подвергалось не вполне компетентными, но чрезвычайно амбициозными младолибера-

лами необоснованной обструкции. Ныне планирование снова становится обязательным инструментом в руках властных структур. Планы содержат своеобразное приглашение хозяйствующим субъектам к сотрудничеству с властными структурами на определенных направлениях развития общества. В работе Правительства РФ складывается традиция среднесрочного планирования: утверждены социально-экономическая программа и финансовый план на 2006—2008 гг. Согласно Федеральному закону от 29 декабря 2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства»¹ Правительство РФ утверждает рассчитанные на пятилетний период государственные программы развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия. Первая такая программа рассчитана на 2008—2012 гг. Впервые с начала 2006 г. составной частью финансового плана стал федеральный бюджет. Федеральный бюджет на 2006 г. сформирован в рамках трехлетнего перспективного финансового плана. В Бюджетном послании Президента РФ «О бюджетной политике в 2007 году» сказано, что бюджет 2007 г., в свою очередь, должен стать основой для выработки бюджетной политики на новую бюджетную «трехлетку». Правительство РФ распоряжением от 19 января 2006 г. № 38-р утвердило Программу социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006—2008 годы) и план действий по ее реализации². На основе этой Программы все федеральные министерства обязаны разработать «детальный и комплексный план своей работы», а регионам рекомендовано разработать свои среднесрочные программы социально-экономического развития. Законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³ утверждают программы социально-экономического развития субъекта, представленные

¹ СЗ РФ. 2007. № 1. 4. I. Ст. 27.

² СЗ РФ. 2006. № 5. Ст. 589.

³ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

руководителем его высшего исполнительного органа государственной власти. Устойчивые успехи достигнуты, например, в развитии Омской области, чему в немалой степени способствует введение стратегического планирования. Действующая комплексная программа экономического и социального развития области рассчитана до 2011 г.

Федеральный закон о местном самоуправлении 2003 г. к полномочиям органов местного самоуправления отнес принятие и организацию выполнения планов и программ комплексного социально-экономического развития муниципального образования. Органы местного самоуправления, координируя участие предприятий, учреждений и организаций в этом деле, выступают инициаторами объединения материальных и финансовых ресурсов хозяйствующих субъектов с ресурсами самого местного самоуправления с целью вложения их в объекты экономической, социальной, духовной инфраструктуры, в наличии и эффективном функционировании которых заинтересованы все, кто живет и трудится на территории соответствующего муниципального образования.

В центре внимания и властных структур, и предпринимателей находится экономика, связывающая воедино их интересы. Формы взаимодействия в экономической сфере только начинают складываться — возникают, проходят проверку, отбираются и закрепляются оправдавшие себя на практике. Они входят в общую систему связей властных структур и предпринимателей. Поскольку взаимодействию свойственно согласие, то любая его форма должна быть выражением добровольно достигнутого соглашения сторон. Соглашения могут касаться самых различных вопросов, иметь неодинаковую связь с правом.

Универсальной формой взаимодействия является договор, заключаемый между представителями государства и хозяйствующими субъектами по правилам ГК РФ. В ГК РФ, других законах содержатся положения о ряде договоров, служащих установлению взаимодействия между государством и предпринимательством.

Наиболее обстоятельно регулируются отношения по поставкам для государственных нужд, осуществляемым на основе государственного контракта, так называемого *государственного заказа*. Этой проблеме посвящены ст. 525—534 ГК РФ. Принят

Федеральный закон от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»¹.

С 1 января 2006 г. вступил в силу Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»², установивший единый порядок размещения заказов. Размещаются они теперь только на аукционах и конкурсах. Ранее изданные федеральные законы, предусматривающие порядок размещения государственных и муниципальных заказов, применяются в части, не противоречащей этому Федеральному закону. Правительство РФ постановлением от 20 февраля 2006 г. № 94 установило, что федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, является ФАС России³, а постановлением от 3 марта 2006 г. № 117 — что федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на ведение реестра государственных контрактов, заключенных от имени Российской Федерации по итогам размещения заказов, с 1 января 2007 г. является Федеральное казначейство⁴.

Разновидностью государственного заказа является оборонный заказ, специфика которого — в цели заказа: поддержание необходимого уровня обороноспособности Российской Федерации. Действует Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе»⁵. В структуре Минобороны России образована Федеральная служба по оборонному заказу (Рособоронзаказ). Положение о ней утверждено Указом Президента РФ от 21 января 2005 г. № 56с⁶. Правительство РФ постановлением от 23 января 2004 г. № 41 утвердило

¹ СЗ РФ. 1994. № 34. Ст. 3540; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

² СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. I. Ст. 3105; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 142-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3441.

³ СЗ РФ. 2006. № 9. Ст. 1017.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 10. Ст. 1110.

⁵ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 6; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

⁶ СЗ РФ. 2005. № 5. Ст. 358.

два примерных государственных контракта на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по государственному оборонному заказу¹.

В 2006 г. В России впервые за последние 15 лет налажена ритмичная поставка новой военной техники. Курирует усилия всех соответствующих государственных заказчиков — Минобороны России, МЧС России, Минюста России и других, а их всего 37, Рособоронзаказ.

4. В труднейшую экономическую проблему превратились взаимные неплатежи предпринимательских организаций и иных участников экономических отношений и вытекающая отсюда хроническая нехватка у хозяйствующих субъектов собственных средств для осуществления предпринимательской деятельности. Ликвидации неплатежей могут способствовать органы местного самоуправления путем оказания *материально-финансовой помощи новым экономическим структурам*. Для капитализации необходимых для этого средств представительные органы местного самоуправления вправе в порядке и на условиях, установленных законодательством Российской Федерации, образовывать целевые внебюджетные фонды. Такие фонды могут образовываться и на уровне Российской Федерации, ее субъектов.

5. Совершенно новое качество воздействия государственных органов на предпринимательство складывается в зонах с особым экономическим режимом, создаваемых по опыту некоторых зарубежных стран, в частности Китая. Начали они создаваться в середине 1990-х гг.², и назывались они по-разному — свободные экономические зоны, особые экономические зоны. Имелась, например, свободная экономическая зона «Находка». Итог практике их функционирования подвел Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»³ (далее — Федеральный закон об ОЭЗ). Согласно ему унифицировано название зон — особые экономи-

¹ Российская газета. 2004. 30 янв.; СЗ РФ. 2005. № 35. Ст. 3613.

² См.: Указ Президента РФ от 25 февраля 1993 г. № 280 «О неотложных мерах по государственной поддержке становления и социально-экономического развития Ингушской Республики».

³ СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. II. Ст. 3127; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ // Российская газета. 2006. 23 дек.

ческие зоны (далее — ОЭЗ) и прекращена деятельность свободных и тому подобных зон. Сейчас допускается существование двух разновидностей ОЭЗ. Первую составляют ОЭЗ, ранее в России не создававшиеся. Их статус определяется Федеральным законом об ОЭЗ, который, в частности, в отношении ОЭЗ:

а) фиксирует *общие положения*. Сформулированы дефиниция понятия ОЭЗ как определяемой Правительством РФ части территории России, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности, и цели их создания — развитие обрабатывающих отраслей экономики, высокотехнологичных отраслей, производства новых видов продукции, транспортной инфраструктуры, туризма и санаторно-курортной сферы. ОЭЗ создаются на 20 лет, и срок этот не подлежит продлению. Узаконены *три типа ОЭЗ: промышленно-производственные*, нацеленные на производство и (или) переработку товаров (продукции) и их реализацию, они размещаются на участках территории, которые имеют общую границу и площадь которых составляет не более 20 кв. км; *техничко-внедренческие* (их еще называют технопарками), нацеленные на создание и реализацию научно-технической продукции, доведение ее до промышленного применения, они размещаются не более чем на двух участках территории, общая площадь которых составляет не более чем 3 кв. км; *туристско-рекреационные*, предназначенные для путешествий и отдыха, восстановления здоровья, они размещаются на одном или нескольких участках территории, определяемых Правительством РФ. ОЭЗ, за исключением туристско-рекреационной, не может располагаться на территориях нескольких муниципальных образований; не должна включать в себя полностью территорию какого-либо административно-территориального образования; не вправе допускать размещение на своей территории объектов жилищного фонда. Внесены предложения и обсуждается целесообразность создания иных типов ОЭЗ, в частности морских и воздушных портов;

б) регулирует *порядок создания и управления*. ОЭЗ призваны одновременно решать задачи федеральные, региональные и местные. Создается каждая отдельная ОЭЗ постановлением Правительства РФ, но только по совместной заявке субъекта РФ и муниципального образования, после чего все они заключают еще между собой соглашение о создании ОЭЗ.

Разработка единой государственной политики и нормативно-правовое регулирование в сфере создания и функциониро-

вания ОЭЗ возложены на Минэкономразвития России. Для управления ОЭЗ Указом Президента РФ от 22 июля 2005 г. № 855 образовано подведомственное этому министерству Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами (РосОЭЗ)¹. Постановлениями Правительства РФ в 2005 г. утверждены: 19 августа — Положение об этом Федеральном агентстве², а 13 сентября — Положение о проведении конкурса по отбору заявок на создание особой экономической зоны и Правила оформления и подачи заявки на создание особой экономической зоны³. Непосредственное управление конкретными ОЭЗ осуществляет действующий в каждой из них отдельный территориальный орган РосОЭЗ.

Для координации деятельности властных структур, а также хозяйствующих субъектов, действующих на территории ОЭЗ, создается наблюдательный совет ОЭЗ, куда наряду с представителями властных органов входят, что следует подчеркнуть особо, представители резидентов ОЭЗ (о них см. ниже) и иных организаций. Правительство РФ постановлением от 13 декабря 2005 г. № 758 утвердило Положение о наблюдательном совете особой экономической зоны⁴;

в) устанавливает *особенности предпринимательской деятельности*. В частности, особенностью является то, что в ОЭЗ *есть хозяйствующие субъекты, которых нет на иных территориях страны*, — резиденты ОЭЗ. Именно на них распространяется особый режим предпринимательской деятельности. Наряду с резидентами осуществляют деятельность здесь и хозяйствующие субъекты с обычным статусом — нерезиденты ОЭЗ.

Резидентом промышленно-производственной ОЭЗ может стать лишь коммерческая организация, а технико-внедренческой — индивидуальный предприниматель или коммерческая организация. В обоих случаях такого права лишены унитарные предприятия. Регистрирует юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в качестве резидентов орган управления ОЭЗ. Между резидентами и этим органом заключаются также

¹ СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. II. Ст. 3136.

² СЗ РФ. 2005. № 35. Ст. 3611; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 31 июля 2006 г. № 470 // СЗ РФ. 2006. № 32. Ст. 3578.

³ СЗ РФ. 2005. № 38. Ст. 3821, 3822; 2006. № 32. Ст. 3579.

⁴ СЗ РФ. 2005. № 51. Ст. 5544; 2006. № 33. Ст. 3634.

соглашения на срок не более 10 лет о ведении, в зависимости от типа ОЭЗ, промышленно-производственной или технико-внедренческой деятельности.

Федеральным законом резидентам предоставляется ряд преимуществ, например налоговых, таможенных, визовых, их представители участвуют в наблюдательном совете ОЭЗ. Определенные льготы резидентам ОЭЗ предоставляют в пределах своих полномочий также власти субъектов РФ. Они, как правило, сроком на пять лет освобождают резидентов от уплаты местных налогов: на землю, на имущество, транспортного налога и налога на прибыль в той части, которая поступает в региональные бюджеты. Установлены льготы для иностранных организаций-резидентов¹. Вместе с тем резиденты несут обременения. Так, они не вправе иметь филиалы и представительства вне ОЭЗ, органы управления ОЭЗ контролируют исполнение ими заключенных соглашений о ведении предпринимательской деятельности, резиденты промышленно-производственных ОЭЗ обязаны осуществить в течение 10 лет капиталовложения в размере не менее 10 млн евро, в том числе в первый же год после подписания соглашения — не менее 1 млн евро.

Вторую разновидность составляют две ОЭЗ, созданные в середине 1990-х гг. и действующие на основе отдельных федеральных законов о них: от 31 мая 1999 г. № 104-ФЗ «Об Особой экономической зоне в Магаданской области»² и от 10 января 2006 г. № 16-ФЗ «Об Особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»³. На отношения, урегулированные этими законами, положения Федерального закона об ОЭЗ не распространяются. Но последняя редакция Федерального закона об ОЭЗ в Магаданской области и новый Федеральный закон об ОЭЗ в Калининградской области несут на себе явный отпечаток Федерального закона об ОЭЗ.

¹ См.: Федеральный закон от 3 июня 2006 г. № 75-ФЗ о внесении изменений в НК РФ и Федеральный закон об иностранных инвестициях // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2382.

² СЗ РФ. 1999. № 23. Ст. 2807; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 26 декабря 2005 г. № 189-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 52. Ч. II. Ст. 5602.

³ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 280.

Отметим характерные черты Федерального закона об ОЭЗ в Калининградской области:

а) в состав ОЭЗ входит вся территория этого субъекта Федерации;

б) данный Федеральный закон устанавливает специальный правовой режим хозяйственной, производственной, инвестиционной и иной деятельности в ОЭЗ с учетом геополитического положения области в целях ускорения ее социально-экономического развития;

в) обеспечение специального правового режима возложено на управление ОЭЗ, которое разделено между двумя структурами: уполномоченным органом — федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению особыми экономическими зонами (таким органом в настоящее время является РосОЭЗ), и администрацией ОЭЗ — структурным подразделением высшего исполнительного органа государственной власти области. Их полномочия распределены следующим образом: администрация обеспечивает организацию функционирования ОЭЗ, а уполномоченный орган осуществляет взаимодействие с федеральными органами государственной власти, а также координацию взаимодействия администрации и федеральных органов исполнительной власти;

г) специальный правовой режим включает особенности: статуса юридических лиц — резидентов ОЭЗ; действия таможенного режима свободной таможенной зоны, применяемого в области; налогообложения и валютного контроля в ОЭЗ; порядка въезда в область, выезда из области и пребывания на ее территории.

Всего в мире, по оценкам специалистов, насчитывается 3 тыс. ОЭЗ. Они имеются в 120 странах, и работает в них 50 млн человек. У нас в стране первый конкурс субъектов Федерации на право создать ОЭЗ, которые действовали бы в соответствии с Федеральным законом об ОЭЗ, Правительство РФ инициировало в конце 2005 г. На конкурс были представлены 72 заявки от 47 субъектов Федерации, содержавшие проекты ОЭЗ. Конкурсный отбор прошли шесть претендентов: двое на создание промышленно-производственных и четверо — на создание технико-внедренческих зон. 18 января 2006 г. Правительство РФ и шесть регионов-победителей подписали соглашение о создании особых экономических зон. Соглашением, в частности, распределены доли финансового участия центра и ре-

гионов при создании ОЭЗ, сформированы наблюдательные советы всех ОЭЗ. С момента подписания соглашения инвесторы получили право вкладывать деньги в ОЭЗ и размещать здесь свои производства. В федеральном бюджете на 2006 г. на развитие инфраструктуры ОЭЗ выделено 8 млрд руб. Конкурсы на право создать ОЭЗ будут проводиться и в дальнейшем. Осенью 2006 г. проводился, например, конкурс на право создания ОЭЗ туристско-рекреационного типа.

6. Экономическая сфера имеет теснейшие прямые и обратные связи с другими сферами общества. В Послании Президента РФ 2004 г. подчеркнуто, что «действительно надежную основу для долговременного решения социальных проблем, в том числе и борьбы с бедностью, может дать только экономический рост». Экономический рост, включая производительность труда, в свою очередь, во многом зависит от уровня решения социальных проблем — здравоохранения, жилищной и др. Поэтому и в социальной сфере в силу объективных причин интересы государства и предпринимательства тесно переплетены.

Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления в решении острых социальных проблем, таких, например, как смягчение материальных и моральных последствий безработицы, используют договорную форму. Согласно ст. 24 Закона РФ «О занятости населения в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 20 апреля 1996 г. № 36-ФЗ)¹ они по предложению и при участии органов службы занятости организуют в целях обеспечения временной занятости населения проведение оплачиваемых общественных работ. Правительство РФ постановлением от 22 апреля 1997 г. № 458 утвердило Порядок регистрации безработных граждан², а постановлением от 14 июля 1997 г. № 875 — Положение об организации общественных работ³.

¹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ // СЗ РФ 2006 № 1 Ст. 10.

² СЗ РФ. 1997. № 17. Ст. 2009; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 1 февраля 2005 г. № 49 // СЗ РФ. 2005 № 7. Ст. 560.

³ СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3533; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 1 февраля 2005 г. № 49 // СЗ РФ. 2005. № 7. Ст. 560.

Общественные работы проводятся главным образом в предпринимательских организациях. Отношения между органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами службы занятости и предпринимательскими организациями регулируются договорами о совместной деятельности по организации и проведению общественных работ.

Участие граждан в общественных работах допускается только с их согласия. Финансирование общественных работ производится за счет средств организаций, в которых организуются эти работы. При необходимости для проведения общественных работ привлекаются средства субъектов Российской Федерации и средства фонда занятости.

Представители государства и хозяйствующие субъекты могут заключать не только договоры, предусмотренные федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, но и любые иные, которые они сочтут нужными. Надо лишь, чтобы договоры не противоречили действующему законодательству (об основаниях признания договоров недействительными см. ст. 166—188 ГК РФ). Так, руководители городских и иных муниципальных образований (мэры, главы администраций и т. п.) заключают договоры с производителями сельскохозяйственной продукции о закупке продовольствия; с предпринимательскими организациями, расположенными на территории соответствующего муниципального образования, — об их участии в работах по благоустройству этих территорий; с потребительскими обществами и их союзами — о производстве пищевых продуктов и непродовольственных товаров с последующей их реализацией через организации розничной торговли и т. д.

Недостатком многих из этих договоров является их неполнота и неконкретность. В договорной практике не изжиты еще и рецидивы командно-бюрократической системы управления, когда в тексте договоров звучит приказной тон, явно в неравное положение ставятся партнеры органов местного самоуправления.

Договоры как форма взаимодействия при всей их значимости имеют некоторые «естественные» ограничители в использовании. Они удобны, когда число участников невелико и в них надо, например, самым подробным образом определить права и обязанности сторон, а в цифрах (рублях, весе, размере и тому подобных показателях) — предмет договора и другие

детали. Сложны процедуры заключения и контроля исполнения договоров. Все это вызывает трудности в организации с их помощью взаимодействия на крупных территориях с большим числом участвующих в нем лиц. Как следствие, на практике широко применяются и показывают высокую эффективность менее формализованные формы, получившие название «соглашения». В зависимости от того, какие планируется решать вопросы, во взаимодействие наряду с государственными органами и предпринимателями могут вовлекаться также другие заинтересованные лица.

Соглашения заключаются на различных условиях, различными участниками и разнообразны по содержанию. Сложилась вертикально структурированная система территориальных соглашений, охватывающих всю страну. В январе 2005 г. подписано Генеральное соглашение между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ, рассчитанное на 2005—2007 гг. Стороны обязались совместно действовать для достижения общих целей, из которых к числу приоритетных отнесены проведение в предстоящий период социально-экономической политики, обеспечивающей право работников на достойный труд, повышение качества жизни работников и их семей, резкое сокращение масштабов бедности на основе повышения эффективности отечественной экономики, увеличения валового внутреннего продукта.

Сходные соглашения заключаются и в регионах — в Москве, в Кемеровской области и др. Подобные соглашения заключаются и на местном уровне между предпринимателями и органами местного самоуправления.

К сожалению, не прекращаются попытки давления властей на предпринимательские структуры с целью заставить последних подписать невыгодные для них договоры и соглашения. Например, администрация Выселковского района Краснодарского края принуждала сахарный завод «Кристалл» заключить два соглашения — о взаимодействии и о социально-экономическом сотрудничестве, смысл которых состоял в установлении неправомερных поборов с предприятия. Переговоры о заключении соглашений сопровождались и подкреплялись со стороны органов власти тем, что на заводе в течение трех месяцев было проведено более 20 разного рода проверок. Прокуратура края в октябре 2005 г. направила главе района предупреждение

о возможной юридической ответственности — административной либо уголовной — за нарушение закона.

7. Оригинальные формы взаимодействия складываются в политической сфере. Они призваны выражать участие хозяйствующих субъектов в делах государства. Сразу заметим, что за пределами взаимодействия находится работа предпринимателей, состоящих на службе в законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти и органах местного самоуправления, где они имеют возможность непосредственно во властных структурах выражать и защищать интересы предпринимательства. К сожалению, есть лица, которые, несмотря на категорические законодательные запреты, продолжают заниматься предпринимательством и после прихода во власть.

Главным участком непосредственно самого взаимодействия в политической сфере является, пожалуй, правотворчество. Сами предпринимательские организации не обладают правом законодательной инициативы. Но общая позиция и государства, и хозяйствующих субъектов состоит в том, чтобы законы и иные нормативные правовые акты, касающиеся создания, изменения и дополнения правил предпринимательской деятельности, максимально учитывали интересы предпринимательского сообщества. До недавнего времени процесс проходил стихийно и нередко носил противоправный характер. Не было и организационных форм, сконцентрированных на поиске путей совершенствования нормативно-правового регулирования общественных отношений с участием хозяйствующих субъектов.

В данной проблеме видится два аспекта. *Первый* относится к законотворчеству. Отчетливо сформулировал здесь свою позицию Российский союз промышленников и предпринимателей: совершенствование законодательного регулирования экономической деятельности в стране составляет приоритет в сфере отечественного предпринимательства. Объединения предпринимателей стараются делегировать во власть своих представителей, финансируя их избирательные кампании в обмен на обещание, что после избрания те будут лоббировать законы, нужные входящим в объединение предпринимателям. С этой же целью имел место да и имеет сейчас подкуп лиц, уже находящихся в законодательной власти. Специалисты даже подсчитали рентабельность такого рода лоббистской деятельности, которая составила 85%.

Коррупция, связанная с подкупом депутатов, стала все отчетливее обнаруживаться по мере расширения и укрепления предпринимательского сектора в экономике. Еще в 1994 г. в Государственную Думу был внесен законопроект «О регулировании лоббистской деятельности в федеральных органах государственной власти», который до сих пор не принят. Однако сделан серьезный шаг к упорядочению участия предпринимательского сообщества в законотворчестве: решено создать при Государственной Думе Координационный совет предпринимательских союзов России, которому поручено проводить общественную экспертизу законопроектов по экономической проблематике.

Второй аспект проблемы — взаимодействие в нормотворчестве исполнительных органов государственной власти. И здесь формы взаимодействия быстро развиваются. Так, до недавнего времени действовал Совет по предпринимательству при Правительстве РФ. В апреле 2004 г. он преобразован в Совет по конкурентоспособности и предпринимательству. В отличие от прежнего состава в Совет входят представители не только крупного, но также среднего и малого предпринимательства. Совет намечает пути решения общих задач исполнительной власти и предпринимательства в масштабе всей страны, в том числе по подготовке высококачественных государственных нормативных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность.

8. Опыт проводимых в стране преобразований свидетельствует: ни одна серьезная проблема, к какой бы сфере общества она ни относилась, не может быть снята ни государством, ни предпринимателями вне их взаимодействия. Уже стала широко распространенной в деловом обороте и соответствующая аббревиатура — ГЧП (государственно-частное партнерство).

Возьмем, казалось бы, такую далекую от предпринимательства проблему, как реформа образования. За последние годы, отметил Президент РФ в Послании 2004 г., число оканчивающих средние школы фактически сравнялось с числом принимаемых в высшие учебные заведения. Вместе с тем более половины выпускников вузов не находят работу по специальности, притом что в стране сохраняется острый дефицит квалифицированных кадров. Без участия хозяйствующих субъектов — работодателей проблему не решить. 14-й съезд РСПП выступил, например, с инициативой снова вернуть производственно-технические училища (ПТУ) в ведение предприятий, с тем чтобы

последние имели возможность готовить для себя будущие молодые кадры.

В июне 2006 г. на VIII съезде Российского союза ректоров подписано Соглашение о стратегическом партнерстве между этим союзом и РСПП, Торгово-промышленной палатой РФ, общественными объединениями предпринимателей «Деловая Россия» и «ОПОРА России». В целом предпринимательские структуры выступают за более тесное их взаимодействие с властными органами в организации образования молодежи. Так, многие программы вузов, техникумов, средних специальных учебных заведений далеко не в полной мере учитывают современные требования к качеству подготовки специалистов, в связи с чем вполне уместно привлечение предпринимателей-работодателей к составлению учебных программ и т. д.

Ныне в России на основе ГЧП разрабатываются и реализуются многие крупные инвестиционные проекты по реконструкции и строительству новых предприятий, дорог, мостов, электростанций, разведке полезных ископаемых. Без развития и укрепления ГЧП невыполнимо выполнение приоритетных национальных проектов в области образования, здравоохранения, жилищного строительства, агропромышленного комплекса.

Примеров много. В последние годы стала складываться неудовлетворительная ситуация в жилищном строительстве: не снижается производственный травматизм, подчас обрушиваются возводимые здания, оказались обманутыми многие десятки тысяч граждан, вложивших свои средства в доленое строительство. Так, по данным Госжилинспекции, каждый третий построенный дом имеет какие-либо дефекты и зачастую сдается в эксплуатацию с неустранимыми отклонениями от проекта. Исправление ситуации потребовало объединения возможностей государства и занимающихся строительством предпринимателей. В частности, весной 2006 г. подписано Соглашение о сотрудничестве между Росстроем и Ассоциацией строителей России. Стороны Соглашения обязались: государство — систематически обновлять нормативные правовые акты, регулирующие деятельность в области строительства, и усилить контроль за их соблюдением; коммерческие строительные организации — а они почти все негосударственные — улучшить качество строительных работ.

ГЧП — дело не новое. Оно уже давно получило широкое распространение за рубежом в государствах, где допускается

многообразии форм собственности. В марте 2005 г. Совет Европы рекомендовал странам — членам Евросоюза активнее использовать структуры ГЧП в своей деловой практике.

9. Складываются перспективные формы взаимодействия, которые служат выявлению и сближению интересов сторон, поиску сфер эффективного приложения совместных усилий. Ведь конфликтные ситуации между властными органами и хозяйствующими субъектами нередко возникают из-за отсутствия взаимопонимания, недостаточной информированности о проблемах, с которыми встречаются и те и другие в своей деятельности. Важным средством преодоления отчуждения служат *регулярные встречи государственных и муниципальных служащих, а также хозяйствующих субъектов для совместного обсуждения складывающейся практики их взаимодействия, выяснения и разрешения претензий друг к другу, выработки мер более эффективного реформирования экономики и развития предпринимательства*. Проводятся «круглые столы», где вырабатываются совместные рекомендации.

10. Формирование социально ориентированной рыночной экономики с преобладанием в ней предпринимательского способа хозяйствования объективно обуславливает резкое возрастание потребности *в квалифицированных кадрах, способных решать принципиально новые экономические задачи*. По оценкам же экспертов, квалификацией, отвечающей необходимым требованиям, обладают лишь 15—17% управленческих кадров российских предпринимательских организаций. Вхождение нынешнего поколения российских граждан в предпринимательство идет несколькими самостоятельными, подчас пересекающимися путями.

Первый путь — самостоятельное освоение нового дела по правилу «делай, как я», когда новичками перенимаются предпринимательские навыки и умения от самих хозяйствующих субъектов в общении с ними. Здесь все зависит от «учителей», той предпринимательской среды, в которую попадает новичок. Среда эта часто бывает криминализированной, в ней господствуют не право и законность, а антиобщественные корпоративные нормы. Человек, воспитанный в подобной атмосфере, став потом предпринимателем, продолжает «развивать и углублять» противоправную направленность предпринимательства.

Второй путь — обучение предпринимательству в многочисленных кустарных бизнес-школах, на разного рода семинарах и курсах продолжительностью от нескольких дней до нескольких

недель. Преподавание здесь бессистемно, ведется случайными лицами по произвольно составленным и разрозненным программам за весьма высокую плату. Организаторы таких форм обучения чаще бывают озабочены собственным обогащением, нежели наделянием учащихся необходимыми знаниями.

Третий и самый действенный *путь* связан с включением предпринимательских дисциплин в официальную систему образования, начиная с общеобразовательных школ, учреждений начального профессионального образования и заканчивая высшими учебными заведениями и послевузовским образованием. Познание основ предпринимательства следует сделать обязательным во всех учебных заведениях: технических, медицинских и др. Каждому выпускнику, независимо от получаемой специальности, необходимо иметь обязательный минимум знаний, позволяющих свободно ориентироваться в рыночной экономике, ибо в будущем ему неизбежно придется иметь деловые контакты с хозяйствующими субъектами, а то и самому заняться предпринимательством.

Вывод очевиден: в современных условиях увеличивается роль государства в подготовке надлежащего командного корпуса не только для государственных и муниципальных предприятий, но и для негосударственных предпринимательских организаций, для всей новой российской экономики. Это становится важнейшим каналом позитивного воздействия органов государственной власти на предпринимательство.

В рассматриваемом вопросе о предпринимательских кадрах есть и обратная сторона, актуализирующая его значение во взаимодействии хозяйствующих субъектов и властных структур. Сами властные структуры испытывают явный дефицит государственных и муниципальных служащих, которые умели бы разбираться в новых и сложных процессах, постоянно возникающих на микроуровне в экономической, социальной и духовной сферах. Но о них хорошо осведомлены из «первых рук» предприниматели, сами являющиеся инициаторами и активными участниками этих процессов. Повышение профессионализма работников властных структур предполагает пополнение их кадрового состава из положительно зарекомендовавших себя предпринимателей.

11. Новые благоприятные условия для участия государства в развитии предпринимательства сложились после образования семи федеральных округов (см. Указ Президента РФ от

13 мая 2000 г. № 849¹), объединяющих от 6 до 17 субъектов Российской Федерации. Территориально они почти полностью совпали с возникшими по инициативе субъектов Федерации ассоциациями экономического взаимодействия — «Сибирское соглашение» и др. Согласно Федеральному закону от 17 декабря 1999 г. № 211-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности ассоциаций экономического взаимодействия субъектов Российской Федерации»², наделившему их статусом некоммерческих организаций, ассоциации создаются на добровольной основе в целях межрегиональной интеграции и социально-экономического развития субъектов РФ. Среди задач ассоциаций названы совершенствование методов управления хозяйствующими субъектами в условиях рыночных отношений, содействие заключению взаимовыгодных экономических соглашений между субъектами Федерации.

Накапливается интересный опыт взаимодействия ассоциаций и аппаратов полномочных представителей Президента РФ в федеральных округах. Создан Инвестиционный фонд Центрального федерального органа путем консолидации средств всех субъектов Российской Федерации, входящих в округ. Цель — совместное эффективное и взаимовыгодное использование этих средств для реализации узловых экономических, экологических и социальных проблем, которые не могут быть решены отдельными регионами самостоятельно.

12. При всей сложности и противоречивости этого явления с каждым годом, однако, крепнут и развиваются внешнеэкономические связи российских хозяйствующих субъектов. Органы государственной власти и органы местного самоуправления оказывают помощь российским предпринимателям в поиске надежных зарубежных партнеров, заключении ими договоров, защищают при необходимости интересы отечественных товаропроизводителей, делая более конкурентоспособной производимую ими продукцию. Например, в начале 2005 г. соглашение о сотрудничестве подписали МИД России и Общероссийская общественная организация «Деловая Россия». По нему Мини-

¹ СЗ РФ. 2000. № 20. Ст. 2112; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 21 марта 2005 г. № 316 // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1135. Этим же Указом утверждено Положение о полномочном представителе Президента РФ в федеральном округе.

² СЗ РФ. 1999. № 51. Ст. 6286; 2003. № 50. Ст. 4855.

стерство обязалось оказывать консультативную поддержку российскому предпринимательству, в том числе в проведении выставок и участии в тендерах, способствовать хозяйствующим субъектам в облегчении визового режима для их иностранных партнеров. Предприниматели, в свою очередь, будут делиться с российскими дипломатами информацией в экономической сфере. В начале 2006 г. МИД России и ОАО «Российские железные дороги» подписали соглашение о сотрудничестве, которое предусматривает меры по улучшению взаимодействия акционерного общества с международными и зарубежными организациями железнодорожного транспорта.

13. Новые широкие горизонты взаимодействия властных и предпринимательских структур, развития государственно-частного партнерства открыл Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»¹. На необходимость уже в самое ближайшее время задействовать концессионные механизмы указал Президент РФ в Послании 2006 г. Концессии служат восполнению недостающего государственного финансирования путем привлечения отечественного и зарубежного капитала. У нас в стране они имеют давнюю историю. В царской России начиная с XIX в. с их помощью осваивались новые территории, в частности велось строительство железных дорог. В 20-е гг. прошлого века концессии были составной частью НЭПа, что способствовало быстрому восстановлению разрушенного войнами народного хозяйства. Позднее советская власть от них полностью отказалась. Возобновление концессий в современной России прошло длительный сложный путь, полный острых дискуссий и компромиссов. Федеральный закон «О концессионных соглашениях» готовился более 10 лет.

Концессионное соглашение — разновидность договора, в котором содержатся элементы не только гражданско-правового, но и различных других договоров, предусмотренных федеральными законами. В нем участвуют две стороны: концедент и концессионер. Концедентом могут быть Российская Федерация, либо ее субъект, либо муниципальное образование, от имени которых выступают соответствующие властные структуры — Правительство РФ или уполномоченный им федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъекта Российской Федерации, орган местного самоуправления, кон-

цессионером — индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо объединенные договором простого товарищества (см. гл. 55 ГК РФ) два и более названных юридических лиц. По концессионному соглашению концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать предусмотренный соглашением объект и осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) этого объекта. Концедент же обязуется предоставить концессионеру на определенный срок права владения и пользования объектом для осуществления указанной в соглашении деятельности.

Объектом концессионного соглашения может быть только недвижимое имущество, которое принадлежит или будет принадлежать концеденту, т. е. относится к публичным формам собственности. Однако объектом может стать при соблюдении условий, зафиксированных в ч. 2 ст. 4 Федерального закона «О концессионных соглашениях», недвижимое имущество и иных форм собственности, например частной. Для этого концедент должен, в частности, заключить с его собственником договор в пользу третьего лица (см. ст. 430 ГК РФ) о передаче такого имущества концессионеру. Одной из основных причин, сдерживающих внедрение концессионных механизмов, как раз и является то, что в ряде мест остается нерешенным вопрос о разграничении собственности на потенциальные объекты концессионных соглашений — недвижимость, прежде всего землю. Так, на протяжении более 10 лет ведутся споры между Москвой и Московской областью о праве собственности на землю, прилегающую к внешней стороне Московской кольцевой автомобильной дороги.

Объекты концессионных соглашений, будучи недвижимым имуществом, сами, в свою очередь, входят в качестве таковых (объектов) в состав более крупного недвижимого имущества. В Федеральном законе «О концессионных соглашениях» дан исчерпывающий перечень последнего. Подчеркнем лишь, что объекты могут относиться к экономической, социальной и духовной сферам общества (транспорт и его инфраструктура, гидротехнические сооружения, коммунальное хозяйство, здравоохранение, образование, культура, спорт и т. д.).

Обратим внимание на некоторые особенности концессионных соглашений, важные для властных и предпринимательских структур:

а) в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» закреплены существенные условия, подлежащие *обязательному* включению в соглашение, и иные условия, которые сторонам *целесообразно обсудить* при заключении соглашения. Правительству РФ поручено утверждать типовые концессионные соглашения в отношении всех отдельных объектов этих соглашений. Правительство РФ утвердило ряд типовых концессионных соглашений — для железнодорожного транспорта, морских и речных портов, общественного транспорта, гидротехнических сооружений и др. Первое из них — утвержденное постановлением Правительства РФ от 27 мая 2006 г. № 319 типовое концессионное соглашение в отношении автомобильных дорог и инженерных сооружений транспортной инфраструктуры, в том числе мостов, путепроводов, тоннелей, стоянок автотранспортных средств, пунктов пропуска автотранспортных средств, пунктов взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных средств, включающее 19 разделов, которые объединяют 116 конкретных пунктов¹;

б) концессионное соглашение по общему правилу заключается путем проведения конкурса на право его заключения. Порядку заключения соглашения посвящена самая объемная гл. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях»;

в) концедент осуществляет контроль за соблюдением концессионером условий концессионного соглашения, в том числе вправе беспрепятственно посещать объекты соглашения, не вмешиваясь при этом в хозяйственную деятельность концессионера;

г) предусмотренные концессионным соглашением действия обычно рассчитаны на продолжительное время, в течение которого могут существенно измениться условия, в том числе ухудшающие положение концессионера, по сравнению с теми, что были при заключении соглашения. В гл. 2 Федерального закона «О концессионных соглашениях» закреплены гарантии прав и законных интересов концессионера, включая его право на изменение условий соглашения;

д) установлена повышенная ответственность концессионера за качество работ, выполненных на объекте. Претензии концедент вправе предъявить в течение пяти лет со дня передачи ему объекта;

е) в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» приведен исчерпывающий перечень оснований расторжения концессионного соглашения по решению суда.

31 октября 2006 г. Правительство РФ издало распоряжение № 1494-р об объявлении конкурса на право заключения концессионного соглашения в отношении строительства автомобильной дороги «Западный скоростной диаметр» в г. Санкт-Петербурге, которое станет первой концессией в современной России. Одно из условий конкурса — его победитель должен взять на себя финансирование не менее 50% общей стоимости строительства, составляющей 84 млрд руб. Концессионный договор рассчитан на 30 лет, а его подписание с победителем конкурса намечено на 30 июля 2007 г.

§ 4. Техническое регулирование, регулирование единства измерений и обращения с отходами

1. Нормативно-правовая основа технического регулирования и единства измерений претерпела кардинальные изменения в связи с принятием Федерального закона от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании»¹ и проводимой реформой федеральных органов исполнительной власти. Прежде на отношения, охватываемые сейчас техническим регулированием, государство воздействовало с помощью двух законов от 10 июня 1993 г. — «О стандартизации» и «О сертификации продукции и услуг». В Федеральном законе «О техническом регулировании» введен новый институт — технический регламент и существенно пересмотрена роль прежних — стандартизации и сертификации. Неоднократно изменялся и дополнялся Федеральный закон от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления»² (далее — Федеральный закон от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ).

2. Действие Федерального закона «О техническом регулировании» ограничено. Оно не распространяется на государственные образовательные стандарты, положения (стандарты) о бухгалтерском учете и правила (стандарты) аудиторской дея-

¹ СЗ РФ. 2002. № 52. Ч. I. Ст. 5140; 2005. № 19. Ст. 1752.

² СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3009; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ // Российская газета. 2006. 23 дек.

тельности, стандарты эмиссии ценных бумаг и проспектов эмиссии ценных бумаг, требования к функционированию единой сети связи Российской Федерации.

При изучении Федерального закона «О техническом регулировании» следует особое внимание обратить на используемый в нем новый понятийный аппарат (ст. 2). Исходное значение для уяснения названного Федерального закона имеет понятие **техническое регулирование**, под которым понимается правовое регулирование отношений в области:

установления, применения и исполнения *обязательных требований* к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации (выражается в техническом регламенте);

установления и применения *на добровольной основе требований* к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнению работ или оказанию услуг (выражается в стандартизации);

оценки соответствия (выражается в сертификации).

Для понимания сути технического регулирования необходимо ознакомиться с его принципами, закрепленными в ст. 3 названного Федерального закона.

Субъекты технического регулирования строго ограничены. Законодательство о нем состоит из названного Федерального закона, принимаемых в соответствии с ним федеральных законов и иных нормативных актов Российской Федерации. При этом федеральные органы исполнительной власти вправе издавать акты только рекомендательного характера. Исключение составляет техническое регулирование в отношении оборонной продукции (работ, услуг) и продукции (работ, услуг), сведения о которой составляют государственную тайну.

3. Технический регламент — документ, принятый ратифицированным в установленном порядке международным договором Российской Федерации, который 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). Такие документы принимаются в целях 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. Принятие технических регламентов в иных целях не допускается.

Подчеркнем, что требования технических регламентов не могут служить препятствием осуществлению предпринимательской деятельности в большей степени, чем это минимально необходимо для достижения вышеперечисленных целей этого регулирования. И еще: технический регламент не может содержать требования к продукции, длительная эксплуатация которой, а также другие факторы, не позволяющие определить степень допустимого риска, могут причинить вред жизни или здоровью граждан. *Риск* Федеральный закон «О техническом регулировании» определяет как вероятность причинения вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физическим или юридическим лицам, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда. Требования, не включенные в технические регламенты, не могут носить обязательный характер.

У нас в стране действуют *общие* (их требования обязательны в отношении любых видов объектов технического регулирования — продукции, процессов хранения и др.) и *специальные* (их требования учитывают технологические и иные особенности отдельных видов объектов технического регулирования) *технические регламенты* (см. подробнее ст. 8 указанного Федерального закона). Соотношение между ними и техническим регулированием таково: Правительство РФ разрабатывает предложения об обеспечении соответствия технического регулирования интересам национальной экономики, уровню развития материально-технической базы и уровню научно-технического развития, а также международным нормам и правилам. В этих целях им утверждается программа разработки технических регламентов, которая должна ежегодно уточняться и опубликовываться.

Порядок разработки, принятия, изменения и отмены технического регламента закреплен в ст. 9 и 10 указанного Федерального закона. Отметим самую высокую форму права, в которую воплощаются технические регламенты. Они принимаются в порядке, установленном для принятия федеральных законов, с учетом положений указанного Федерального закона. Лишь в особых случаях технический регламент: вправе принять Прези-

дент РФ; может быть принят международным договором; Правительство РФ вправе издать постановление о нем до вступления в силу федерального закона об этом регламенте.

Подготовка технических регламентов — процесс сложный и рассчитан на длительный срок. Они должны быть приняты в течение семи лет со дня вступления в силу (с 1 июля 2003 г.) Федерального закона «О техническом регулировании». Впредь до вступления в силу соответствующих технических регламентов требования к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, установленные нормативными правовыми актами Российской Федерации и нормативными документами федеральных органов исполнительной власти, подлежат обязательному исполнению только в части, соответствующей вышеназванным целям принятия технических регламентов. Требования, в отношении которых технические регламенты в семилетний срок не будут приняты, прекращают действие по его истечении. Для информирования приобретателей о соответствии выпускаемой в обращение продукции требованиям технических регламентов служит *знак обращения на рынке*.

4. Стандартизация есть 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. Она осуществляется в целях повышения 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; повышения уровня безопасности объектов с учетом риска возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; обеспечения научно-технического прогресса; повышения конкурентоспособности продукции, работ, услуг; рационального использования ресурсов; технической и информационной совместимости; сопоставимости результатов исследований (испытаний) и измерений, технических и экономико-статистических данных; взаимозаменяемости продукции. Принципы стандартизации закреплены в ст. 12 Федерального закона «О техническом регулировании».

Нормативно-правовую основу стандартизации составляют национальные стандарты; правила стандартизации, нормы и рекомендации в области стандартизации; применяемые в установленном порядке классификации, общероссийские классификаторы технико-экономической и социальной информации; стандарты организаций.

Стандарт есть 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. Стандарт также может содержать требования к терминологии, символике, упаковке, маркировке или этикеткам и правилам их нанесения.

Федеральный закон «О техническом регулировании» выделяет *два вида стандартов*: национальные — те, которые утверждаются национальным органом Российской Федерации по стандартизации, и международные, принимаемые международной организацией. Соотношение между ними и техническими регламентами указанный Федеральный закон трактует таким образом, что международные стандарты и (или) национальные стандарты могут использоваться полностью или частично в качестве основы для разработки проектов технических регламентов; положения же технических регламентов обязательно должны учитываться в стандартах.

Первый в России официальный стандарт утвердил Петр I на качество льна, «дабы не позорили поставщики державу Российскую негодным товаром». Сейчас приоритетным направлением в стандартизации является унификация отечественных норм с международными. Все вновь принимаемые и более 90% действующих в России стандартов унифицированы с мировыми. Больше всех в этом заинтересованы предприниматели, занимающиеся экспортно-импортными операциями. В то же время через обязательную сертификацию ряда товаров (см. ниже), в том числе всего импорта, отечественные производители должны быть защищены от беспрепятственного ввоза некачественной продукции зарубежных конкурентов.

Главное отличие нынешних стандартов от прежних состоит в том, что они вместо обязательных стали добровольными. Правила их разработки и утверждения не просты и изложены в

ст. 16 Федерального закона «О техническом регулировании». В современных условиях возрастает значение стандартов организаций и самих предпринимателей в деле стандартизации. *Стандарты организаций*, в том числе коммерческих, общественных, научных, саморегулируемых, а также объединений юридических лиц, могут разрабатываться и утверждаться ими самостоятельно в целях совершенствования производства и обеспечения качества продукции, выполнения работ, оказания услуг, а также для распространения и использования полученных в различных областях знаний результатов исследований (испытаний), измерений и разработок. Порядок разработки, утверждения, учета, изменения и отмены стандартов организаций устанавливается ими самостоятельно.

5. Сертификация — форма осуществляемого органом по сертификации *подтверждения соответствия* объектов требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров. Непосредственно факт соответствия подтверждается **сертификатом соответствия** — документом, удостоверяющим соответствие объекта требованиям технических регламентов, положениям стандартов или условиям договоров. Принципы подтверждения соответствия закреплены в ст. 19 названного Федерального закона.

Цели подтверждения соответствия служат помимо удостоверения самого соответствия для содействия приобретателям в компетентном выборе продукции, работ, услуг; повышения конкурентоспособности продукции, работ, услуг на российском и международном рынках; создания условий для обеспечения свободного перемещения товаров по территории РФ, а также для осуществления международного экономического, научно-технического сотрудничества и международной торговли.

Подтверждение соответствия бывает *добровольным* и *обязательным*.

А. Добровольное подтверждение соответствия осуществляется по инициативе заявителя на условиях договора между заявителем и органом по сертификации. Последним могут быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, аккредитованные в порядке, установленном Правительством РФ для выполнения работ по сертификации. Добровольное подтверждение соответствия может делаться для установления соответствия национальным стандартам, стандартам организаций, системам добровольной сертификации, условиям догово-

ров. Объектами добровольного подтверждения соответствия являются продукция, процессы производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, работы и услуги, а также иные объекты, в отношении которых стандартами, системами добровольной сертификации и договорами устанавливаются требования.

Орган по сертификации осуществляет подтверждение соответствия объектов добровольного подтверждения соответствия; выдает сертификаты соответствия на объекты, прошедшие добровольную сертификацию; предоставляет заявителем право на применение знака соответствия, если его применение предусмотрено соответствующей системой добровольной сертификации {знак соответствия — обозначение, служащее для информирования приобретателей о соответствии объекта сертификации требованиям системы добровольной сертификации или национальному стандарту); приостанавливает или прекращает действие выданных им сертификатов соответствия.

Система добровольной сертификации может быть создана юридическим лицом и (или) индивидуальным предпринимателем или несколькими юридическими лицами и (или) индивидуальными предпринимателями. Создавшие ее устанавливают перечень объектов, подлежащих сертификации, и их характеристик, на соответствие которым осуществляется добровольная сертификация, правила выполнения предусмотренных данной системой добровольной сертификации работ и порядок их оплаты, определяют участников данной системы добровольной сертификации. Системой добровольной сертификации может предусматриваться применение знака соответствия. Система добровольной сертификации может быть зарегистрирована федеральным органом исполнительной власти по техническому регулированию.

За последнее время добровольная сертификация получила широкое распространение в практике российского предпринимательства. С ее помощью хозяйствующие субъекты публично берут на себя определенные заранее оговоренные обязательства в отношении производимых ими объектов, что значительно повышает конкурентоспособность последних и доверие к самим производителям.

Б. Обязательное подтверждение соответствия проводится только в случаях, установленных соответствующим техническим регламентом, и исключительно на соответствие его требо-

ваниям¹. *Осуществляется оно в двух формах — в форме принятия декларации о соответствии (декларирование соответствия) и обязательной сертификации.*

При обязательном подтверждении соответствия возникает тот же вопрос, что и при лицензировании видов деятельности, — о перечне объектов, нуждающихся в таком подтверждении. Острая дискуссия возникла, например, когда был поставлен вопрос об отмене обязательной сертификации выпускаемых лекарственных средств, хотя, казалось бы, поводов для этого нет, ведь, по сообщению средств массовой информации, на рынках России от 10 до 50% лекарств фальсифицировано.

Декларирование соответствия проводится по одной из следующих схем: принятие декларации о соответствии на основании собственных доказательств; принятие декларации о соответствии на основании доказательств, полученных с участием третьей стороны (органа по сертификации и (или) аккредитованной испытательной лаборатории (центра)). Круг заявителей по декларированию соответствия устанавливается конкретным техническим регламентом. Отметим, что ими могут быть зарегистрированные на территории РФ юридические лица или физические лица — индивидуальные предприниматели.

Заявитель вправе выбирать форму и схему подтверждения соответствия, предусмотренные для определенных видов продукции соответствующим техническим регламентом; обращаться для осуществления обязательной сертификации в любой орган по сертификации, область аккредитации которого распространяется на продукцию, которую заявитель намеревается сертифицировать; обращаться в орган по аккредитации с жалобами на неправомерные действия органов по сертификации и аккредитованных испытательных лабораторий (центров) в соответствии с законодательством Российской Федерации. На него возложен также ряд обязанностей, и прежде всего обеспечение соответствия продукции требованиям технических регламентов (см. ст. 26 Федерального закона «О техническом регулировании»). Требования к содержанию декларации закреплены в ст. 24 названного Федерального закона. Срок действия декларации определяется техническим регламентом.

¹ Например, постановлением Правительства РФ от 31 декабря 2004 г. № 896 утвержден перечень средств связи, подлежащих обязательной сертификации (СЗ РФ. 2005. № 2. Ст. 155).

Обязательная сертификация осуществляется органом по сертификации. Этот орган 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 регламентов 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.

6. Под единством измерений понимается состояние измерений, при котором их результаты выражены в узаконенных единицах величин и погрешности измерений не выходят за установленные границы с заданной вероятностью. Его нормативно-правовую основу образуют Закон РФ от 27 апреля 1993 г. № 4871-1 «Об обеспечении единства измерений»¹ и принимаемые в соответствии с ним иные правовые акты. Государственный метрологический надзор осуществляется:

за выпуском, состоянием и применением средств измерений, аттестованными методиками выполнения измерений, эталонами единиц величин, соблюдением метрологических правил и норм;

за количеством товаров, отчуждаемых при совершении торговых операций;

за количеством фасованных товаров в упаковках любого вида при их расфасовке и продаже.

Средства измерений, не подлежащие поверке, могут подвергаться калибровке при выпуске из производства или ремонта, при ввозе по импорту, при эксплуатации, прокате и продаже. *Калибровка* есть совокупность операций, выполняемых в целях

¹ Ведомости РФ. 1993. №23. Ст. 811; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 15-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 167.

определения и подтверждения действительных значений метрологических характеристик и (или) пригодности к применению средств измерений.

7. Ранее в сфере рассматриваемых общественных отношений главенствовал один федеральный орган исполнительной власти — Государственный комитет РФ по стандартизации и метрологии (далее — Госстандарт), выполнявший одновременно функции по принятию нормативных правовых актов и по контролю и надзору. Согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 он преобразован в Федеральное агентство по техническому регулированию и метрологии (далее — Агентство, Ростехрегулирование). Одновременно Указом образовано Министерство промышленности и энергетики РФ (далее — Министерство, Минпромэнерго России), в ведение которого и передано Агентство. В утвержденных Правительством РФ положениях о Министерстве (постановление от 16 июня 2004 г. № 284¹) и Агентстве (постановление от 17 июня 2004 г. № 294²) сформулированный статус обоих новых органов не ориентирует их на четкое разграничение функций и полномочий. Министерство определено как федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий «функции по выработке государственной политики по нормативно-правовому регулированию... в области технического регулирования и обеспечения единства измерений». Особо выделено, что Министерство «осуществляет функции федерального органа по техническому регулированию». Агентство определено как федеральный орган, осуществляющий «функции национального органа по стандартизации»³. Но ведь стандартизация — составная часть технического регулирования. И в Министерстве создано структурное подразделение, название которого полностью совпадает с названием Агентства, — Департамент по техническому регулированию и метрологии. Образованы Комиссия Государственной Думы и Правительственная комиссия по техническому регулированию. Действует рабочая группа по техническому регулированию Российского союза промышленников и предпринимателей (рабо-

¹ СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2566; 2005. № 5. Ст. 390.

² СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2575; 2006. № 37. Ст. 3881.

³ Наличие такого органа предусмотрено ст. 14 Федерального закона «О техническом регулировании», и ранее им был определен Госстандарт.

тодателей), в которую входят более 160 представителей различных отраслей народного хозяйства.

Практика покажет, насколько целесообразно было разлаживание годами формировавшейся властной структуры в виде Госстандарта. Пока же остановимся на нескольких моментах, с которыми повседневно сталкиваются хозяйствующие субъекты, государственные и муниципальные служащие.

А. Нормативные правовые акты по рассматриваемым общественным отношениям — техническим регламентам, стандартизации, единству измерения издает только Министерство (см. п. 5.2.11—5.2.24 Положения о нем). Агентство этого права лишено.

Б. Министерство и Агентство в установленной для них сфере деятельности не вправе осуществлять функции по надзору и контролю, кроме случаев, устанавливаемых указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ. В Положении об Агентстве содержится лишь одна норма, которая может быть приравнена к контрольным полномочиям: Агентство организует проведение поверки средств измерений (п. 5.3.4).

Полномочия Ростехрегулирования, как и положено любому федеральному агентству, сосредоточены на оказании государственных услуг в сфере технического регулирования и метрологии. Большинство полномочий относится к стандартизации, сертификации и единству измерений. В частности, оно наделено всеми полномочиями национального центра по стандартизации, указанными в ст. 14 Федерального закона «О техническом регулировании». Также Ростехрегулирование, во-первых, оказывает помощь, содействие в освоении средств технического контроля и метрологии (например, организует экспертизу проектов национальных стандартов, проведение испытаний средств измерений); во-вторых, собирает, систематизирует и выдает по запросам заинтересованных лиц информацию о средствах технического регулирования и метрологии (например, осуществляет ведение федерального информационного фонда технических регламентов и стандартов; перечня продукции, подлежащей обязательному подтверждению соответствия; реестров зарегистрированных деклараций о соответствии; выданных сертификатов; утвержденных типов средств измерений); в-третьих, руководит деятельностью ряда государственных служб — метрологической, времени и др.

В. Государственный контроль (надзор) за соблюдением требований технических регламентов осуществляется 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. Государственный контроль (надзор) проводится в отношении продукции, процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации исключительно в части соблюдения требований соответствующих технических регламентов. В отношении продукции он осуществляется исключительно на стадии ее обращения. Полномочия (права и обязанности) органов государственного контроля (надзора) определены в ст. 34 названного Федерального закона.

Так, осуществляют: Федеральная служба по надзору в сфере транспорта¹ — весовой контроль автотранспортных средств, перевозящих грузы; Федеральная служба по надзору в сфере природопользования² — контроль и надзор за соблюдением законодательства и международных норм и стандартов в области морской среды и природных ресурсов; Федеральная служба по надзору в сфере здравоохранения и социального развития³ — надзор за соблюдением государственных стандартов, технических условий на продукцию медицинского назначения, контроль и надзор за соблюдением государственных стандартов социального обслуживания и стандартов качества медицинской помощи. Речь здесь, как мы видим, идет о контроле и надзоре за прежними техническими нормативами, а не техническими регламентами, которых пока еще нет. Требования, ранее закрепленные в нормативных правовых актах, подлежат обязательному исполнению, если их цели соответствуют целям применения технических регламентов.

¹ Положение о Службе утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июля 2004 г. № 398 (СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3345; 2006. № 41. Ст. 4256).

² Положение о Службе утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июля 2004 г. № 400 (СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3347; 2006. № 44. Ст. 4596).

³ Положение о Службе утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 323 (СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2900; № 33. Ст. 3499).

Г. В максимально полном воплощении в жизнь законодательства о техническом регулировании заинтересованы не только органы государства и местного самоуправления, но также сами хозяйствующие субъекты. Предпринимательские организации — РСПП, «Деловая Россия» и другие совместно с научными и учебными учреждениями в июле 2005 г. создали Национальный институт технического регулирования в целях оптимизации взаимодействия в этом деле государства и предпринимательства.

8. Нарушение законодательства, регулирующего рассматриваемые общественные отношения, влечет юридическую ответственность. Если в результате нарушения причинен вред жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений или возникла угроза причинения такого вреда, наступает гражданско-правовая ответственность: изготовитель (исполнитель, продавец, лицо, выполняющее функции иностранного изготовителя) обязан возместить причиненный вред и принять меры в целях недопущения причинения вреда другим лицам, их имуществу, окружающей среде. Обязанность возместить вред не может быть ограничена договором или заявлением одной из сторон. Соглашения или заявления об ограничении ответственности ничтожны.

За нарушение обязательных требований государственных стандартов, правил обязательной сертификации, за нарушение требований нормативных документов по обеспечению единства измерений ст. 19.19 КоАП РФ установлена административная ответственность. Она применяется к должностным лицам и юридическим лицам.

9. Прошла половина семилетнего срока, отведенного на реформу технического регулирования, в результате которой примерно 300 технических регламентов должны заменить десятки тысяч принятых на протяжении многих лет ГОСТов и иных технических правил. Правительство РФ распоряжением от 6 ноября 2004 г. № 1421-р утвердило Программу разработки технических регламентов¹. В течение двух первых лет предусмотрено

¹ СЗ РФ. 2004. № 46. Ч. II. Ст. 4551; последнюю редакцию см.: Распоряжение Правительства РФ от 1 февраля 2006 г. № 107-р // СЗ РФ. 2006. № 7. Ст. 801.

подготовить 84 технических регламента, в том числе 7 — общих. К концу 2008 г. намечено разработать 181 регламент.

Подготовка регламентов — сложная техническая, экономическая и правовая задача, решение которой должно сбалансировать интересы государства, потребителей и производителей. На разработку одного регламента уходит до 30 месяцев. Пока, и то только на правительственном уровне, обнародован всего один регламент: постановлением Правительства РФ от 12 октября 2005 г. № 609 утвержден специальный технический регламент «О требованиях к выбросам автомобильной техникой, выпускаемой в обращение на территории Российской Федерации, вредных (загрязняющих) веществ»¹. При этом возникла любопытная нормотворческая проблема соотношения общего и специального регулирования: обязательно ли сначала иметь общие технические регламенты, чтобы затем на их основе разрабатывать специальные, или можно вести работу над обоими видами регламентов параллельно. Положение усложняется тем, что в соответствии с Федеральным законом «О техническом регулировании» нельзя до принятия технических регламентов вносить изменения в действующие ГОСТы, СНИПы, СанПиНы, иные нормативные документы в области технического регулирования, а их насчитывается более 170 тыс. Документы же устаревают, что снижает безопасность продукции и процессов ее производства. Возник своеобразный переходный период: развитие старой системы технического регулирования остановлено, а новая еще не создана. Обсуждается вопрос о внесении изменений в названный Федеральный закон, предусматривающих возможность упростить и ускорить процедуру принятия технических регламентов, обновлять до принятия технических регламентов действующие нормативные акты о техническом регулировании, перенести время завершения реформы технического регулирования с 2010 г. на более позднее.

10. Государство регулирует не только технические нормы на реализуемые товары, выполняемые работы и оказываемые услуги, но также правила обращения с неизбежным следствием последних — отходами. Федеральный закон от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ выделяет два вида отходов: 1) остатки сырья, материалов, полуфабрикатов, иных изделий или продуктов, которые образовались в процессе производства или потребления;

¹ СЗ РФ. 2005. № 43. Ст. 4395.

2) товары, утратившие свои потребительские свойства. Обращает на себя внимание емкость понятия «отходы», под него попадают и, соответственно, входят в предмет правового регулирования этого Федерального закона многие материальные ценности. Например, Федеральным Собранием был принят Федеральный закон «О государственном регулировании обращения с ломом и отходами цветных и черных металлов». Президент РФ отклонил его, так как регулируемые им общественные отношения подпадают под действие Федерального закона от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ¹.

Общие требования к обращению со всеми отходами сформулированы в гл. III Федерального закона от 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ. Они преследуют двоякую цель: предотвратить вредное воздействие отходов на здоровье человека и окружающую природную среду; вовлечь отходы в хозяйственный оборот в качестве дополнительных источников сырья. Отношения по обращению с отдельными видами отходов, например радиоактивными, регулируются специальными законами.

Под руководством Правительства РФ находится Федеральная служба по экологическому, технологическому и атомному надзору, которая осуществляет контроль и надзор за соблюдением в пределах своей компетенции требований законодательства в области обращения с отходами. Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июля 2004 г. № 40R

Нарушение законодательства по обращению с отходами влечет юридическую ответственность. Например, в суд или арбитражный суд могут предъявляться иски о возмещении ущерба, приостановлении или прекращении деятельности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществляемой с нарушением законодательства Российской Федерации в области обращения с отходами. Административная ответственность за несоблюдение экологических и санитарно-эпидемиологических требований при обращении с отходами производства и потребления или иными опасными веществами предусмотрена ст. 8.2 КоАП РФ. Надзор и контроль за соблюдением обязательных требований законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия на-

¹ Российская газета. 2005. 26 июля.

² СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3348; 2006. № 23. Ст. 2527.

селения осуществляет Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Действует Федеральный закон от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»¹.

§ 5. Государство и малое предпринимательство

1. За годы реформирования российской экономики в большое самостоятельное направление работы государства выделились его усилия по становлению, поддержке и развитию малого предпринимательства. Многолетние акции по созданию нормативно-правовой основы малого предпринимательства завершились принятием Федерального закона от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации»². В НК РФ Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 104-ФЗ введена особая гл. 26² «Упрощенная система налогообложения»³. Ранее действовал специальный Федеральный закон от 25 декабря 1995 г. № 222-ФЗ «Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства».

Федеральный закон о государственной поддержке малого предпринимательства направлен на реализацию установленного Конституцией РФ права граждан на свободное использование своих способностей и имущества для осуществления предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В Законе установлены формы и методы государственного стимулирования и регулирования всех субъектов малого предпринимательства независимо от предмета и целей их деятельности, организационно-правовых форм и форм собственности. Остановимся на некоторых актуальных проблемах.

Прежде всего, сейчас четко определено, какие хозяйствующие субъекты могут обладать статусом малого предпринимателя. К ним относятся все физические лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью без образования юриди-

¹ СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 266-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

² СЗ РФ. 1995. № 25. Ст. 2343; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

³ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3021.

ческого лица. Что касается предпринимательских организаций, то в отношении их введены жесткие ограничения. Как субъекты малого предпринимательства они будут рассматриваться только при одновременном наличии трех условий.

Во-первых, под субъектами малого предпринимательства понимаются не любые предпринимательские организации, а лишь коммерческие.

Во-вторых, они признаются таковыми, если в уставном капитале коммерческой организации доля участия Российской Федерации, субъектов РФ, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов не превышает 25%; доля, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого предпринимательства, не превышает 25%.

В-третьих, средняя численность работников в такой коммерческой организации за отчетный период не должна превышать следующие предельные уровни (малые предприятия): в промышленности — 100 человек; в строительстве — 100 человек; в сельском хозяйстве — 60 человек; в 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.

Малые предприятия, осуществляющие несколько видов деятельности (многопрофильные), относятся к таковым по критериям того вида деятельности, доля которого является наибольшей в годовом объеме оборота или годовом объеме прибыли. 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 указанного юридического лица. В случае превышения малым предприятием установленной численности указанное предприятие лишается льгот, предусмотренных действующим законодательством, на период, в течение которого допущено указанное превышение, и на последующие три месяца.

Государственная поддержка малого предпринимательства реализуется по следующим направлениям:

формирование инфраструктуры поддержки и развития малого предпринимательства;

создание льготных условий использования субъектами малого предпринимательства 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;

поддержка внешнеэкономической деятельности субъектов малого предпринимательства, включая содействие развитию их торговых, научно-технических, производственных, информационных связей с зарубежными государствами;

организация подготовки, переподготовки и повышения квалификации кадров для малых предприятий;

упрощенные процедуры контроля и надзора за работой малых предприятий.

Согласно Федеральному закону от 1 октября 2003 г. № 129-ФЗ «О внесении изменения и дополнения в статью 7 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)»¹, как исключение из общего правила, в отношении субъекта малого предпринимательства плановое мероприятие по контролю может быть проведено не ранее чем через три года с момента его государственной регистрации.

Государственная поддержка малого предпринимательства осуществляется в соответствии с Федеральной программой государственной поддержки малого предпринимательства, региональными (межрегиональными), отраслевыми (межотраслевыми) и муниципальными программами развития и поддержки малого предпринимательства, разрабатываемыми соответственно Правительством РФ, органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления. В Краснодарском крае, например, на основе такой программы налажена эффективная работа 10 фондов поддержки малого предпринимательства и 39 центров содействия его развитию в городах и районах, обеспечены земельными участками тысячи малых предприятий. Правительство РФ ежегодно перед представи-

ем федерального бюджета вносит на рассмотрение Федерального Собрания Российской Федерации проект федеральной программы государственной поддержки малого предпринимательства. В федеральном бюджете ежегодно предусматривается выделение ассигнований на ее реализацию.

Федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления разрабатывают и проводят в жизнь мероприятия по содействию в обеспечении субъектов малого предпринимательства современным оборудованием и технологиями, в создании сети технопарков, лизинговых фирм, бизнес-инкубаторов, производственно-технологических центров и других объектов инфраструктуры, создаваемых в целях поддержки субъектов малого предпринимательства. Президент РФ в Послании 2002 г. прямо обратился к региональным властям: «Ваша поддержка малому предпринимательству сегодня абсолютно необходима. Решения федеральных властей по-настоящему заработают лишь при наличии реальных действий на территориях России».

Важная мера государственной поддержки субъектов малого предпринимательства — установление государственных гарантий производства и сбыта их продукции. Правительство РФ, органы исполнительной власти субъектов РФ предусматривают резервирование для субъектов малого предпринимательства определенной доли заказов на производство и поставку отдельных видов продукции и товаров (услуг) для государственных нужд. Государственные заказчики при формировании и размещении заказов и заключении государственных контрактов на закупку и поставку продукции и товаров (услуг) для государственных нужд по видам продукции, отнесенным Правительством РФ, органами исполнительной власти субъектов Федерации к приоритетным, обязаны размещать у субъектов малого предпринимательства не менее 15% общего объема поставок данного вида продукции для государственных нужд на основе конкурсов на указанные поставки, проводимых между субъектами малого предпринимательства.

2. Субъекты малого предпринимательства в силу их «малых» возможностей, как никакие иные хозяйствующие субъекты, нуждаются в тесной взаимосвязи и взаимодействии, «чувстве локтя», опоре на такие же малые коммерческие организации, как и они сами. Федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ и органы местного само-

управления обязаны оказывать поддержку в организации и обеспечении деятельности союзов (ассоциаций) субъектов малого предпринимательства, создаваемых в установленном порядке как общественные объединения в целях обеспечения наиболее благоприятных условий для развития малого предпринимательства, добросовестной конкуренции, повышения ответственности и компетентности субъектов малого предпринимательства, коллективной защиты их интересов в органах государственной власти.

Государственная поддержка союзов (ассоциаций) субъектов малого предпринимательства заключается в обеспечении их на льготных условиях помещениями и средствами связи, которые необходимы для деятельности указанных союзов (ассоциаций) и создаваемых ими предприятий, учреждений и организаций, а также для проведения организационных или публичных мероприятий. Поддержка осуществляется и путем привлечения представителей союзов (ассоциаций) субъектов малого предпринимательства к подготовке проектов законов и иных нормативных правовых актов, программ социально-экономического развития субъектов Федерации, оказания им содействия в использовании средств массовой информации для популяризации идей **малого** предпринимательства.

В целях совершенствования системы государственной поддержки малого предпринимательства, координации деятельности союзов (ассоциаций) субъектов малого предпринимательства **из** числа представителей органов государственной власти, союзов (ассоциаций) субъектов малого предпринимательства, общественных объединений предпринимателей при органах исполнительной власти Российской Федерации, органах исполнительной власти субъектов РФ и органах местного самоуправления могут создаваться советы по развитию малого предпринимательства, функции и полномочия которых определяются соответствующими органами исполнительной власти и органами местного самоуправления.

3. Примечательно, что важность успешного функционирования малого предпринимательства и необходимость оказания ему помощи все больше осознаются крупными предпринимательскими структурами. Например, группа «СУАЛ» в 2004 г. начала реализацию трехлетней программы по поддержке и развитию малого и среднего предпринимательства; «ЛУКОЙЛ» по программе поддержки малого предпринимательства проводит

мероприятия по повышению квалификации его субъектов, по размещению на малых предприятиях заказов на товары и услуги; страховщики разрабатывают и предлагают субъектам малого предпринимательства специальные удобные для них программы страхования имущества, ответственности по договорам, предпринимательского риска. Подобные усилия крупных предприятий по отношению к малым поощряются властными органами.

4. Положение в малом предпринимательстве остается стабильным, не меняясь в лучшую сторону. На начало 2006 г. оно характеризовалось следующими данными. Число малых предприятий — юридических лиц составляло около 1 млн, они обеспечивали работой 9 млн человек (это немногим более 16% от общего числа наемных работников). Индивидуальных предпринимателей насчитывалось около 6 млн человек. Доля малых предприятий в ВВП не превышала 15%. (В странах с развитой рыночной экономикой она составляла 50—70%.) Ежегодный оборот малых предприятий составлял 7 трлн руб. По основным отраслям народного хозяйства оборот субъектов малого предпринимательства распределялся следующим образом: в сфере услуг и торговли — 72%; в промышленности — 13,6%; в строительстве — 7%. Объем инвестиций в основной капитал малых предприятий возрос с 92,2 млрд руб. в 2004 г. до 120,5 млрд руб. в 2005 г. Наиболее привлекательными для инвесторов являлись малые предприятия, специализирующиеся на строительстве, на них приходилось 25% всех инвестиций, оптовой и розничной торговле — 20% и на операциях с недвижимостью — 23,3%. Как отметил Президент РФ В. В. Путин, надежды на то, что малое предпринимательство «станет мотором российской экономики», к сожалению, не оправдались. Для исправления ситуации намечено, в частности, принять новую федеральную целевую программу поддержки малого предпринимательства, усовершенствовать и сделать более прозрачной систему учета в этой сфере, снизить налоги, создать систему кредитования и страхования¹.

Федеральным бюджетом для поддержки малого предпринимательства было выделено в 2005 г. 1,5 млрд руб., в 2006 г. — 3 млрд руб., в 2007 г. — 3,5 млрд руб. Постановлением Правительства РФ от 22 апреля 2005 г. № 249 утверждены Правила

¹ См. материалы заседания Государственного совета РФ, состоявшегося 19 декабря 2001 г. (Российская газета. 2001. 20 дек.).

предоставления средств федерального бюджета, предусмотренных на государственную поддержку малого предпринимательства, включая крестьянские (фермерские) хозяйства¹. Главным распорядителем этих средств назначено Минэкономразвития России. Последнее предоставляло их на конкурсной основе бюджетам субъектов РФ в виде субсидий для финансирования мероприятий, осуществляемых в рамках государственной поддержки малого предпринимательства субъектами РФ, в том числе на:

а) создание и развитие инфраструктуры поддержки субъектов малого предпринимательства (создание бизнес-инкубаторов);

б) поддержку субъектов малого предпринимательства, производящих товары (работы, услуги), предназначенные для экспорта;

в) развитие системы кредитования субъектов малого предпринимательства;

г) создание и развитие инфраструктуры поддержки малых предприятий в научно-технической сфере;

д) реализацию иных мероприятий субъектов РФ по поддержке и развитию малого предпринимательства.

Распределение средств производится с участием Торгово-промышленной палаты РФ и общественных организаций предпринимателей — «ОПОРА» и «Деловая Россия». Правительство РФ постановлением от 20 сентября 2006 г. № 582 внесло ряд изменений в названные Правила, значительно расширивших возможности малых предприятий на получение государственной поддержки (субсидий)².

5. В последние годы в деятельности малых предприятий выявились проблемы, требующие принятия неотложных законодательных и организационных мер. Концентрированным выражением накопившихся проблем является то обстоятельство, что Федеральный закон от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ о государственной поддержке малого предпринимательства устарел, а обновленный текст, который учитывал бы более чем 11-летний опыт применения Закона, не принят, хотя уже давно разраба-

¹ СЗ РФ. 2005. № 18. Ст. 1681; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 20 сентября 2006 г. № 582 // СЗ РФ. 2006. № 39. Ст. 4090.

² СЗ РФ. 2006. № 39. Ст. 4090.

тывается проект нового федерального закона «О развитии малого предпринимательства».

Прежде всего, нуждается в уточнении классификация предприятий. В правовых актах, средствах массовой информации, деловой практике наряду с малыми все чаще фигурируют средние предприятия, также претендующие на предоставление им каких-то льгот. Однако признаки средних предприятий никем не определены. Все нагляднее просматриваются различия, нуждающиеся в дифференцированном подходе, и между самими малыми предприятиями. Выдвинуто два классификационных критерия: число работающих на предприятии и величина его товарооборота. Последний вряд ли приемлем, так как он препятствовал бы развертыванию хозяйственной деятельности. По первому критерию предложено в особые группы выделить: микропредприятия с числом работающих в них до 10 (другой вариант — до 15) человек; малые предприятия — от 11 (16) до 50 (100) человек; средние предприятия — от 51 (101) до 200 (250) человек. Представляется необходимым подразделить на группы и крупные предприятия с числом работающих в них более 200 (250) человек. В любом случае параметры такого предприятия должны быть таковы, чтобы они предупреждали его дробление на микро-, малые и средние предприятия ради получения положенных последним преимуществ и льгот.

Малые предприятия в их нынешнем составе столкнулись с двумя главными трудностями. Первая — нехватка нежилых помещений, где бы они могли развернуть свое производство. Ведь в себестоимости продукции, выпускаемой малыми предприятиями, плата за аренду помещений составляет 50, а то и 60—70%. В ряде мест накоплен интересный опыт поддержки малых предприятий со стороны властных структур. Например, создаются не подлежащие приватизации муниципальные фонды недвижимого имущества в целях использования его для сдачи на льготных условиях в аренду малым предприятиям. В Москве всем субъектам малого предпринимательства, кто внесен в Реестр субъектов малого предпринимательства, плата за аренду муниципальной недвижимости снижена на 50, а работающим в сфере бытовых услуг — на 70% от стоимости аренды. Рассматривается возможность узаконения условий выкупа малыми предприятиями уже арендуемых ими нежилых помещений.

Вторая трудность — получение банковских кредитов, особенно теми субъектами малого предпринимательства, кто только начинает свою деятельность. Потребности малых предприятий в кредитах покрываются всего на 15—20%. Для облегчения режима кредитования малых предприятий намечается создание специальных банков по выдаче им кредитов, снижение процентных ставок за предоставляемые кредиты, возложение части платы за кредиты на региональные и местные бюджеты.

§ 6. Защита прав потребителей

1. Защита государством прав потребителей давно уже прочно вошла в практику многих государств. В России впервые Закон РФ «О защите прав потребителей» был принят 7 февраля 1992 г.¹, когда рыночные отношения только еще начинали формироваться, и, конечно, он не мог предусмотреть всех возможных ситуаций, складывающихся между предпринимателями и потребителями и подлежащих законодательному урегулированию. Федеральным законом от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» утвержден полностью обновленный текст этого Закона².

Новая редакция приведена в соответствие с Конституцией РФ, ГК РФ и направлена на усиление гарантий защиты прав потребителей, более совершенное нормативно-правовое упорядочение их взаимосвязей с предпринимателями в условиях рынка. Статья 9 Федерального закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» установила, что в случаях, когда одной из сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с ГК РФ, а также правами, предоставленными потребителю

¹ Ведомости РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

² СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 25 ноября 2006 г. № 193-ФЗ // Российская газета. 2006. 25 нояб.

Законом РФ «О защите прав потребителей» и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами.

Правительство РФ не вправе поручать министерствам и иным федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей. Само Правительство РФ, в частности, полномочно утверждать правила отдельных видов договоров купли-продажи, а также правила продажи отдельных видов товаров. Оно же утверждает правила бытового и иных видов обслуживания потребителей (правила выполнения отдельных видов работ и правила оказания отдельных видов услуг). С 1 декабря 2006 г. Правительство РФ вправе устанавливать правила организации деятельности по продаже товаров (выполнению работ, оказанию услуг) потребителям.

Утвержденные Правительством РФ правила весьма многочисленны, и они периодически обновляются с учетом запросов практики рыночных отношений. Назовем лишь некоторые из них: Правила продажи отдельных видов товаров (Перечень товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара; Перечень непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих возврату или обмену на аналогичный товар других размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации)¹; а также Правила оказания услуг почтовой связи²; оказания услуг по техническому обслуживанию и ремонту автотранспортных средств³; распространения периодических печатных изданий по подписке⁴; оказания услуг автостоянок⁵. Постановлением Правительства РФ от 18 мая 2005 г. № 310 введены

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 19 января 1998 г. № 55 // СЗ РФ. 1998. № 4. Ст. 482; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 8 февраля 2006 г. № 80 // СЗ РФ. 2006. № 7. Ст. 790.

² См.: Постановление Правительства РФ от 15 апреля 2005 г. № 221 // СЗ РФ. 2005. № 17. Ст. 1556.

³ См.: Постановление Правительства РФ от 11 апреля 2001 г. № 290 // СЗ РФ. 2001. № 17. Ст. 1712.

⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 1 ноября 2001 г. № 759 // СЗ РФ. 2001. № 45. Ст. 4271.

⁵ См.: Постановление Правительства РФ от 17 ноября 2001 г. № 795 // СЗ РФ. 2001. № 48. Ст. 4517.

Правила оказания услуг местной, внутризоновой, междугородной и международной телефонной связи¹.

Иногда инициатором введения таких правил становится Президент РФ. Так, 7 февраля 1996 г. им был издан Указ № 161 «Об усилении государственного контроля за оборотом алкогольной и табачной продукции иностранного производства»². Этим Указом в целях обеспечения прав потребителей установлено, что при розничной и мелкооптовой реализации алкогольной и табачной продукции иностранного производства продавцы (торгующие организации и индивидуальные предприниматели) обязаны помимо информации, предоставляемой в обязательном порядке в соответствии со ст. 10 Закона РФ «О защите прав потребителей», предоставлять информацию о производителе продукции, месте ее изготовления, а также об организации — импортере продукции и таможенном пункте, на котором были произведены пересечение таможенной границы Российской Федерации и таможенное оформление конкретной партии продукции. Правительству РФ поручалось определить перечень и сроки доведения информации до потребителей по алкогольной и табачной продукции иностранного производства.

2. В новейшем законодательстве прослеживается линия на усиление роли федеральных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления и общественных объединений в защите прав потребителей. Охарактеризуем их.

А. Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 образована Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Ей переданы функции контроля и надзора в сфере защиты прав потребителей, которые ранее наряду со многими другими выполняло упраздненное МАП России. Положение о Федеральной службе утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 322³. Эта Федеральная служба, в частности, осуществляет государственный контроль за соблюдением законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в области защиты прав потребителей; контролирует соблюдение правил

¹ СЗ РФ. 2005. № 21. Ст. 2030; 2006. № 2. Ст. 195.

² СЗ РФ. 1996. № 7. Ст. 670; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 3 августа 2003 г. № 899 // СЗ РФ. 2003. № 32. Ст. 3170.

³ СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2899; 2006. № 22. Ст. 2337.

продажи отдельных предусмотренных законодательством видов товаров, выполнения работ, оказания услуг; регистрирует отдельные виды продукции, представляющие потенциальную опасность для человека; пресекает факты нарушения законодательства в установленной сфере деятельности; принимает меры, направленные на недопущение и (или) ликвидацию последствий нарушений норм права юридическими лицами и гражданами.

Б. Органы местного самоуправления в целях защиты прав потребителей на территории муниципального образования вправе по Федеральному закону о местном самоуправлении 1995 г.:

рассматривать жалобы потребителей, консультировать их по вопросам защиты прав потребителей;

анализировать договоры, заключаемые продавцами (исполнителями, изготовителями) с потребителями, в целях выявления условий, ущемляющих права потребителей;

при выявлении товаров ненадлежащего качества, а также опасных для жизни, здоровья, имущества потребителей и окружающей среды незамедлительно извещать об этом федеральные органы исполнительной власти, осуществляющие контроль за качеством и безопасностью товаров;

при выявлении случаев продажи товаров, не сопровождающихся достоверной и достаточной информацией, или с просроченными сроками годности, или без сроков годности, если установление этих сроков обязательно, приостанавливать продажу товаров до предоставления информации или прекращать продажу товаров (выполнение работ, оказание услуг);

обращаться в суды в защиту прав потребителей (неопределенного круга потребителей).

Для обеспечения защиты прав потребителей органы местного самоуправления самостоятельно формируют соответствующие структуры.

Федеральный закон о местном самоуправлении 2003 г. определил три основные территории местного самоуправления: поселение (городское и сельское), муниципальный район и городской округ. В его гл. 3 приведен перечень вопросов местного значения, решаемых соответствующими органами местного самоуправления. В их числе защита прав потребителей прямо не названа, на основании чего сделан поспешный вывод, что

«органы местного самоуправления обязанностей в области защиты прав потребителей не имеют»¹. Думается, дело обстоит не так. *Во-первых*, на всех уровнях местного самоуправления к вопросам местного значения отнесено создание условий для обеспечения жителей услугами связи, общественного питания, торговли, бытового обслуживания и т. д. (см. ст. 14—16). Пользуясь перечисленными и подобными услугами, которые внесены в перечень вопросов местного значения, жители выступают ими не может не включать защиту прав жителей — потребителей. *Во-вторых*, в названном Федеральном законе не приводится исчерпывающий перечень вопросов местного значения. Органы местного самоуправления вправе решать, при наличии собственных материальных ресурсов и финансовых средств, и иные вопросы, не исключенные из их компетенции федеральными законами и законами субъектов Федерации. Интерес же органов местного самоуправления участвовать в защите прав потребителей очевиден. Ведь потребителями являются буквально все граждане, проживающие на территориях местного самоуправления. Отказ от защиты прав потребителей означал бы перекрытие важного канала, повседневно связывающего власть на местах с населением.

В. Общественные объединения потребителей (их ассоциации, союзы), куда на добровольной основе входят граждане, осуществляют свою деятельность в соответствии с Федеральным законом от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» и их уставами. В случаях, предусмотренных уставами указанных объединений (их ассоциаций, союзов), они вправе:

участвовать в разработке требований к безопасности товаров, а также стандартов, устанавливающих обязательные требования в этой области, проектов законов и иных правовых актов Российской Федерации, регулирующих отношения в области защиты прав потребителей;

проводить независимую экспертизу качества и безопасности товаров, проверять соблюдение прав потребителей и правил торгового, бытового и иных видов обслуживания потребителей.

¹ *Ефремова Т.* Купить и не «пролететь» // Российская газета. 2005. 15 марта.

участвовать по поручению потребителей при проведении экспертиз по фактам нарушения прав потребителей;

вносить в федеральные органы исполнительной власти, организации предложения о мерах по повышению качества товаров, снятию с производства, изъятию из оборота товаров, опасных для окружающей среды, жизни, здоровья потребителей и их имущества;

участвовать совместно с федеральными органами исполнительной власти в осуществлении контроля за применением регулируемых цен;

вносить в органы прокуратуры и федеральные органы исполнительной власти материалы о привлечении к ответственности лиц, виновных в выпуске и реализации товаров, не соответствующих установленным требованиям безопасности и качества, а также лиц, виновных в нарушении прав потребителей, установленных законами или иными правовыми актами Российской Федерации;

обращаться в органы прокуратуры с просьбами принести протесты о признании недействительными актов федеральных органов исполнительной власти, актов органов исполнительной власти субъектов РФ и актов органов местного самоуправления, противоречащих законам, регулирующим отношения в области защиты прав потребителей; обращаться в суды в защиту прав потребителей (неопределенного круга потребителей).

Тема 10 ПРАВОВЫЕ ГАРАНТИИ КОНКУРЕНЦИИ

§ 1. Конкуренция и монополия как объективные свойства рыночной экономики и необходимость государственно-правового воздействия на них. § 2. Нормативно-правовая основа конкуренции. § 3. Правовые меры защиты конкуренции. § 4. Роль государства в обеспечении правовых гарантий конкуренции

§ 1. Конкуренция и монополия как объективные свойства рыночной экономики и необходимость государственно-правового воздействия на них

1. Охватываемая этой темой проблематика вводит нас в глубинные тайны рыночной экономики, где под покровом свободы предпринимательства творятся добро и зло, совершаются высоконравственные и самые низменные поступки, где в государственно-правовом воздействии на общественные отношения наиболее зримо проявляется роль государства в экономической и социальной сферах, степень его вмешательства в экономику.

Государство косвенно влияет на конкуренцию и монополию с помощью кредитно-денежной и налоговой политики, распределения государственных заказов, финансирования фундаментальных и прикладных научных исследований, создания стимулов для инвестиций в модернизацию устаревшего производства, а также воздействует прямо и непосредственно через антимонопольное законодательство. Позиция государства в лице его правотворческих, правоприменительных и правоисполнительных органов по вопросам конкуренции и монополии при создании их нормативно-правовой основы и ее последующем воплощении в жизнь может быть убедительно аргументирована и эффективна лишь в случае правильного отражения в государственной политике и законодательстве объективных признаков конкуренции и монополии и значения последних в рыночной экономике независимо от государственного вмешательства. Данное обстоятельство обязывает, прежде чем говорить о государственном регулировании конкуренции и монополии, обратиться к позна-

нию их экономической сущности, детерминирующей правовые формы обратного воздействия на них.

2. Идеальная модель социально ориентированной рыночной экономики предполагает равенство участников экономических отношений, свободу в принятии ими решений в вопросах своего поведения на рынке, недопустимость произвольного вмешательства кого бы то ни было в их дела, беспрепятственную возможность выхода на рынок и ухода с него. Достижению такого состояния народного хозяйства служит конкуренция.

Конкуренция — явление многозначное. Она в большей или меньшей мере присуща всем сферам общества и видам человеческой деятельности. В широком смысле слова конкуренция есть соревнование, состязательность между различными лицами (конкурентами) в достижении одной и той же цели. В предпринимательстве конкуренция означает соперничество между участниками рыночного хозяйства за лучшие условия производства, купли и продажи товаров и получение на этой основе максимально возможных прибылей. Ее называют основным механизмом осуществления товарно-денежной формы взаимосвязи между производителями, основным механизмом рыночной экономики, важнейшим элементом хозяйственного механизма, свойством, чертой, атрибутом, стержнем рынка, главным двигателем современного прогресса. Каждая из приведенных характеристик верно отражает те или иные стороны этого сложного явления.

Глубинные корни становления и развития конкуренции уходят в природу товарного производства и рынка. Конкуренция объективно обусловлена хозяйственной самостоятельностью предпринимателя в производстве и реализации товаров при одновременной полной его зависимости от хозяйственной конъюнктуры, борьбы за наибольший доход, за процветание или, по крайней мере, выживание. Стремление каждого из них к росту прибыли неизбежно приводит к расширению масштабов хозяйственной деятельности, в результате чего предприниматели выступают как конкуренты по отношению друг к другу.

Свобода предпринимательства дает хозяйствующему субъекту возможность по своему усмотрению приобретать ресурсы и организовывать производство. Каждый предприниматель действует в тех сферах, которые считает выгодными для себя, независимо от назревших общественных потребностей. Но столь же свободен и покупатель, потребитель. Государствам с развитой

рыночной экономикой, как правило, неизвестны минимальные или максимальные нормы потребления. Нет карточек, талонов и тому подобных «пропусков» к товарам. Что покупать, у кого покупать и по какой цене, решает исключительно сам потребитель, опираясь на свои желания и платежеспособность, т. е. налицо реальный приоритет его личных интересов.

Возникающую при этом сеть взаимосвязей между всеми участниками рыночных отношений пронизывает конкуренция. В конкурентную борьбу на рынке вовлекаются не только конкурирующие между собой производители и продавцы товаров. Существует конкуренция также между продавцами и покупателями и между самими покупателями. Конкуренция между покупателями возрастает по мере уменьшения товара на рынке и достигает особой остроты в условиях, приближающихся к его отсутствию в продаже. Напротив, конкуренции потребителей на определенный товар практически нет при полном наполнении им рынка. Главное для рыночной экономики — конкуренция между производителями за захват рынка, за перетягивание на свою сторону возможно большего числа покупателей. Именно здесь создаются материальные предпосылки для других конкуренций. Конкуренция между продавцами и покупателями, равно как между самими покупателями, может быть лишь при наличии реального товара, созданного его производителем в конкурентной борьбе с другими производителями.

3. *Свобода предпринимательства является таковой лишь внешне, а по существу она объективно детерминирована*, с чем не могут не считаться хозяйствующие субъекты. И такой детерминантой предпринимательства и поведения его субъектов служит конкуренция. Еще А. Смит доказал, что конкуренция, уравнивая нормы прибыли, объективно предопределяет распределение труда и капитала, приближая его к оптимальному. А. Смит обратил внимание также на объективно складывающиеся различия между субъективными устремлениями предпринимателя и общественным результатом его деятельности. Каждый стремится только к собственной выгоде, но последствия всякий раз оборачиваются так, что он одновременно удовлетворяет и какую-то чужую выгоду, а все они вместе реализуют интересы всего общества. Такой парадоксальный результат достигается опять-таки через посредство конкуренции. В своем знаменитом труде «Исследование о природе и причине богатства народа» (1776 г.) А. Смит образно назвал ее «невидимой рукой», кото-

рая скрытно, через колебания рыночных цен формирует средние издержки и, таким образом, определяет поведение участников рыночных отношений, прежде всего производителей товаров.

Конкуренция выступает своеобразной объективно присутствующей на рынке принудительной силой. Ее механизм, уравнивая спрос и предложение, вынуждает разрозненных, обособленных друг от друга хозяйствующих субъектов подчинять свои действия писаным и неписаным правилам функционирования рынка. Здесь вполне уместно вспомнить К. Маркса, утверждавшего, что «лишь в конкуренции — в воздействии капитала на капитал — реализуются имманентные капиталу законы его тенденции», что неверно «положение, будто конкуренция навязывает капиталу внешние, принесенные извне законы, не являющиеся его собственными законами... Конкуренция приводит в исполнение внутренние законы капитала, делает их принудительными законами для отдельного капитала, но не изобретает этих законов. Она реализует их»¹.

Конкуренция способна мягко, эластично, без применения насильственных административных методов формировать и органично вводить в систему рыночных отношений такие важные рычаги экономики, как качество производства и товаров, ценообразование, хозяйственный расчет, мотивация к труду и др. Под ее влиянием растут или снижаются цены, выявляются и вытесняются с рынка ненужные товары и вовлекаются в рыночный оборот товары, пользующиеся спросом. В условиях развитого рынка конкуренция есть постоянная гонка без финиша, когда нельзя остановиться, отдохнуть от изнурительного соперничества. Хозяйствующие субъекты находятся под бдительным контролем своих конкурентов по рынку соответствующих товаров. Конкуренция производит постоянную селекцию предпринимателей, отбирает и возвышает результативно работающих и вытесняет с рынка, разоряет тех, кто не способен адаптироваться к постоянно меняющимся его условиям. Ослабление, устранение конкуренции рано или поздно приводит к застою, загниванию экономики, снижает ее эффективность, а в конечном счете — к падению жизненного уровня людей.

4. Представленная выше идеальная модель социально ориентированной рыночной экономики далеко не всегда выдерживает испы-

Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 46. Ч. II. С. 265.

тание практикой рыночных отношений. Как известно, жизнь полна противоречий. И свободе конкуренции, призванной детерминировать благоприятное состояние на рынке, противостоят два «врага». *Первый — недобросовестная конкуренция.* Ее конкретное содержание в различных странах в различные периоды развития рынка раскрывается неодинаково. Общая же суть вытекает из самого словосочетания, т. е. демонстрирует такую состязательность на рынке, когда ее участники пренебрегают общепринятыми нормами нравственности, порядочностью, допускают действия, противоречащие честным обычаям в области производства и торговли. Подобное поведение по известному принципу «не обманешь — не продашь» есть негативная, но все-таки сторона самой конкуренции и потому преодолевается она проще.

Более опасна для свободной конкуренции монополия — прямой ее антипод. Монополия — греческое слово, буквально переводится на русский язык как «продаю один», что очень близко к его смысловому содержанию. **Понятие «монополия» отражает концентрацию капитала, производства, торговли в руках одного или нескольких хозяйствующих субъектов.**

Подобно конкуренции монополия также имманентна рыночной экономике, объективно обусловлена развитием последней. В экономике действуют две взаимосвязанные тенденции. Первая — стремление хозяйствующих субъектов к обособлению, образованию автономных экономических структур. Юридически это обеспечивается такими формами реорганизации юридических лиц, как выделение и разделение, вследствие чего на рынке выступает все больше независимых друг от друга и конкурирующих между собой хозяйствующих субъектов. Вторая тенденция — стремление к поглощению одних хозяйствующих субъектов другими, более сильными. Здесь юридическими формами реорганизации служат слияние, присоединение и некоторые другие формы объединения с сохранением статуса самостоятельного юридического лица. Наиболее незадачливые участники рыночных отношений разоряются и ликвидируются. В результате число хозяйствующих субъектов и соответственно конкурентов на рынке сокращается, а при максимальной концентрации капитала, производства, торговли товарами конкуренция прекращается вовсе.

Объективные причины обуславливают различный характер монополий, различные их виды. *По критерию социально-экономической природы их возникновения и функционирования общепринято различать монополии естественные, легальные и искусственные.*

В ряду монополий особняком стоят *естественные монополии*, где по объективным условиям, не зависящим от воли людей и государства, по самой природе вещей иное состояние рынка, кроме монополии, невозможно или нецелесообразно. В сферах деятельности естественных монополий, например в железнодорожных перевозках, установлен специфичный по сравнению с иными видами монополий механизм правового регулирования: действует своя система нормативно-правовых актов, особая система государственных органов регулирования и контроля их деятельности. Поэтому о естественных монополиях подробнее будет сказано в отдельной теме, а в данной речь пойдет о других видах монополий.

Легальными монополиями называют потому, что они образуются на законном основании и официально защищены от конкуренции (от лат. *legalis* — законный, признанный, разрешаемый законом). Сферы и численность легальных монополий очень подвижны. К легальным монополиям относятся патентная система, авторские права, торговые знаки и знаки обслуживания и т. п.

Самыми распространенными и опасными для свободы конкуренции на рынке являются искусственные монополии. Под приведенным условным названием, отделяющим эти организации от естественных монополий, подразумеваются объединения хозяйствующих субъектов, образуемые ради получения монополистических выгод. Эти монополии преднамеренно меняют структуру рынка: создают барьеры для вхождения на рынок новых предпринимателей; ограничивают предприятиям, которые не вошли в монополистическое объединение, доступ к источникам сырья и энергоносителям; создают очень высокий (по сравнению с новыми хозяйствующими субъектами) уровень технологии; используют более крупный капитал, дающий больший эффект от роста масштаба производства, и т. п. **Искусственные монополии образуются в виде картелей, синдикатов, трестов, концернов.**

В общем виде *процесс монополистической концентрации производства и централизации капитала в современных условиях происходит в формах интеграции, диверсификации и конгломерации.*

Интеграция — объединение технологически однородных производств (горизонтальная интеграция) или производств, образующих единую технологическую цепочку, начиная от обработки сырья и кончая производством готовой продукции (вертикальная интеграция).

Диверсификация — объединение разнородных предприятий, принадлежащих к близким, родственным отраслям. Диверсифицированные хозяйствующие субъекты — многоотраслевые, производящие широкий ассортимент товаров. Самой диверсифицированной компанией мира считается «Дженерал электрик». Она производит широкий круг потребительских электротоваров, моторы, электрооборудование, локомотивы, реактивные моторы, медицинское оборудование, локомотивы, реактивные моторы, медицинское оборудование, силовые и режущие материалы и многое другое.

Конгломерат означает объединение под единым финансовым контролем хозяйствующих субъектов, не имеющих производственных связей и принадлежащих не только к различным видам производства, но и к различным сферам экономики.

5. Рассмотрение обеих тенденций в их сопоставлении свидетельствует о преобладании второй — монополии. К ее превалированию подвигает объективное развитие производительных сил. В частности, овладение достижениями науки, техники, технологии и производство на этой основе более качественных и дешевых товаров по сравнению с производимыми конкурентами требует больших капитальных вложений, часто непосильных для отдельно взятого хозяйствующего субъекта. Это вынуждает отставших под угрозой поражения в конкурентной борьбе и разорения объединяться между собой или присоединяться к более сильным, опередившим их.

Есть еще одна причина, объективно вызывающая монополизм и превалирование последнего над свободной конкуренцией. В предпринимательской практике конкуренция и монополия обычно рассматриваются как альтернатива. Однако конкуренция в рыночной экономике не сводится только к ее антимонопольной направленности. Она более сложна и внутренне глубоко противоречива, как бы в самой себе содержит собственное отрицание. В ходе функционирования и развития конкуренция создает, воспроизводит предпосылки для самоуничтожения, постепенно перерождаясь в монополию. Диалектика взаимосвязи конкуренции и монополии такова, что, будучи необходимым элементом, движущей силой рыночной экономики, конкуренция сама одновременно служит средством превращения основных свойств свободного рыночного производства в свою противоположность: победитель в конкурентной борьбе нередко становится монополистом.

В результате всего этого постепенно рождается засилье монополий, их диктат в экономике со всеми вытекающими вредными последствиями для рынка, когда монополист, осуществляя различные виды монополистической деятельности, устраняет или подавляет своих конкурентов, вздувает цены, с тем чтобы получать максимальную прибыль внешне пристойными экономическими методами.

6. Сказанное выше позволяет сделать вывод о том, что в достижении оптимума рыночной экономики нельзя полагаться только на ее стихийное функционирование, сочетающееся с саморегулированием, на то, что рынок сам себя упорядочит, а конкуренция на него придет сама и будет действовать самостоятельно, без государственной поддержки. Необходимо еще рациональное государственно-правовое воздействие на объективно происходящие процессы, защищающее свободу конкуренции и противостоящее монополизации экономики, монополистической деятельности, недобросовестной конкуренции и перерастанию свободной конкуренции в монополию. Создание же надежных гарантий свободы конкуренции может быть достигнуто только при опоре на объективно действующие тенденции, что делает необходимым более подробное их рассмотрение.

Соотношение тенденций к развитию свободной конкуренции и усилению монополий не есть величина постоянная. По мере роста и динамики экономики оно изменяется, что оказывает решающее влияние на состояние рынка. Можно и нужно вести речь о взаимодействии обеих тенденций, из которого и надлежит исходить при осуществлении государственно-правового регулирования. В экономической литературе в этой связи выработано особое научное понятие — **структура рынка, которая дифференцированно отражает реальное состояние конкурентной среды на рынке**. Как показывает зарубежный и отечественный опыт, характер и формы конкуренции неодинаковы на различных рынках и в различных рыночных ситуациях, что существенно влияет на поведение хозяйствующих субъектов при принятии решений относительно цен, объема производства продукции и других параметров предпринимательской деятельности. Знание и учет в законодательстве структуры рынка есть неперемнная предпосылка успешного государственно-правового воздействия на конкуренцию и монополию.

7. Конкуренция и ее противоположность — монополия существуют только при определенном состоянии рынка, основ-

ными параметрами которого являются: количество хозяйствующих субъектов (промышленных, торговых и иных, имеющих права юридического лица, и индивидуальных предпринимателей), поставляющих товары на рынок; свобода вхождения хозяйствующего субъекта на рынок и выхода из него; дифференциация товаров (придание определенному виду товаров одного и того же назначения разных индивидуальных особенностей — по фабричной марке, качеству, цвету и др.); участие хозяйствующих субъектов в контроле за рыночной ценой. *С учетом названных параметров выделяют четыре вида структур рынка: совершенная (свободная) конкуренция, чистая монополия, монополистическая конкуренция, олигополия.*

Совершенная конкуренция означает, во-первых, что на рынке имеется множество независимых хозяйствующих субъектов, самостоятельно решающих, что создавать и в каких количествах. Во-вторых, никем и ничем не ограничен доступ на рынок и такой же выход из него всем желающим. Каждый гражданин может стать свободным предпринимателем и применить свой труд и материальные средства в интересующей его отрасли хозяйства. Покупатели, в свою очередь, свободны от всякой дискриминации и имеют возможность купить товары и услуги на любом рынке. В-третьих, продукты определенного назначения одинаковы по важнейшим свойствам (не дифференцированы). В-четвертых, хозяйствующие субъекты никак не участвуют в контроле за рыночными ценами, неценовые методы конкуренции не практикуются. В-пятых, участники рыночных отношений имеют равный доступ к рыночной информации, в частности к истинному знанию о совершаемых сделках. В экономической литературе **свободную конкуренцию нередко называют чистой**, поскольку она свободна от вмешательства государства, а рынок «чист» от монополий.

Три других вида рыночных структур относятся к несовершенной конкуренции. Предельным проявлением несовершенной конкуренции служит **чистая (абсолютная) монополия** — прямая противоположность чистой конкуренции. При ней продукция создается единственным хозяйствующим субъектом и не имеет эффективных заменителей. Вхождение в соответствующую отрасль производства новых производителей исключается из-за непреодолимых барьеров в виде монополии на источники сырья, на транспортные средства, кредиты и т. п. Такой хозяй-

ствующий субъект-производитель полностью контролирует производство и рынок данного товара.

Особенность двух оставшихся видов рыночных структур состоит в том, что они занимают промежуточное положение между совершенной конкуренцией, с одной стороны, и чистой монополией — с другой. **Монополистическая конкуренция** предполагает наличие значительного числа хозяйствующих субъектов, которые производят и реализуют дифференцированную продукцию. Каждый из них старается убедить покупателя, что его товар является уникальным и лучшим в данной товарной группе. Существует небольшой барьер для входа на рынок соответствующих товаров новых продавцов.

Название олигополия как структура рынка происходит от греческого слова, которое в переводе на русский язык означает «несколько, немного продавцов». При олигополюльной конкуренции на рынке преобладают несколько крупных фирм. Вступление в отрасль новых хозяйствующих субъектов возможно, но крайне затруднено, что обеспечивает высокую прибыль нескольким господствующим предпринимателям.

8. При отражении в законодательстве складывающихся рыночных структур необходимо учитывать по крайней мере два момента. Первый — нечеткость, размытость граней между различными структурами (например, «множество», «значительное число», «немного» действующих на рынке хозяйствующих субъектов), тесные взаимосвязи между ними, а также взаимопереходы одной структуры в другую. Соотношение структур постепенно, а при проведении радикальных экономических реформ резко, скачкообразно изменяется в пределах двух крайностей — свободной конкуренции и чистой монополии.

Второй момент вызван тем, что в чистом виде конкретная рыночная структура встречается крайне редко. Так, примерно до середины XIX в. для экономики ряда стран была характерна свободная конкуренция, что определялось небольшими размерами предприятий и многочисленностью производителей. Но со второй половины века картина начинает существенно меняться: крупные предприятия постепенно захватывают все большую долю рынков отдельных товаров. Бурное развитие производства, связанное с быстрым ростом капиталоемких отраслей тяжелой промышленности, железнодорожным строительством, переходом к использованию электрической энергии,

привело к образованию крупных и сверхкрупных по масштабам XIX в. предприятий.

Правда, существует несколько отраслевых рынков, которые и в наше время имеют в большей степени эту структуру. К ним относятся рынки сельскохозяйственных продуктов, рынки некоторых услуг. О степени концентрации производства в некоторых олигополистических отраслях современных США можно судить по следующим показателям: в реализации алюминия занято 15 продавцов, но на долю четырех крупнейших приходится 64% всех годовых поставок; свинца — соответственно 5 и 99%, автомобилей — 28 и 92%, домашних холодильников — 18 и 94%. В целом, по оценкам специалистов, ныне около 75% всех предприятий в экономически развитых странах конкурируют на рынке, где система купли-продажи базируется на монополистической конкуренции. Примером могут служить рынки одежды, обуви, стиральных порошков, мыла, безалкогольных напитков. Производимые хозяйствующими субъектами товары имеют одинаковое назначение, похожи друг на друга и являются близкими заменителями, но различаются качеством исполнения, упаковкой, дизайном. Дифференциация товара позволяет производителю самостоятельно устанавливать цену вне зависимости от действий конкурентов. Каждая фирма выступает единственным производителем и в этом смысле — монополистом. Но так как объем продаж каждого продавца относительно невелик, то каждая из фирм имеет ограниченный контроль над рыночной ценой.

Вследствие изложенных особенностей рыночных структур последние имеют значение общего ориентира в нормативно-правовом регулировании, в частности при определении гарантий свободы конкуренции и ограничении монополизма.

§ 2. Нормативно-правовая основа конкуренции

1. Конкуренция, как любой общественный феномен, не является в одночасье. Возникнув вместе с рынком, она проходит нелегкий путь становления, утверждения и устойчивого функционирования, постепенно становясь одним из решающих факторов производства и рыночных отношений. Сначала конкуренция действовала на местном (сельском, городском) рынке, затем по ступенькам рынка поднималась на региональный и общегосударственный уровень и, наконец, на уровень межгосу-

дарственный и всемирный. Вслед за конкуренцией, хотя и со значительным отставанием, но по мере осознания необходимости ее государственной защиты и борьбы с монополизмом шло формирование соответствующей нормативно-правовой основы. Ныне конкуренция, сказал Президент РФ в Послании 2002 г., приобрела действительно глобальный характер. В международном сообществе, современном мире жесткая конкуренция за рынки, за инвестиции, за политическое и экономическое влияние стала нормой. *Одним из факторов, обеспечивающих конкурентоспособность российской экономики, является стабильная законодательная база, служащая защите конкуренции и ограничению монополистической деятельности, получившая название «антимонопольное законодательство». Последнее есть синоним понятия «законодательство о защите конкуренции».*

2. Наша страна стояла в стороне от общемировых процессов. В царской России антимонопольное законодательство отсутствовало, хотя в начале XX в. была начата его подготовка. В СССР вопрос о нем не вставал вовсе ввиду официальной государственной политики на монополизацию народного хозяйства и отрицания наличия конкуренции в плановой экономике. В 80-е гг. советская экономика была одной из самых высокомонополизированных в мире главным образом за счет монополизированного государственного сектора экономики. Это, конечно, не означало, что в условиях СССР не было никакой конкуренции в экономике, которая называлась социалистической. Следует согласиться с позицией авторов о наличествовавшей тогда самобытной, нетипичной рыночной конкуренции между предприятиями, а точнее, их руководителями, за «низкий план» и «высокую цену», за фонды и лимиты, за прикрепление к выгодным поставщикам. Жестко конкурировали легальная и теневая экономика. Особенно острой в условиях дефицита многих товаров была конкуренция между получателями готовой продукции. Сходство с конкуренцией имело и широко практиковавшееся тогда «социалистическое соревнование».

Что касается государственного планирования, то оно не исключает свободной конкуренции в становлении и развитии рынка. В этой связи уместно привести мнение авторитетного ученого, лауреата Нобелевской премии, нашего соотечественника и гражданина США Василия Леонтьева. Он часто сравнивает рыночную экономику с кораблем, которому частная инициатива, как ветер, надувает паруса и сообщает импульс движе-

ния, а планирование, как руль, направляет экономику в нужное направление. Причем эту свою роль планирование выполняет посредством целого ряда мер и, прежде всего, посредством стратегического планирования, основу которого составляют межотраслевые балансы.

3. Реформы, которые начали проводиться с конца 80-х гг. XX в., потребовали быстрого создания нормативно-правовой основы конкуренции и монополистической деятельности, и основа эта должна была быть адекватна формируемой социально ориентированной рыночной экономике. Разработка такой основы и отечественная практика реализации соответствующих нормативно-правовых актов заставляют нас обратиться к уже накопленному мировому опыту. Разумеется, политика каждого отдельного государства в области конкуренции и монополистической деятельности определяется спецификой условий его экономического и исторического развития, сложившимися традициями, особенностями социокультуры. Но есть также много общего. Его знание необходимо российским законодателям, работникам других органов государственной власти и органов местного самоуправления, а также предпринимателям, действующим на зарубежных рынках и вступающим в деловые контакты с предпринимателями других государств на рынке отечественном.

Знание государственно установленных правил, направленных на формирование конкурентной среды на зарубежных рынках, необходимо тем более, что российские товары имеют крайне неудовлетворительную конкурентоспособность. *Конкурентоспособность товара есть степень его притягательности, привлекательности для покупателя.* Факторов ее множество — от внешнего вида до цены. Чрезвычайно актуальна и проблема конкурентоспособности России как страны в целом. Лозаннский институт международного анализа по конкурентоспособности различных стран, проведя исследование на основе 400 критериев, сведенных в восемь групп, выявил следующую ранжировку государств. Первое место занимают США, второе — Сингапур, третье — Япония и т. д. Для России места в списке не нашлось — столь низкими оказались ее возможности¹. А ведь под влиянием конкурентоспособности государства складывается и конкурентоспособность представляющих его

¹ См.: Научные труды Международного союза экономистов и вольного экономического общества. М.; СПб., 1995. С. 95.

предпринимателей, их имидж в глазах деловых людей других стран.

4. Попытки обуздать монополизм делались еще в древние времена. Пальма первенства, по утверждению специалистов-историков, принадлежит римским законодателям, выявившим противоречия между частной инициативой и конкуренцией, ведущие к монополии. В частности, называют императора Диоклетиана с его декретом о ценах, устанавливавшим с целью борьбы со спекулятивными монополиями твердые цены на отдельные виды товаров.

Первым антимонопольным актом более общего характера принято считать конституцию о ценах византийского императора Зенона (483 г.), где говорилось: «Мы приказываем, чтобы ни одно лицо не позволило себе осмелиться осуществлять монополию на какой-либо вид одежды или на рыбу, или на какую-либо иную вещь, служащую в качестве продовольствия или предназначенную для другого использования». В этом акте впервые появляется и само понятие «монополия».

В Англии в XVII в. был принят закон, аннулировавший значительную часть сложившихся к тому времени монополий на городскую торговлю. Позднее отдельные сходные меры предпринимались и в некоторых других странах. Например, в Германии в 1886 г. издается закон о недобросовестной конкуренции, в Канаде в 1889 г. — о предупреждении и запрете объединений, связанных с ограничением в торговле. Относительно быстрое распространение подобных законов в экономически развитых государствах объяснялось тем, что возникшие к тому времени гигантские монополистические объединения стали разрушать традиционные устои рынка, и их справедливо расценивали как явления, привнесенные извне и чуждые нормальному развитию рыночной экономики.

Введение более или менее системного государственного регулирования конкуренции и монополистической деятельности обычно связывают с американским антitrustовским законодательством и именем Д. Шермана. Разработка в США антимонопольного законодательства началась во второй половине 80-х гг. XIX в. Всего было подготовлено около полутора десятков законопроектов. В конкуренции между ними верх одержал проект, представленный сенатором Д. Шерманом. После существенной доработки он был принят и с июля 1890 г. начал действовать. В 1914 г. принимаются предложенные членом палаты представи-

телей Г. Клейтоном дополнения к закону. В том же 1914 г. была образована Федеральная торговая комиссия, предназначенная для борьбы с антиконкурентными слияниями компаний, с нечестными методами конкуренции. Последние были объявлены незаконными. Отметим несколько примечательных черт комиссии, связанных с ее высоким статусом в системе государственного аппарата. Комиссия представляет собой независимый административный орган, обладающий специальными полномочиями. Ее председатель назначается Президентом США, а члены (всего пять человек) — Президентом по рекомендации и с одобрения Сената сроком на семь лет. Комиссия проводит расследование нарушений антимонопольного законодательства по собственной инициативе, по заявлению Генерального прокурора, указаниям Президента и Конгресса США, жалобам физических лиц¹.

Позднее в законодательство вносились отдельные коррективы, которые ослабляли антимонопольный пресс, если он тормозил развитие экономики, снижал конкурентоспособность американских товаров. В частности, в 1937 г. из-под действия закона Д. Шермана были выведены некоторые виды соглашений о розничных ценах между производителями и дилерами.

5. Параллельно с развитием национальных законодательств в регулирование конкуренции и монополистической деятельности все более активно стали включаться международное право и различные международные институты, что было связано с необходимостью выработки единых стандартов поведения. Например, Парижская конвенция 1883 г. закрепила нормы, направленные против недобросовестной конкуренции. Генеральная Ассамблея ООН 5 декабря 1980 г. одобрила резолюцию «Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой», в которой предложено государствам — членам ООН в целях развития международной торговли пресекать подобную практику. При ООН действует специальная комиссия по ограничению деловой практики. Комиссия анализирует антимонопольное законодательство различных стран, принимает меры к унификации его норм, вырабатывает необходимые для этого рекомендации.

¹ См.: Законодательство о компаниях, монополиях и конкуренции // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. М., 1987.

Сейчас, когда на территории бывшего СССР многими странами после кратковременной эйфории от полученной суверенной государственности прилагаются усилия по налаживанию утраченных хозяйственных связей и восстановлению единого экономического пространства в рамках Содружества Независимых Государств, Союза Белоруссии и России, несомненный интерес представляет Договор об учреждении Европейского экономического сообщества¹. В Договор, подписанный в Риме 25 марта 1957 г., первоначально вошли Бельгия, Германия, Франция, Италия, Люксембург, Нидерланды. Он ставил своей целью путем создания «общего рынка» и постепенного сближения экономической политики государств-участников всестороннее развитие экономической деятельности во всем сообществе, постоянное и равномерное развитие, скорейшее повышение уровня жизни и дальнейшее упрочение связей между государствами, которые он объединяет. Имелось в виду, что в масштабах всего «общего рынка» будут свободно перемещаться люди, товары, услуги и капитал. Как показало время, не часто встречающейся в мировой практике особенностью этого радикального Договора явилось то, что он настойчиво проводился в жизнь, и поставленная в нем цель последовательно реализовывалась.

Среди важнейших средств достижения цели Договор определил механизм антимонопольной политики, создание и поддержание конкуренции на рынке. Антимонопольные нормы, гарантирующие свободу конкуренции, были сосредоточены в особой главе Договора, которая так и называется «Правила конкуренции». Признавались несовместимыми с принципами «общего рынка» и запрещались всякие соглашения между предприятиями, решения об их объединении и любая координированная деятельность, которые могли бы нанести ущерб торговле между государствами и которые имели своей целью или результатом воспрепятствовать, ограничить или нарушить свободу конкуренции внутри «общего рынка». В качестве таковых расценивались:

установление прямо или косвенно покупных или продажных цен или других относящихся к сделке условий;

ограничение или контроль над производством, сбытом, техническим развитием или капиталовложениями;

¹ Сокращенный текст Договора см.: Международная жизнь. 1957. № 7. С. 143-157.

распределение рынков или источников снабжения;
применение к торговым партнерам неравного подхода при равных условиях, ставящее их в неблагоприятное положение при конкуренции;

обусловливание заключения контрактов принятием партнерами дополнительных условий, которые по своему характеру или в силу торговой практики не связаны с объектом контрактов.

Однако запреты не распространялись на подобные действия в случае, если они способствуют улучшению производства или распределения продуктов или содействуют техническому или экономическому прогрессу, обеспечивая интересы потребителей, при условии, что они не налагают на заинтересованные предприятия таких ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей и не дают этим предприятиям возможности устранить конкуренцию для существенной части данных продуктов.

После более чем тридцатилетней практики антимонопольного регулирования с использованием правил Римского договора 21 декабря 1989 г. Советом Европейского сообщества был принят Закон «По контролю над концентрацией предпринимательской деятельности». Закон призван предотвратить создание и усиление предприятиями доминирующего положения на рынке путем получения контроля над другим предприятием.

6. Подытоживая краткий обзор зарубежного опыта, можно сделать некоторые обобщающие выводы.

Во-первых, в конкретном «расщепленном» виде, пригодном для нормативно-правового регулирования, процесс монополизации имеет двойственную направленность, выражающуюся:

- а) в экономическом росте хозяйствующих субъектов — увеличении ими производства, объемов товарооборота и т. п.;
- б) в изменениях состояния рынка.

Как минимум, по обоим этим направлениям необходимо и государственное регулирование: создание нормативно-правовой основы для контроля над операциями (сделками) хозяйствующих субъектов и контроля за уровнем концентрации товаров на рынке.

Во-вторых, при осуществлении антимонопольного регулирования надо помнить о принципе «не навреди». Борьба с монополизмом и защита свободы конкуренции не должны вести к разрыву технологических связей между предприятиями, превращаться в средство деиндустриализации народного хозяйства,

ослабления экономики страны. Законодательство призвано оперативно реагировать на перемены в рыночных отношениях и в зависимости от них ужесточать или либерализовать соответствующие нормы права.

В-третьих, система нормативных правовых актов, регулирующих конкуренцию и монополию на рынке, бывает различной. Принимаются законы, отдельные по конкуренции и по монополиям (например, в Великобритании Закон о монополиях и контроле за ограничительной практикой — 1948 г. и Закон о конкуренции — 1980 г.), и один законодательный акт, но регулирующий и те и другие общественные отношения (например, в Японии Закон против монополий — 1947 г.).

В-четвертых, как правило, создаются специальные государственные антимонопольные органы (например, Федеральная служба картелей — в Германии, Генеральный директорат по справедливой торговле — в Японии, конкурентный трибунал — в Канаде).

7. В России первым, но зато мощным толчком к законодательному регулированию конкуренции и монополий послужила еще Конституция РСФСР. В конце 1990 г. ее ст. 17 была дополнена нормой, обязывающей государство не допускать монополизма в экономике. А уже 22 марта 1991 г. принимается Закон РСФСР о конкуренции, который затем неоднократно изменялся и дополнялся. Позднее был принят Федеральный закон от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» (утратил силу). С 26 октября 2006 г. вступил в силу Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ (далее — Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г.).

Существующая в настоящее время нормативно-правовая основа защиты конкуренции включает прежде всего антимонопольное законодательство. При общей характеристике антимонопольного законодательства необходимо подчеркнуть, что оно основывается на Конституции РФ и ГК РФ. Конституция РФ закрепила фундаментальные нормы, направленные на защиту конкуренции. Они содержатся, в частности: в ч. 1 ст. 8, согласно которой в Российской Федерации гарантируется поддержка конкуренции; ч. 2 ст. 34, в соответствии с которой не допускается экономическая деятельность, направленная на монополи-

зацию и недобросовестную конкуренцию; ч. 1 ст. 74, согласно которой на территории Российской Федерации запрещается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств. В теме 3 настоящего учебника была показана особо важная роль гражданского законодательства в регулировании рыночных отношений, включая предпринимательские. Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, в том числе связанных с защитой конкуренции, должны соответствовать ГК РФ.

В ГК РФ нашли отражение нормы права о конкуренции, имеющие важное значение для гражданского оборота. Его ст. 10 устанавливает общий запрет на использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также на злоупотребление доминирующим положением на рынке. Статья 1033 ГК РФ, относящаяся к коммерческой концессии, служит примером упорядочения конкуренции в договорных отношениях. Договором коммерческой концессии может быть предусмотрено ограничение прав пользователя, выражающееся в принятии им обязательства не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав; в отказе пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя.

Непосредственно само антимонопольное законодательство состоит лишь из актов высшей юридической силы — законов, принимаемых Федеральным Собранием РФ. Формирование антимонопольного законодательства как составной части нормативно-правовой основы защиты конкуренции относится к предметам ведения Российской Федерации. Субъекты Федерации принимать по этому поводу свое законодательство не вправе. Данное положение вытекает из п. «ж» ст. 71 Конституции РФ, относящей к ведению Российской Федерации «установление правовых основ единого рынка». Как мы уже знаем, конкуренция и ее антипод — монополии — есть атрибут рынка.

Антимонопольные законы не равноценны.

А. Первенство здесь принадлежит законам, которые специально посвящены защите конкуренции. Главенствует среди них

Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. После его вступления в силу фактически перестал действовать Закон РСФСР о конкуренции 1991 г., сохранили силу только нормы его ч. 1 ст. 4, определяющие, кто из юридических и физических лиц являются аффилированными лицами. Что касается Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» 1999 г., то он утратил силу полностью. Теперь конкуренция на этом рынке защищается нормами Федерального закона о защите конкуренции 2006 г., для чего он снабжен соответствующим понятийным аппаратом и иными необходимыми положениями. В нем, например, уточнены исходные понятия, используемые на финансовом рынке. Определены: *финансовая услуга* как 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; *финансовая организация* как хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги, — 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 негосударственного пенсионного фонда, профессиональный участник рынка ценных бумаг.

Уточнение выразилось в том, что в обоих случаях дан исчерпывающий перечень предпринимательских отношений, отражаемых понятиями, вместо фигурировавших в Федеральном законе от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ соответственно «а также иные услуги финансового характера» и «иная финансовая организация, осуществляющая операции и сделки на рынке финансовых услуг», что создавало трудности в его применении. Однако в тексте Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. наряду с общими просматриваются также специализированные подходы к защите конкуренции на различных рынках. Одни нормы (их большинство) распространяются на все рыночные отношения, другие — только на товарные рынки (см., например, ст. 6 и 7), третьи — только на рынки финансовых услуг (см., например, ст. 28 и 29).

Тем самым Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. стал единым универсальным нормативным актом во всем массиве антимонопольного законодательства, определяющим организационные и правовые основы защиты конкуренции. Особую значимость ему придает то обстоятельство, что его целями является практическая реализация конституционных положений — обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков (см. ч. 1 ст. 8, ст. 34 Конституции РФ, ч. 2 ст. 1 Федерального закона).

Значительно расширена сфера применения Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. Как и прежнее антимонопольное законодательство, он распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк РФ, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Уточнены основания применения названного Федерального закона за рубежом. Его положения применяются к достигнутым за пределами России соглашениям между российскими или иностранными лицами либо организациями, если в отношении таких соглашений в совокупности выполняются следующие условия:

1) соглашения достигнуты в отношении находящихся на территории РФ основных производственных средств и (или) нематериальных активов либо в отношении акций (долей) российских хозяйственных обществ, прав в отношении российских коммерческих организаций;

2) соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции в Российской Федерации.

Необходимо выделить еще один субъект, который является стороной многих отношений, регулируемых антимонопольным законодательством, и характеристика которого существенно

уточнена названным Федеральным законом, — *группу лиц*. Важно обратить на это внимание потому, что устанавливаемые антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, хозяйствующих субъектов распространяются на действия (бездействие) группы лиц. Какой конкретно набор участников рыночных отношений признается группой лиц, сказано в ст. 9 названного Федерального закона. Всего там приведено 14 возможных вариантов. В группу лиц при указанных в этом Законе условиях могут входить хозяйственное общество (товарищество) и физическое или юридическое лицо, хозяйственные общества (товарищества) и т. д. Например, как одна группа лиц расцениваются хозяйственные общества, единоличный исполнительный орган которых назначен или избран по предложению одного и того же физического лица или одного и того же юридического лица. Группу лиц могут составить также одни физические лица: физическое лицо, его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры.

На анализе Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. и сосредоточено внимание при раскрытии проблематики, охватываемой темой 10. Однако динамика антимонопольного законодательства свидетельствует о степени вмешательства государства в рыночные отношения, а более широко — об экономической роли современного российского государства. Поэтому по ряду моментов оказывается полезным сравнение, сопоставление отдельных положений ныне действующего и прежнего законодательства.

Б. На сегодняшний день действуют десятки федеральных законов, которые специально не посвящены защите конкуренции, но в которых имеются нормы права, призванные укрепить правовые гарантии свободной конкуренции и ограничить монополистическую деятельность. Насколько оправданна такая практика? Ведь есть посвященный этому специальный закон о конкуренции, в нем и надлежало бы сконцентрировать все соответствующие нормы. Думается, что сложившаяся практика вполне уместна. Во-первых, в каждом законе, когда регулируемые им общественные отношения могут приобрести конкурентный характер, надлежит с подобной перспективе напоминать субъектам этих отношений. Во-вторых, конкуренция и монополистическая деятельность чрезвычайно обширны и многообраз-

ны, их проявления подчас бывают весьма оригинальны и непредсказуемы. Целесообразно поэтому общие нормы, содержащиеся в специальном законе, конкретизировать в других законах или, при необходимости, устанавливать в последних новые правила, отражающие специфику регулируемых ими отношений в конкуренции и монополистической деятельности.

Федеральные законы, содержащие интересующие нас нормы права, можно свести в две группы. В первую входят те, которые не предусматривают заметных особенностей в конкуренции и монополистической деятельности регулируемых ими общественных отношений. Их нормы — отсылочные. Так, ст. 31 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» гласит: «Предупреждение, ограничение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции на страховом рынке обеспечивается федеральным антимонопольным органом в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации»¹.

Вторая группа — более многочисленна и включает федеральные законы, которые наряду с отсылочными содержат нормы, уточняющие виды правонарушений, влекущих юридическую ответственность, механизм государственного контроля за соблюдением законодательства и т. п. Например, антимонопольные правила Федерального закона «О банках и банковской деятельности» запретили кредитным организациям заключать соглашения и осуществлять согласованные действия, направленные на монополизацию рынка банковских услуг, а также на ограничение конкуренции в банковском деле. Приобретение акций (долей) кредитных организаций, а также заключение соглашений, предусматривающих осуществление контроля за деятельностью кредитных организаций (групп кредитных организаций), не должны противоречить антимонопольным правилам. Соблюдение антимонопольных правил в сфере банковских услуг контролируется федеральным антимонопольным органом совместно с Центральным банком РФ.

Из сказанного можно сделать важный для государственных органов и предпринимательской практики вывод: применение

¹ Ведомости РФ. 1993. № 2. Ст. 56; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 104-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3115.

и использование норм о защите конкуренции, включенных в различные федеральные законы, предполагает обязательную увязку этих норм с общими правилами антимонопольного регулирования, содержащимися в Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г.

8. Отношения, связанные с защитой конкуренции, могут регулироваться *постановлениями Правительства РФ*. Поскольку по вопросам защиты конкуренции действовало ранее и действует сейчас немало федеральных законов, необходимость в правовом нормотворчестве возникает редко.

Значительным вкладом в дело поощрения конкуренции явилась Государственная программа демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры), утвержденная постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191'. **Демонополизация есть снижение концентрации производства товаров и создание необходимых условий для развития конкуренции на товарных рынках.** Программа установила цели, приоритеты и место демонополизации экономики и развития конкуренции в общей государственной политике экономических реформ, этапы и методы формирования и развития конкурентной среды, задания и мероприятия по демонополизации экономики и развитию конкуренции на федеральном, отраслевом и региональных уровнях, а также ограничения в этой области.

Постановлением предусмотрено, что неотъемлемую часть Государственной программы составляют отраслевые программы демонополизации экономики и развития конкуренции. Они включают в себя анализ структуры товарных рынков по продукции отрасли, уровня и форм проявления отраслевого монополизма, обоснованные предложения по перечню субъектов естественной монополии, планы демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках временных монополий на федеральном уровне.

Региональные программы демонополизации экономики и развития конкуренции (республик, краев, областей и т. д.) входят в состав программ социально-экономического развития региона и являются их неотъемлемой частью. Они включают анализ структуры товарных рынков, обоснованные предложения по перечню субъектов естественной монополии, планы демо-

¹ Российская газета. 1994. 14 апр.; СЗ РФ. 1995. № 37. Ст. 3627.

нополизации и развития конкуренции на рынках временных монополий на местном уровне. В составе региональных программ формируются предложения по демонополизации и развитию конкуренции на межрегиональных товарных рынках.

Таким образом, введена трехуровневая система программирования демонополизации экономики и развития конкуренции, что наиболее полно соответствует реалиям, сложившимся на российских товарных рынках. Государственная программа, установившая приоритеты политики демонополизации экономики и развития конкуренции, в значительной части остается нереализованной. В частности, намечалось подготовить законопроект: «О монополиях», определяющий порядок государственного контроля и регулирования субъектов естественной и других видов монополий на федеральном и местном уровнях; «Об организованных товарных рынках», определяющий правовые основы торгового посредничества и порядок осуществления торгов в виде аукционов, ярмарок, тендерных сделок, а также биржевой торговли; «О слияниях и концентрации производства и капитала», определяющий контролируемые уровни концентрации производства и капитала, достигнутые путем слияния, а также систему антимонопольных запретов в целях предупреждения монополизации рынков. К сожалению, эти нужные законы так и не появились.

9. Связанные с защитой конкуренции отношения могут регулироваться также *нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа*. Таким органом в настоящее время является Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС России, ФАС), образованная Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314. Ей переданы функции упраздненного Министерства антимонопольной политики РФ (далее — МАП России). Последнее, в свою очередь, было правопреемником Государственного антимонопольного комитета РФ, который до 1997 г. именовался «Государственный комитет РФ по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур». Подробнее о ФАС будет сказано ниже. Пока лишь отметим, что издавать нормативные правовые акты она вправе лишь в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством.

10. На отношения по защите конкуренции распространяется общее конституционное требование: если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены антимонопольным законода-

тельством, применяются правила международного договора. Россия является стороной многих договоров и соглашений, заключенных государствами — участниками СНГ. В предыдущих темах уже отмечалось стремление многих из них к сближению и последующему восстановлению единого экономического и правового пространства. Экономическую основу этих процессов составляет общий в масштабах СНГ рынок с присущими ему конкуренцией и монополистической деятельностью. Рынок играет свою интегрирующую роль только при условии постоянной работы по согласованию, а затем и унификации антимонопольного законодательства. Реальные сдвиги в указанном направлении уже происходят, и документы, в которых официально закреплены достигнутые договоренности, вполне могут претендовать сейчас, а тем более в ближайшем будущем на самостоятельное место в рассматриваемой нами нормативно-правовой основе.

12 марта 1993 г. в Москве рядом государств — участников СНГ подписано Соглашение о согласовании антимонопольной политики¹. Участники Соглашения договорились сосредоточить усилия на обнаружении и пресечении:

монополистических действий хозяйствующих субъектов и неправомερных действий органов власти и управления, направленных на ограничение конкуренции;

достигнутых в любой форме соглашений (согласованных действий) конкурирующих хозяйствующих субъектов (потенциальных конкурентов), если такие соглашения (согласованные действия) имеют либо могут иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции;

недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов.

Они выразили также намерение добиваться единообразия в установлении критериев и способов оценки монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, процедур рассмотрения и пресечения нарушений антимонопольного законодательства.

В практику регулирования взаимоотношений между странами — участниками СНГ вошли многосторонние и двусторонние соглашения. 29 марта 1996 г. подписан Договор между Российской Федерацией, Республикой Белоруссия, Республикой Казахстан и Киргизской Республикой об углублении интегра-

ции в экономической и гуманитарной областях, по которому стороны обязались создавать необходимые условия функционирования «общего рынка», обеспечивать равноблагприятные условия для свободной экономической деятельности хозяйствующих субъектов своих государств¹.

11. В ст. 2 Федерального закона о защите конкуренции 2006 г., определяющей состав субъектов антимонопольного протекторства, не назван Президент РФ, хотя в таком качестве он указывался в ранее действовавших Законе РСФСР о конкуренции 1991 г. и Федеральном законе «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» 1999 г. В тексте же Федерального закона 2006 г. нормативные указы Президента РФ нередко упоминаются как регуляторы отношений по защите конкуренции.

Проблема протекторских возможностей Президента РФ не проста. В гл. 4 Конституции РФ, закрепляющей статус Президента РФ, нет полномочий, для реализации которых ему требовалось бы издание нормативных актов. Однако в других главах Конституции РФ ссылки на нормативные указы Президента РФ имеются (см., например, ч. 1 ст. 115; п. «а» ч. 2 ст. 115)². Вопрос о правомерности президентского нормотворчества рассматривался Конституционным Судом РФ в связи с проверкой конституционности Указа Президента РФ от 3 октября 1994 г. № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации». Конституционный Суд РФ в постановлении от 30 апреля 1996 г. № 11-П пришел к выводу, что с Конституцией РФ согласуется издание Президентом РФ «указов, восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, при условии, что такие указы не противоречат Конституции Российской Федерации и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов»³.

В исторически обозримой перспективе по мере того как общественные отношения все более полно будут регулироваться законами, нормотворчество Президента РФ сведется до минимума. Президент РФ, считая нужным упорядочить какие-то об-

¹ БМД. 1997. № 8. С. 3-8.

² Подробнее см.: *Жилинский С. Э.* Наш Президент. Как он правит и как его избирают. М.: Норма, 2004. С. 69—82.

³ СЗ РФ. 1996. № 19. Ст. 2320.

ществленные отношения посредством права, может сделать это двумя путями: через Федеральное Собрание РФ, реализовав свое право законодательной инициативы, или как глава исполнительной власти, инициировав принятие нормативного постановления Правительства РФ. Необходимость же издания нормативного указа Президента РФ будет возникать крайне редко, лишь в случаях, не терпящих отлагательства. Законодатель полагал, что в современных условиях отпала надобность для Президента РФ издавать нормы права в сфере антимонопольного регулирования. Это значит, что со времени вступления в силу Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. он принимать такие нормативные указы не станет, но продолжают действовать соответствующие нормативные указы, изданные ранее, если они не противоречат данному Федеральному закону. Тенденция на сокращение нормативных полномочий Президента РФ, очевидно, сохранится и в будущем.

12. В последнее время высказываются мнения о том, что идет формирование или даже уже сформировалась новая отрасль права — конкурентное право. Есть большие сомнения в полезности подобного подхода, он вряд ли послужит упорядочению конкуренции и ограничению монополистической деятельности. Давно сложившаяся в нашей стране и разделенная на отрасли система права охватывает все действующие нормы права. Появление новых отраслей возможно только в рамках этой системы и исходя из выработанных наукой и закрепленных нормотворческой практикой критериев — предмета и метода правового регулирования. Речь может идти лишь об имеющем прикладное значение искусственном конструировании по различным другим критериям производных, комплексных групп норм права. Нагромождение одних отраслей права над другими (предпринимательского, конкурентного, корпоративного, гуманитарного и т. п.) непродуктивно. Во избежание путаницы и в целях правильной ориентации участников общественных отношений, в том числе предпринимателей, в правовом пространстве предполагаемые группы норм права правильнее называть не отраслями права, а законодательством. Именно законодательство, как зафиксировано в ст. 2 Федерального закона о защите конкуренции 2006 г., прежде всего регулирует отношения по поводу конкуренции и монополистической деятельности.

О сомнительной целесообразности введения «конкурентного права» в научный оборот и хозяйственную практику может сви-

детельствовать и тот факт, что в конце 1999 г. под эгидой МАП России одновременно пакетом изданы два учебных пособия: «Конкурентное право Российской Федерации» и «Конкуренция и антимонопольное регулирование». В весьма содержательном «Конкурентном праве...» речь идет, однако, именно о законодательстве. Пособие открывается гл. 1 «Система конкурентного законодательства» и завершается гл. 14 «Конкурентное законодательство...».

§ 3. Правовые меры защиты конкуренции

1. Начнем изложение параграфа с легального определения конкуренции, что поможет лучше уяснить правовую суть действий, предпринимаемых для подрыва конкуренции, и мер по защите последней. В п. 7 ст. 4 Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. она определяется как **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.**

В определении прежде всего отчетливо просматривается цель конкуренции — недопущение таких самостоятельных действий предпринимателей, которые в одностороннем порядке способны воздействовать на общие условия обращения конкурентов товаров. Конкуренция в конечном счете отражает интересы не столько непосредственно самих производителей, сколько покупателей, обслуживает их платежеспособный спрос на соответствующем товарном рынке, тем самым подчиняя производство интересам потребителей. Закон также кратко, но емко указал средство достижения цели — соперничество хозяйствующих субъектов, в процессе которого стимулируется производство товаров, которые нужны покупателю, складываются нормальная конъюнктура рынка и цены.

Определение конкуренции отражает идеальное состояние товарного рынка. Никаких регулирующих ее государственно-правовых рычагов в законодательстве нет ввиду их ненужности. Задача состоит в другом — в создании и поддержании идеальной конкурентной среды путем установления правовых гарантий, препятствующих нарушению, деформации этой среды, предупреждающих совершение акций, препятствующих свободе конкуренции. В Федеральном законе о защите конкуренции

2006 г. раскрыто содержание подобных акций, встречающихся в предпринимательской и властной деятельности, и установлен категорический запрет на их совершение.

2. Защита конкуренции выражается в осуществлении ряда правовых мер. Главные из них — предупреждение и пресечение: а) недобросовестной конкуренции; б) монополистической деятельности; в) антиконкурентных акций со стороны властных структур.

А. Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. в качестве **недобросовестной конкуренции называет любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.** Названный Федеральный закон, по сравнению с предыдущим антимонопольным законодательством, в качестве самостоятельного субъекта недобросовестной конкуренции, наряду с отдельными хозяйствующими субъектами, выделил группу лиц. В раскрытии же *содержания недобросовестной конкуренции* по данному Федеральному закону, как и по ранее действовавшему антимонопольному законодательству, необходимо выделить три признака.

Исходным является ее понимание как любых действий хозяйствующих субъектов, направленных на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности. Однако такая общая формулировка не дает достаточно полного представления о недобросовестной конкуренции, не содержит четких критериев, с помощью которых можно было бы в каждом отдельном случае отличить ее от совершенно необходимой на рынке самой конкуренции. Это дает повод заинтересованным лицам рассматривать как недобросовестную конкуренцию любую активную наступательную конкурентную борьбу хозяйствующего субъекта.

Поэтому правовая характеристика дополнена вторым существенным признаком — оценкой действий хозяйствующего субъекта с точки зрения наиболее распространенных и часто используемых в предпринимательской деятельности социальных норм: его поведение не должно противоречить положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливо-

сти. Значит, неверно поиск черт недобросовестной конкуренции вести только через призму норм нравственности, морали, как следует из термина «недобросовестная». Она означает еще и нарушение обычаев делового оборота, норм права, что дает полное основание усматривать в ней противоправное деяние.

В оценке конкуренции как недобросовестной из упомянутых выше трех видов социальных норм главную роль играют именно нормы права как общеобязательные правила поведения, совершенно определенные по содержанию и зафиксированные в государственных решениях, которые известны (или должны быть известны) предпринимателям и другим участникам общественных отношений. Требования же, относящиеся к «добросовестности», «разумности», «справедливости», а в значительной мере — и к «обычаям делового оборота», неконкретны и расплывчаты. Они даже в пределах одной административно-территориальной единицы, не говоря уже о различных регионах огромной по территории и пестрой по национально-этническому составу населения России, могут неодинаково пониматься как самими хозяйствующими субъектами, так и иными заинтересованными лицами — гражданами, органами государственной власти и органами местного самоуправления, общественностью.

Наконец, обязательный юридический признак недобросовестной конкуренции — наступление вредных последствий в результате действий хозяйствующего субъекта, нарушающих перечисленные социальные нормы. Чтобы констатировать наличие недобросовестной конкуренции, требуется доказать, что указанные действия могут причинить (или причинили) убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. При одновременном присутствии в действиях хозяйствующего субъекта всех трех изложенных признаков и будет налицо недобросовестная конкуренция.

Проявления недобросовестной конкуренции в ряду других официально зафиксированных нарушений антимонопольного законодательства, включая монополистическую деятельность, количественно не очень велики. В общей массе соответствующих правонарушений они занимают около 5%. Но это не означает, что борьба с подобными правонарушениями становится менее актуальной. Соответствующие обязательства взял на себя еще Союз ССР, присоединившись с 1 июля 1965 г. к Париж-

ской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1983 г.¹ Одно из закрепленных в ней промышленных прав и есть право защиты против недобросовестной конкуренции, которая классифицируется как «всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах» (ст. Ю-bis). О необходимости борьбы с недобросовестной конкуренцией говорится во многих федеральных законах, регулирующих те или иные сферы предпринимательства, например в федеральных законах от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»² (ст. 3), от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях»³ (ст. 13).

Конкретные действия недобросовестных конкурентов-предпринимателей бывают самыми различными как по целям, так и по содержанию. Например, хозяйствующие субъекты, навязывая недобросовестную конкуренцию, могут преследовать цель утвердить свою монополию в какой-либо конкретной сфере предпринимательской деятельности или на каком-нибудь товарном рынке. Закон запретил недобросовестную конкуренцию во всех ее формах, но вместе с тем ушел от исчерпывающего перечня самих форм, назвав лишь наиболее типичные и распространенные. На практике возможно с учетом признаков понятия недобросовестной конкуренции неограниченное расширение содержащегося в Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г. перечня ее форм.

Статья 14 названного Федерального закона к запрещенным отнесла **пять конкретных форм недобросовестной конкуренции**. Все формы объединяет то, что они подрывают коренной принцип честной предпринимательской деятельности — правдивость во взаимосвязях всех участников рыночных отношений, и прежде всего непосредственно самих предпринимателей.

Первая форма — распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хо-

¹ См.: Венская конвенция о международных договорах купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. С. 116.

² СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 10.

³ СЗ РФ. 1998. № 13. Ст. 1463; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 июля 2005 г. № 90-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ч. 1. Ст. 3101.

зьяствующему субъекту или нанести ущерб его деловой репутации. В современных условиях, когда в реформируемой российской экономике только еще начинает складываться нормальная конкуренция между различными хозяйствующими субъектами, решающее значение в формировании и развитии рынка приобретают их деловая репутация, доверие покупателей к производителям и продавцам товаров. Опасность этой формы недобросовестной конкуренции, к сожалению одной из самых распространенных в предпринимательстве, состоит в дезорганизации конкурентной среды и рыночных отношений, выражается в необоснованной дискредитации каким-либо хозяйствующим субъектом одного или нескольких предпринимателей, с тем чтобы отпугнуть от них потенциальных покупателей и привлечь их внимание к собственным товарам. Такими действиями наносится вред не только беспричинно опороченным хозяйствующим субъектам, но также покупателям, потребителям товаров, дезориентированным распространением ложных, неточных и искаженных сведений.

Вторая форма недобросовестной конкуренции, также получившая широкое распространение в предпринимательстве, — введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товаров или в отношении его производителей. Она является обратной стороной первой формы недобросовестной конкуренции. Общее у них то, что через посредство обеих форм распространяется неверная информация, вводятся в заблуждение покупатели, потребители в целях создания на рынке преимуществ для товаров хозяйствующего субъекта, прибегающего к недобросовестной конкуренции. Различие состоит в том, что при первой форме хозяйствующий субъект распространяет недостоверную информацию о конкуренте и его товаре в целях ложного снижения их престижа, а при второй — о своих товарах, их действительных качествах для обманного повышения конкурентоспособности этих товаров.

Третья форма недобросовестной конкуренции ~ некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами. Она, как и две рассмотренные выше, часто встречается в предпринимательской практике и вводит в заблуждение участников рыночных отношений (покупателей, потребителей) относительно фактической ценно-

сти товара, принадлежащего недобросовестному конкуренту. Термин «некорректное» сближает содержание этой формы с двумя первыми, лишь несколько смягчая их. Если там речь шла о «злонамеренном» искажении действительности, то здесь — о невежливой, бестактной информации, в которой хозяйствующий субъект сравнивает свои товары с товарами своих конкурентов. Некорректность может проявляться по-разному. Диапазон ее колебаний — от утверждения хозяйствующего субъекта, что его товар такой же качественный, как и товар уже зарекомендовавшего себя и известного на рынке предпринимателя, до заявлений о превосходстве своего товара над товарами других (другого) хозяйствующих субъектов. Нередко в одной и той же неверной информации могут содержаться различные формы недобросовестной конкуренции.

Две оставшиеся формы недобросовестной конкуренции встречаются в предпринимательской деятельности реже. Как *четвертая форма* выделяется *продажа товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности* и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг. *Пятая форма* — *незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную тайну или иную охраняемую законом тайну*. В распространении информации, способствующей недобросовестной конкуренции, обычно используется реклама. В теме 18 «Реклама» и будут подробно показаны эти формы недобросовестной конкуренции.

В связи с получившими широкое распространение нарушениями прав интеллектуальной собственности и крайне недостаточной защитой прав правообладателей Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. в ст. 14 уточнил, что не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или оказываемых услуг. Решение федерального антимонопольного органа, касающееся нарушения положений статьи в отношении приобретения и использования исключительного права на товарный знак, направляется заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

Б. Наиболее опасными для предпринимательства являются проявления монополистической деятельности. Об экономической сущности монополий и монополистической деятельности говорилось выше. Здесь остается лишь раскрыть их правовую характеристику. За последние 15 лет в ходе экономических реформ правовая характеристика монополистической деятельности менялась в сторону усиления защиты конкуренции, становилась более предметной, четкой, позволяя безошибочно обнаруживать такого рода деятельность, не допускать ее смешения с иными сходными рыночными явлениями. Дополнительные средства по предупреждению и пресечению монополистической деятельности и борьбы с ней заложены в Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г. **Монополистическую деятельность он определяет как злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействия), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью.**

От недобросовестной конкуренции монополистическую деятельность качественно отличает несколько черт, показывающих ее повышенную опасность. Она всегда свидетельствует об игнорировании не просто норм права, а тех норм, что закреплены в антимонопольном законодательстве; способна выражаться не только в актах действия, но и в бездействии; для квалификации деятельности как монополистической не требуется наличия каких-либо вредных ее последствий, доказательства причинной связи между действиями (бездействием) и наступившим негативным результатом, если таковой последовал. Как следствие, в названном Федеральном законе дано более обстоятельное изложение потенциальных действий (бездействия), могущих образовывать состав монополистического правонарушения и влекущих более строгую юридическую ответственность виновных.

Федеральный закон выделил и ввел запрет на *два конкретных вида монополистической деятельности. Первый — злоупотребление хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением* (ст. 10). Это — наиболее распространенное монополистическое правонарушение. На его долю приходится до 2/3 всех выявленных нарушений антимонопольного законодательства. Для понимания данного правонарушения и правильного применения противодействующих ему мер необходимо тщательное

изучение двух обстоятельств: 1) уяснения сути доминирующего положения и 2) злоупотребления им. Важность обоих обстоятельств, единообразного их понимания в работе властных и предпринимательских структур вызвана тем, что 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.

Доминировать в любом деле — значит преобладать, господствовать. Доминирующее положение на рынке вполне обоснованно в научной литературе расценивается как базовая категория антимонопольного законодательства. Она широко используется не только в российском антимонопольном законодательстве, но и в национальном законодательстве зарубежных государств, международных правовых документах, в том числе в упоминавшихся Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества, а также Соглашении о согласовании антимонопольной политики, Договоре государств — участников СНГ о проведении согласованной антимонопольной политики. В различных актах при схожести общих подходов приводятся не вполне совпадающие признаки доминирующего положения, неодинаково трактуется его значение и юридические последствия.

С 1991 г., когда был принят первый российский антимонопольный закон, менялась оценка доминирующего положения и в отечественном законодательстве. Доля товара на рынке, позволяющая рассматривать ее владельца как занимающего доминирующее положение, объясняется многими факторами, например состоянием экономики, сложившейся структурой рынка и прогнозируемой ее динамикой, реальной возможностью государства контролировать состояние товарного рынка, обычаями, традициями и иными социальными нормами, опосредующими поведение предпринимателей. Приведенными факторами объясняется и то, что в различных государствах установлены неодинаковые измерители доминирующего положения. По Федеральному закону о защите конкуренции 2006 г. 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 хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Самое трудное в государственном регулировании предпринимательской деятельности — перевод в целом правильной, но расплывчатой и потому непригодной для практического применения формулировки «возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара» на язык конкретных юридических норм, которые определяли бы точные поддающиеся измерению параметры доминирующего положения. Названный Федеральный закон установил различные подходы к поиску таких параметров для хозяйствующих субъектов — не финансовых организаций и хозяйствующих субъектов — финансовых организаций.

По сравнению с прежним антимонопольным законодательством признаки доминирующего положения хозяйствующих субъектов — не финансовых организаций более жестки и, как следствие, оно может быть распространено на более широкий круг предпринимателей. Ранее в трактовке доминирующего положения присутствовали два главных количественных показателя: не могло быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара не превышала 35%; существовала презумпция доминирующего положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляла более 65%. Ныне при условиях, указанных в названном Федеральном законе, может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 35%; независимо от величины доли на рынке доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта — субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии (о них см. тему 11); установлена презумпция доминирующего положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 50%.

Вопрос о доминирующем положении хозяйствующего субъекта — финансовой организации сам Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. не решает, а поручает сделать это Правительству РФ, федеральному антимонопольному органу и Центральному банку РФ. Законодатель установил для них лишь одно ограничение: 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 (подробнее см. ст. 5 названного Федерального закона).

Сама по себе фиксация доминирующего положения хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара вовсе не означает, что хозяйствующий субъект — доминатор осуществляет монополистическую деятельность, нарушает антимонопольное законодательство, т. е. совершает правонарушение. Для констатации монополистической деятельности необходимо еще, чтобы он злоупотребил своим доминирующим положением. Конкретные проявления злоупотреблений — самые разнообразные. Это все, что подпадает под установленный ст. 10 названного Федерального закона критерий их оценки в качестве таковых, — действия (бездействие), приводящие или могущие привести к ограничению конкуренции, ущемлению интересов других хозяйствующих субъектов или физических лиц.

Исчерпывающего перечня действий (бездействия), являющихся нарушением антимонопольного законодательства, в ст. 10 не дано. В ней перечислены лишь 10 наиболее типичных злоупотреблений хозяйствующих субъектов своим доминирующим положением на рынке. Их условно можно свести в две группы. Первая — совершение хозяйствующим субъектом односторонних действий, которые заключаются, например:

в изъятии товаров из обращения, если результатом такого изъятия является повышение цены товара;

в экономически или технологически необоснованном сокращении или прекращении производства товаров, на которые имеется спрос или заказы потребителей, при наличии возможности их рентабельного производства.

Чаще всего разного рода злоупотребления хозяйствующего субъекта своим положением на рынке, условно объединяемые во вторую группу, имеют место при подготовке и заключении гражданско-правовых договоров, совершении иных сделок. Строго соблюдать антимонопольное законодательство, не допускать включения в договоры противоречащих ему условий — важное исходное требование к участникам гражданско-правовых отношений, которое, к сожалению, далеко не всегда соблюдается. Широкое распространение здесь получили прямо

запрещенные законом акции: *навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора.*

Близки к ним и такие монополистические действия, как согласие хозяйствующего субъекта заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент (потребитель) не заинтересован, и необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии возможности производства или поставки соответствующего товара. В предпринимательской практике бывает и так, что противоправные претензии к партнеру при обсуждении проекта договора лишь высказываются, но не фиксируются в данном заключаемом договоре. Они предъявляются хозяйствующим субъектом на будущее, обязывая партнеров заключить другой договор с невыгодными для них условиями.

Как показывает практика федерального антимонопольного органа, хозяйствующие субъекты — доминаторы пытаются **включить** в договоры такие выгодные для себя, но невыгодные для партнеров и противоправные по сути **условия**, как возмездное проведение гарантийного ремонта, **хотя** его стоимость уже **вошла** в цену товара; обязанность покупателя при нехватке **закупленных** товаров восполнить их повторным приобретением у хозяйствующего субъекта — продавца; обязанность покупателя воспользоваться услугами по производству монтажа сложной техники силами ее поставщика (продавца). Включаемые в договор дискриминирующие условия могут относиться также к его предмету, цене, качеству, срокам исполнения, формам расчетов. Опасность подобных действий для свободной конкуренции состоит в том, что дискриминация одних хозяйствующих субъектов одновременно создает более благоприятные условия для других, чем необоснованно повышается их конкурентоспособность.

Объединяет перечисленные антиконкурентные **правонарушения то**, что одна сторона гражданско-правовых договорных отношений, используя доминирующее положение на рынке **определенного** товара, принуждает своего партнера заключить сделку на выгодных лишь для себя условиях. В качестве хозяйствующих субъектов могут выступать как продавцы, так и покупатели. При оценке их поведения нельзя допускать поспешности, односторонности. Статья 421 ГК РФ провозглашает, что

граждане и юридические лица свободны в заключении договора, они вольны по своему усмотрению определять его условия. Поэтому каждый раз, столкнувшись с подобной ситуацией, надлежит самым тщательным образом рассмотреть применительно к ней антимонопольное и гражданское законодательство в их соотношении. Лишь при бесспорной доказанности того, что формулируемые хозяйствующим субъектом условия договора связаны со злоупотреблением им своим доминирующим положением, преследуют цель закрепить исключительное положение на рынке, можно констатировать наличие правонарушения с его стороны и ставить вопрос об изменении условий обсуждаемого проекта договора или о расторжении либо признании недействительным уже заключенного.

Вспомним, что основная цель предпринимательской деятельности — систематическое получение прибыли. Для ее достижения хозяйствующие субъекты добиваются создания в предпринимательстве запрещенных антимонопольным законодательством дискриминационных условий доступа на товарный рынок, условий производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

Ради этой цели они нередко допускают противозаконные манипуляции с ценами — устанавливают, поддерживают монопольно высокие или монопольно низкие цены, развернутая характеристика которых дана в ст. 6 и 7 Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. Они, в частности, признаются таковыми, если установленная хозяйствующим субъектом цена на товар соответственно превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли или эта цена ниже необходимых для производства и реализации такого товара расходов. *Для финансовой организации монополистической деятельностью считается установление ею необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги, т. е. цены, которая существенно отличается от конкурентной цены финансовой услуги (цена, по которой финансовая услуга может быть оказана в условиях конкуренции), и (или) затрудняет доступ на товарный рынок другим финансовым организациям, и (или) оказывает негативное влияние на конкуренцию.*

Как правило, хозяйствующие субъекты устанавливают монопольно высокие цены на свою продукцию, превышающие общественную стоимость или равновесную цену. Это достигается тем, что монополисты преднамеренно создают зону дефицита, сокращая объемы производства и искусственно создавая повышенный покупательский спрос. Закон определяет монопольно высокую цену как цену товара, устанавливаемую занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом и при которой данный хозяйствующий субъект компенсирует либо может компенсировать необоснованные затраты и (или) получает либо может получить прибыль существенно более высокую, чем это может быть в сопоставимых условиях или условиях конкуренции.

При поверхностном взгляде наиболее опасными кажутся монопольно высокие цены, прямо работающие на «карман» хозяйствующего субъекта в ущерб его конкурентам. На деле же значительно большую угрозу свободе конкуренции часто таят в себе монопольно низкие цены. Известны два их варианта.

Первый заключается в том, что заниженная цена приобретаемого товара устанавливается хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на товарном рынке в качестве покупателя, в целях получения дополнительной прибыли и (или) компенсации необоснованных затрат за счет продавца. Такие цены навязываются более слабым участникам рыночных отношений, как правило, хозяйствующим субъектам, действующим в одиночку, которые при закупке у них товаров не могут сами рыночными способами, без вмешательства извне защитить свои интересы. Понижение цены по сравнению с общественной стоимостью или возможной равновесной ценой достигается посредством искусственного создания зоны избытка продукции.

Второй вариант монопольно низких цен состоит в том, что цена товара сознательно устанавливается хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на товарном рынке в качестве продавца, на уровне, приносящем убытки от продажи данного товара. Результатом установления такой заниженной цены является или может явиться ограничение конкуренции посредством вытеснения конкурентов с рынка. Низкие цены способны устанавливать и выдерживать сравнительно продолжительное время, монополизируя рынок определенных товаров, только сильные хозяйствующие субъекты, могущие

позволить долго торговать «себе в убыток». Как следствие, их конкуренты, не выдерживая испытания ценой, разоряются или уходят с рынка.

Следует иметь в виду, что хозяйствующие субъекты могут удваивать собираемую «дань» посредством так называемых *ножниц цен: устанавливаются монопольно высокие цены на продаваемую продукцию и монопольно низкие на покупаемую*. Уровни этих цен удаляются друг от друга, подобно расходящимся лезвиям ножниц. Такое движение цен основывается на расширении зон избытка и дефицита товаров. Оно характерно для многих предприятий обрабатывающей промышленности, которые в условиях инфляции повышают цены на свои готовые изделия в несколько раз больше, чем увеличиваются цены в отраслях добывающей промышленности.

«Игру» с монопольными ценами надлежит отличать от непрерывно происходящих на рынке сложных процессов ценообразования. Свобода договора предполагает и свободу его цены, определяемой по соглашению сторон без всякого вмешательства органов государства, органов местного самоуправления или иных субъектов. Вместе с тем к проявлениям монополистической деятельности относятся нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования. В предпринимательской деятельности надо строго придерживаться принципа: регулирующие цены нормы права императивны и не могут меняться по усмотрению сторон.

Второй вид монополистической деятельности — ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов. Запрет на такую деятельность распространяется на хозяйствующие субъекты независимо от занимаемого ими положения на рынке — доминируют они там или нет. И еще. Запрет на подобные соглашения и согласованную деятельность распространяется одновременно на два, несколько или многие хозяйствующие субъекты, что детерминирует своеобразие установленных для них запретов. Но разберемся сначала с понятиями. При реализации прежнего антимонопольного законодательства немалые трудности вызывал вопрос о том, что означают соглашения, а что — согласованные действия, чем реально они отличаются друг от друга. Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. внес необходимую ясность. Под соглашением понимается как договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, так

и договоренность в устной форме. *Согласованными действиями* хозяйствующих субъектов являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

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 одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее чем один год.

Названный Федеральный закон строго разграничивает оба понятия, не допускает их смешения. Совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению, говорится в ч. 2 ст. 8, не относится к согласованным действиям. Однако негативные последствия, к которым приводят или могут привести запрещенные соглашения, с одной стороны, и запрещенные согласованные действия — с другой, Федеральный закон не дифференцирует. Он устанавливает запрет физическим лицам, коммерческим и некоммерческим организациям на координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если координация приводит или может привести к таким же негативным последствиям, что и запрещенные соглашения и согласованные действия. Координация экономической деятельности есть согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов.

Для более полного изучения рассматриваемых негативных последствий, а значит, и характера запретов, нарушение которых влечет эти негативные последствия, последние целесообразно классифицировать. Одну группу составляют негативные последствия, сходные с теми, что наступают в результате запрещенных действий (бездействия) одного хозяйствующего субъекта и о которых речь шла выше при рассмотрении первого вида монопо-

диетической деятельности. Применительно к нескольким хозяйствующим субъектам они дословно повторяются — если приводят или могут привести, в частности, к необоснованному отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками); навязыванию контрагенту условий договоров, товара, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора; необоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар и т. п. Будучи внешне сходными, на самом деле негативные последствия здесь существенно отличаются, у них резко усиливается коллективное антиконкурентное влияние на рыночные отношения, давление на отдельных хозяйствующих субъектов вплоть до их устранения как конкурентов, вытеснения с рынка определенных товаров.

Вторую группу составляют такие последствия запрещенных соглашений и согласованных действий, которые один хозяйствующий субъект своими противоправными действиями (бездействием) вызвать не в состоянии. Они приводят или могут привести, например, к 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).

Наиболее распространены горизонтальные соглашения и согласованные действия. Они заключаются между конкурентами (продавцами или покупателями), действующими на одном и том же рынке определенного товара, и представляют собой большую опасность для свободной конкуренции, так как создают реальную угрозу самой ее основе. В структуре соответствующего рынка при 100%-ном (или близком к этому показателю) участии в сговоре продавцов или покупателей фактически возникает ситуация чистой монополии. Поэтому Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. установил жесткий запрет на них: запрещены любые соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов, если они приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Как менее опасные названный Федеральный закон расценивает вертикальные соглашения — соглашения 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. Согласно ст. 12

они допускаются для хозяйствующих субъектов (за исключением финансовых организаций) в двух случаях: во-первых, если эти соглашения являются договорами коммерческой концессии (о них см. гл. 54 ГК РФ); во-вторых, если они заключаются в письменной форме между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает 20%.

В. Меры по недопущению антиконкурентных акций со стороны властных структур касаются широкого круга органов и организаций. Их состав, по сравнению с прежним антимонопольным законодательством, несколько расширен. Как и раньше, это федеральные органы исполнительной власти (федеральные органы законодательной и судебной власти исключаются); все без исключения органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления; органы и организации, официально не являющиеся властными, но осуществляющие переданные им функции указанных выше государственных органов и органов местного самоуправления. Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. включил сюда еще две структуры: государственные внебюджетные фонды (Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ, Государственный фонд занятости населения РФ, фонды обязательного медицинского страхования) и Центральный банк РФ.

В названном Федеральном законе набор мер по недопущению антиконкурентных акций со стороны перечисленных выше органов и организаций сохранен тот же, что имелись в прежнем законодательстве, и они схожи с рассмотренными в п. Б, которые применяются в отношении монополистической деятельности хозяйствующих субъектов: для них установлены запреты на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие), соглашения и согласованные действия. Суть запретов во всех случаях одинакова: им запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), заключать соглашения и (или) осуществлять согласованные действия между собой и с хозяйствующими субъектами, если эти действия приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. Конкретные негативные последствия от заключения соглашений и (или) осуществления согласованных действий здесь сходны с теми, что рассмотрены выше в п. Б. Они, например, могут выразиться в необоснованном установлении различных цен (тарифов) на один и тот же товар, в

разделе рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков) (подробнее см. ст. 16).

Запреты на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) более ярко оттеняют именно властную суть этих органов и организаций. Им запрещается, в частности, 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. Узаконено здесь и несколько общих запретов. Запрещается:

наделение органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых способно привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением случаев, установленных федеральными законами;

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 и постановлениями Правительства РФ;

наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами властных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора. Исключений из данного правила не предусмотрено.

Информация, накопленная федеральным антимонопольным органом, свидетельствует, что властные структуры, к сожалению, не служат примером уважительного отношения к праву, законам. Число приходящихся на них нарушений антимонопольного законодательства заметно увеличивается.

Причины нарушений различны. Корни одних уходят в годы советской власти, когда вмешательство государства, его органов и должностных лиц в хозяйственную деятельность, по сути, ничем не ограничивалось. Государственные и муниципальные служащие, ранее также выполнявшие управленческие функции, привносят в новые условия пережитки прошлого. Другие при-

чины — в нашей нынешней действительности: слабой подготовке кадров, их непрофессионализме, незнании действующего законодательства, трудностях становления рыночной экономики и благородном, но не всегда согласующемся с требованиями антимонопольного законодательства стремлении помочь ей.

На первом месте среди нарушений антимонопольного законодательства органами государственной власти и органами местного самоуправления (около 1/3 от общего числа выявленных) стоит создание необоснованных препятствий осуществлению деятельности хозяйствующих субъектов в определенной сфере. Чаще всего в таких актах и действиях просматривается противоправная поддержка местнических или ведомственных интересов в ущерб другим интересам.

Нередко государственные органы исполнительной власти и органы местного самоуправления необоснованно предоставляют отдельному хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам льготы, ставящие их в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынке того же товара. Как введение дискриминирующих условий для отдельных хозяйствующих субъектов в зависимости от форм собственности, например, было расценено постановление Правительства Республики Саха (Якутия), предоставившее акционерной судоходной компании «Ленское объединенное речное пароходство» право на приоритетное заключение гражданско-правовых договоров по завозу в республику нефти и каменного угля, поставившее тем самым компанию в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам — перевозчикам грузов.

Не до конца преодолена и порочная практика, утвердившаяся еще в годы советской власти, устанавливая запреты на продажу (покупку, обмен, приобретение) товаров из одного региона Российской Федерации (республики, края, области, района, города, района в городе) в другой или иным образом ограничивать права хозяйствующих субъектов на продажу (приобретение, покупку, обмен) товаров.

Угрожают развитию предпринимательства и конкуренции на товарных рынках противоправные акты и действия государственных органов и органов местного самоуправления, направленные на введение ограничений на создание или препятствующие созданию новых хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также устанавливающие запреты на

осуществление отдельных видов деятельности или производство отдельных видов товаров.

Особое внимание следует обратить на то, что государственные органы исполнительной власти и органы местного самоуправления не вправе вмешиваться в договорные гражданско-правовые отношения предпринимателей, где как раз формируется и поддерживается свободная конкурентная среда.

Не изжиты факты совмещения функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления с функциями хозяйствующих субъектов, а также наделения хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов. Совмещение функций органов исполнительной власти и функций хозяйствующих субъектов, ведущее к сращиванию государственно-властных и предпринимательских структур, подрывает свободу конкуренции. С хозяйствующим субъектом, облеченным государственно-властными полномочиями (как и полномочиями органа местного самоуправления), невозможно состязаться на равных предпринимателям, такими полномочиями не наделенным.

Не менее опасно вовлечение в предпринимательство самих властных органов, их должностных лиц. Использование должностного положения и связанных с ним преимуществ открывает им неограниченные возможности для подавления конкуренции, противоправного обогащения за счет притеснения своих конкурентов.

Кроме того, занятие предпринимательством отвлекает должностных лиц от выполнения их прямых служебных обязанностей, вследствие чего государство и местное самоуправление не в полной мере реализуют присущие им функции, что ослабляет управление экономическими, социальными и духовными процессами в обществе. Хуже того, сочетание в одном лице государственного (муниципального) служащего и предпринимателя, равно как сращивание функций органов власти и хозяйствующих субъектов, когда в одном лице выступают властный орган и хозяйствующий субъект, деформирует российскую государственность, угрожает национальной безопасности. Такое сочетание создает благоприятную почву для распространения коррупции, организованной преступности, внутреннего загнивания и разложения управленческого аппарата. Невольно возникает аналогия с недавним прошлым, когда смешение функций правящей коммунистической партии и советского государства, ера-

щивание их аппаратов привело к гибели обслуживаемого ими общественно-политического строя. Только при поверхностном взгляде может показаться, что речь идет о разных вещах и что сравнение неуместно. Налицо действие объективной закономерности о недопустимости объединения генетически чуждых явлений и институтов, в результате чего возникает нежизнеспособный симбиоз — мутант. Взятые порознь предпринимательство и его субъекты, с одной стороны, и органы власти и их должностные лица — с другой, полезны и крайне необходимы для общества. Интегрированные же в одно целое, они неизбежно саморазрушаются, нанося продуктами своего распада огромный и часто невосполнимый ущерб обществу, которым они порождены и которому обязаны служить.

3. Выше при рассмотрении различных тем мы видели, что в качестве юридической формы установления связей, касающихся имущества, между участниками рыночных отношений используются торги (см., например, темы 7—9, ст. 447—449 ГК РФ). Здесь возникает та же проблема: как гарантировать при организации и проведении торгов конкурентную среду. К ее решению подключено и антимонопольное законодательство, предусматривающее меры по защите конкуренции.

В гл. 4 Федерального закона о защите конкуренции 2006 г. сформулированы антимонопольные требования к торгам, введены запреты на действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Выделена группа общих запретов, касающихся любых торгов с участием любых субъектов. Запрещены: координация организаторами торгов или заказчиками деятельности его участников; создание участнику торгов или нескольким участникам торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом; нарушение порядка определения победителя или победителей торгов; участие организаторов торгов или заказчиков и (или) работников организаторов торгов или работников заказчиков в торгах.

Дополнительные меры защиты конкуренции введены при проведении торгов, организаторами или заказчиками которых являются органы государственной власти, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, а также при проведении торгов по размещению заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных

и муниципальных нужд: запрещается не предусмотренное нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в таких торгах. На торгах по размещению заказов запрещаются также ограничение конкуренции между участниками торгов путем включения в состав лотов продукции, технологически и функционально не связанной с продукцией, являющейся предметом торгов.

По правилам проведения торгов на размещение заказов на поставку товаров для государственных и муниципальных нужд властным структурам, субъектам естественных монополий предписано проводить открытые конкурсы и открытые аукционы по отбору финансовых организаций для оказания ряда финансовых услуг: предоставление кредита, выдача банковских гарантий, страхование личное, имущества, ответственности и др. (подробнее см. ст. 18).

4. Известно, что бюджетная обеспеченность 10 наиболее богатых регионов в три раза превышает ее уровень у 10 самых бедных. Актуальной является задача ликвидации этого перекося, для чего используется, в частности, государственная и муниципальная помощь — предоставление федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями преимущества, которое обеспечивает отдельным хозяйствующим субъектам по сравнению с другими участниками рынка (потенциальными участниками рынка) более выгодные условия деятельности на соответствующем товарном рынке, путем передачи имущества и (или) иных объектов гражданских прав, прав доступа к информации в приоритетном порядке. Как мы видим, и оказание помощи выводит непосредственно на проблему защиты конкуренции, ведь предоставление преимуществ одним хозяйствующим субъектам может поставить в невыгодное конкурентное положение других. К ее решению впервые привлечено антимонопольное законодательство.

В Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г. дан строго ограниченный и исчерпывающий перечень целей, для достижения которых может выделяться помощь, и определен порядок ее предоставления. По общему правилу помощь предоставляется с предварительного согласия антимонопольного органа. Согласие дается в письменной форме по ходатайству федерального органа исполнительной власти, органа исполни-

тельной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, имеющих намерение предоставить государственную или муниципальную помощь. Антимонопольный орган отказывает в удовлетворении ходатайства, если помощь не соответствует целям, указанным в названном Федеральном законе, или может привести к устранению или недопущению конкуренции (см. подробнее ст. 19–21).

§ 4. Роль государства в обеспечении правовых гарантий конкуренции

1. Государство проявляет постоянную заботу об укреплении правовых гарантий свободы конкуренции. Обеспечение свободы конкуренции находится в центре внимания посланий Президента РФ последних лет. Недопустима практика, говорится в Послании Президента РФ 2003 г., когда «монополисты душат конкурентный сектор нашей экономики... При этом высокой эффективности монопольный сектор не показывает».

Главным методом служит государственный контроль, проводимый в этой сфере общественных отношений, — контроль за реализацией правовых гарантий конкуренции, прежде всего тех, что закреплены в антимонопольном законодательстве, составляющий одно из обязательных условий формирования и развития социально ориентированной рыночной экономики, свободы конкуренции на товарных рынках.

Особая актуальность контроля обусловлена тем, что государственное антимонопольное регулирование — дело совершенно новое для российской экономической, социальной и политической практики. Далеко не всеми хозяйствующими субъектами, государственными и муниципальными служащими осознается значение неуклонного проведения антимонопольного законодательства в жизнь. Еще не сложилось традиций и даже сколько-нибудь устойчивых навыков в реализации этого законодательства. Не упрежденные же мерами государственного контроля острые конфликты, которые нередко возникают между конкурентами, подчас разрешаются в жестких междоусобных разборках с привлечением наемных убийц и иных опаснейших противоправных средств.

Государственный контроль призван охватить весь массив нормативно-правовой основы защиты конкуренции. Главное в антимонопольном контроле — не допустить, предупредить, а

если сделать это своевременно не удалось, то решительно пресечь обман потребителей, любые другие формы недобросовестной конкуренции и разного рода проявления монополистической деятельности — антиконкурентные соглашения, согласованные действия и т. п., повлекшие или могущие повлечь ущемление интересов хозяйствующих субъектов и граждан, а значит, и интересов общества и государства. Конечный результат государственного контроля выражается в восстановлении нарушенных прав и законных интересов участников рыночных отношений, возмещении причиненных им убытков, привлечении к юридической ответственности виновных.

Государственный контроль за осуществлением антимонопольного законодательства — общая задача всех органов государственной власти и органов местного самоуправления в пределах предоставленных им полномочий. Надзор за его соблюдением, исполнением и применением от имени Российской Федерации осуществляют органы прокуратуры. Созданы и особые антимонопольные органы. Антимонопольный орган — понятие родовое, охватывающее две структуры: федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы.

2. Положение о ФАС России утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 331'. Статус антимонопольного органа как такового закреплен в Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г. Правовое положение антимонопольного органа за последние 15 лет в ходе реформ неоднократно менялось, уточнялось, что обусловлено его специфической ролью в системе федеральных органов исполнительной власти — он является своеобразным «прокурором» в рыночной экономике, стоящим на страже одного из самых ответственных ее «участков» — свободной конкуренции. Его власть, подчеркнем особо, распространяется на другие властные структуры, что не может не вызывать сопротивления, иногда молчаливого, с их стороны, определенной сложности, а подчас и конфликтности во взаимоотношениях антимонопольного органа со своими «коллегами» — другими властными структурами. Не случайно проект федерального закона о конкуренции в течение нескольких лет обсуждался в Правительстве РФ, прежде чем был внесен в Государственную Думу. Споры велись главным образом вокруг статуса антимонопольного органа. Сейчас в Федераль-

ном законе о защите конкуренции 2006 г. его статус отражен столь обстоятельно, всесторонне, детально, как никогда ранее в российском антимонопольном законодательстве. Это создает прочную нормативно-правовую базу для защиты самого антимонопольного органа, лишает подконтрольные ему хозяйствующие субъекты и властные структуры оснований для претензий в отношении недостаточной законности и обоснованности его требований. Подобные претензии нередко предъявлялись прежде с использованием неполноты законодательного регулирования деятельности антимонопольного органа. Остановимся кратко на некоторых аспектах статуса ФАС России и ее территориальных органов (подробнее см. ст. 22—35 Федерального закона).

А. Федеральный закон 2006 г. четко решил в отношении антимонопольного органа главный для любой властной структуры вопрос — о его функциях, что не допустит их смешения с функциями других органов. Выделены четыре основные функции. Антимонопольный орган:

1) *обеспечивает* антимонопольный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами;

2) *предупреждает* монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства перечисленными выше властными и иными субъектами;

3) *выявляет* нарушения антимонопольного законодательства, принимает меры по прекращению нарушения антимонопольного законодательства и привлекает к ответственности за такие нарушения;

4) *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. Экономическая концентрация проявляется в сделках, иных действиях, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции.

Б. Для выполнения своих функций антимонопольный орган наделен соответствующими полномочиями. Последние преду-

смотрены, наряду с Федеральным законом о защите конкуренции 2006 г., другими федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ. ФАС России:

возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства;

выдает хозяйствующим субъектам, федеральным органам исполнительной власти, другим властным структурам и их должностным лицам обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушений антимонопольного законодательства. Так, в 2005—2006 гг. участились случаи, когда топливозаправочные организации, расположенные в аэропортах страны, при заключении договоров вынуждали авиаперевозчиков закупать топливо только у себя, тем самым устраняя с рынка других возможных продавцов, что вело к повышению стоимости перевозок и удорожанию билетов. ФАС предложила заключать договоры на оказание услуг по обеспечению воздушных судов авиационным топливом на условиях, не допускающих неравного положения участников рынка (о конкретных поводах к даче подобных предписаний и их возможном содержании см. выше § 3);

привлекает к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства коммерческие и некоммерческие организации, их должностных лиц, должностных лиц властных структур, физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей;

устанавливает доминирующее положение хозяйствующего субъекта;

обращается в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства;

в соответствии с постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2006 г. № 841 *контролирует* размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд, для нужд субъектов РФ и муниципальных нужд¹.

В. Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. закрепил юридические гарантии реализации полномочий антимонопольного органа. Во-первых, работники антимонопольного органа при предъявлении ими служебных удостоверений и решения руководителя (его заместителя) антимонопольного органа о проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства имеют право беспрепятственного доступа во власт-

ные структуры, коммерческие и некоммерческие организации для получения документов и информации, необходимых антимонопольному органу. Во-вторых, коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица, властные структуры и их должностные лица, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, обязаны представлять в антимонопольный орган по его мотивированному требованию документы, объяснения, информацию, в том числе содержащую коммерческую и иную охраняемую законом тайну.

Вместе с тем на антимонопольный орган возложена обязанность не разглашать охраняемую законом тайну, полученную при осуществлении своих полномочий. Ответственность за разглашение подобной информации разделена следующим образом **работники** антимонопольного органа несут **гражданско-правовую**, административную и уголовную ответственность, а вред, причиненный физическому или юридическому лицу, **подлежит** возмещению за счет федеральной казны.

Г. КОНТРОЛЬ **антимонопольного** органа **нацелен** на зее антимонопольное законодательство. Но законодатель при этом под **особый государственный** контроль поставил два проявления экономической концентрации: создание и реорганизацию **коммерчески*** организаций и сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций. В обоих случаях в зависимости от того, в чем конкретно проявляется экономическая концентрация, контроль **бывает** предварительным и последующим, когда коммерческая организация лишь уведомляет антимонопольный орган о **совершенных** ею действиях. Подобный контроль предписывался и прежним законодательством. Тенденция здесь такова, что порог подконтрольных государству проявлений экономической концентрации постоянно повышался. Многократно (примерно **в 10 раз**) повысился он и по Федеральному закону о защите конкуренции 2006 г. Значит, многократно возросли и случаи, когда подобные вопросы коммерческие организации решают сами, **самостоятельно**, по своему усмотрению без вмешательства **государства** в лице антимонопольного органа.

Роль **государства** в обеспечении защиты конкуренции четко просматривается в том, как им решается вопрос об ответственном! и за нарушение антимонопольного законодательства. Названный Федеральный закон закрепил общий исходный принцип: должностные лица федеральных органов исполнительной

власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, должностные лица иных органов или организаций, осуществляющих функции указанных органов, а также должностные лица государственных внебюджетных фондов, коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, за нарушение антимонопольного законодательства несут ответственность, предусмотренную законодательством. А последнее устанавливает ответственность уголовную, гражданско-правовую и административную. Привлечение к ответственности указанных лиц не освобождает их от обязанности исполнить решение или предписание антимонопольного органа, совершить иные предусмотренные антимонопольным законодательством действия.

Уголовная ответственность, в частности, предусмотрена ст. 178 УК РФ за недопущение, ограничение или устранение конкуренции. В зависимости от конкретных деяний границы наказания установлены в пределах от штрафа в размере до 200 тыс. руб. и до лишения свободы на срок до семи лет. Гражданско-правовая ответственность наступает в виде взыскания убытков, причиненных хозяйствующим субъектам и иным лицам. Если коммерческая организация, занимающая доминирующее положение, систематически осуществляет монополистическую деятельность, суд по иску антимонопольного органа вправе принять решение о ее принудительном разделении либо о выделении из ее состава одной или нескольких организаций.

Никаких новшеств в порядок разбирательства судами дел о нарушениях антимонопольного законодательства Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. не вносит. Они рассматриваются в соответствии с процессуальным законодательством — уголовным, гражданским, арбитражным. Иначе обстоит дело с административной ответственностью. В отличие от прежнего антимонопольного законодательства названный Федеральный закон подробно регулирует процедуры рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства, когда эти дела, реализуя свои полномочия, возбуждает антимонопольный орган. В частности, приведен исчерпывающий перечень оснований возбуждения дел. Это важно, так как иногда заинтересованные лица добиваются возбуждения дел, будь то административных или уголовных, против конкретных хозяйствующих субъектов, их должностных лиц затем, чтобы выбить их из ста-

бильной предпринимательской колеи, скомпрометировать как участников рыночных отношений.

Если в ходе проверки будут выявлены обстоятельства, свидетельствующие о наличии административного правонарушения, антимонопольный орган возбуждает дело. ФАС России, ее территориальные органы по вопросам, отраженным в настоящей теме, рассматривают дела:

об административных правонарушениях, допущенных должностными лицами органов исполнительной власти субъектов РФ или должностными лицами органов местного самоуправления и выражающихся в действиях, направленных на незаконное ограничение свободы торговли, а именно — в недопущении на местные рынки товаров из других регионов либо запрещении вывоза местных товаров в другие регионы (ст. 14.9 КоАП РФ);

о невыполнении в установленный срок законного предписания, решения антимонопольного органа, его территориального органа (ч. 2 ст. 19.5 КоАП РФ);

о непредставлении в федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы ходатайств, заявлений, сведений (информации), предусмотренных антимонопольным законодательством, либо о представлении заведомо недостоверных сведений (ч. 1 ст. 19.8; см. также ч. 2 ст. 19.8 КоАП РФ).

Федеральные антимонопольные органы разбирают также дела об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.3, 14.6, ч. 1 и 2 ст. 14.8 КоАП РФ.

Для рассмотрения каждого дела о нарушении антимонопольного законодательства создается своего рода следственно-судебный орган — комиссия, состоящая из работников антимонопольного органа. Председателем комиссии может быть руководитель или заместитель руководителя антимонопольного органа.

Общий порядок производства по делам об административных правонарушениях (участники производства, используемые доказательства, их оценка, меры обеспечения производства и т. д.) определен в КоАП РФ (раздел IV, гл. 24—30). Ряд новелл, отражающих специфику административного процесса по делам, подведомственным антимонопольному органу, содержит Федеральный закон о защите конкуренции 2006 г. Соотношение норм обоих законодательных актов таково: как особые в первую очередь применяются нормы названного Федерального закона, а при отсутствии в нем нужных норм — общие нормы КоАП РФ.

Порядок работы комиссии подробно освещен в ст. 40—51 названного Федерального закона. Комиссия вправе принимать три вида актов: определения, решения, предписания. Их формы утверждает ФАС России. Главный из актов — решение, оно дает ответ на вопрос: имело ли место нарушение антимонопольного законодательства, и если да, то в чем оно выразилось. В определениях отражаются различные подготовительные действия с целью обеспечить принятие законного и обоснованного решения. На основании решения выдаются предписания конкретным лицам с указанием того, какие действия и в какой срок каждый из них должен выполнить. Лицо, чьи действия (бездействие) признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия).

ФАС России стала практиковать заключение мировых соглашений с нарушителями антимонопольного законодательства. Практика арбитражных судов здесь непоследовательна: одни суды подобные соглашения утверждают, другие отказываются это делать, ссылаясь на то, что заключать мировые соглашения антимонопольные органы не вправе. По нашему мнению, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ целесообразно дать соответствующее разъяснение.

3. Антимонопольные органы оказались самыми динамичными из тех, что начали создаваться с началом преобразований в российском обществе. В деятельности нынешней ФАС России, опирающейся на более чем 15-летний опыт своих предшественников, прослеживаются интересные направления работы, вокруг которых концентрируется ее внимание:

активизируется борьба с коррупцией среди ее собственных работников, для чего создана служба внутренней безопасности работников — Контрольный отдел ФАС;

настойчиво проводится линия на тесное взаимодействие с другими органами в борьбе с нарушениями антимонопольного законодательства. Например, заключены соответствующие соглашения с МВД России, ФСФР России, Внешторгбанком;

акцент делается на контроле за соблюдением антимонопольного законодательства государственными и муниципальными служащими и переносится с малых и средних хозяйствующих субъектов на крупные предпринимательские структуры, оказы-

вающие заметное влияние на состояние конкуренции на российских рынках — товарных и финансовых услуг;

принимаются меры к повышению ответственности хозяйствующих субъектов за нарушение антимонопольного законодательства. ФАС России выступила с инициативой введения так называемых оборотных штрафов, когда их размер устанавливается не в твердой денежной сумме (например, в минимальных размерах оплаты труда), а в определенных процентах — 2, 3 и т. д. к годовому обороту нарушителя, а также взыскания с нарушителей незаконного дохода, полученного в результате игнорирования антимонопольного законодательства (например, вследствие введения монопольно высоких цен);

не ограничиваясь контрольными акциями, ФАС России привлекает представителей подконтрольных структур — руководителей предпринимательских организаций и их объединений к подготовке своих решений, касающихся реализации полномочий Службы.

ФАС России взялась за решение, пожалуй, самой трудной проблемы в реализации антимонопольного законодательства — по поиску путей доказательства фактов картельного ценового сговора, когда в отдельных регионах и даже на территории всей страны наблюдается всплеск цен, например, на бензин, металлургическую продукцию, цемент. Споры по этому поводу между антимонопольными органами и хозяйствующими субъектами растягиваются на многие годы. Характерно здесь повышение стабильности решений антимонопольных органов, с ними все чаще соглашаются судебные власти. Например, еще в 1999 г. такой спор возник по поводу ценового сговора между девятью хозяйствующими субъектами Санкт-Петербурга — владельцами бензоколонок, в результате которого розничные цены в городе на все виды бензина тогда одновременно возросли в два раза. Федеральный антимонопольный орган, проведя проверку, предложил доходы, полученные предпринимателями в результате противоправной акции, перечислить в бюджет. Автомобилистам, сохранившим чеки на бензин, были возвращены переплаченные ими суммы денег. Дело по жалобе хозяйствующих субъектов в 2004 г. рассмотрел Европейский суд по правам человека в Страсбурге, который согласился с позицией антимонопольного органа и решениями поддержавших ее отечественных судов.

4. Исходя из вышесказанного, можно прийти к следующему выводу. Дело не только в качестве правовых норм, направленных на утверждение, развитие и защиту конкуренции. Важно также соблюдение причастными к этому лицами норм приличия и элементарного такта.

Вред свободе конкуренции наносят непроверенные, предположительные, часто ложные слухи о возможной конкурентной ситуации на конкретном рынке, что порождает панические настроения у его участников. Так, эксперты Института конъюнктуры аграрного рынка России в самом начале 2002 г. опубликовали свои расчеты отечественного урожая зерновых в 2002 г. значительно меньше того, который был получен в предыдущем году, что вызвало переполох на внутреннем и международном зерновых рынках при заключении сделок под будущий урожай.

Неоправданным представляется и вмешательство в дела конкуренции между производителями различных государств руководителей этих государств. Например, Президент США, выступая в январе 2002 г. перед рабочими американского завода по производству сельскохозяйственной техники, понесшего в то время крупные убытки, заявил о том, что он считает необходимым обратиться к Президенту России для того, чтобы Россия покупала продукцию этого предприятия. Между тем последнее — основной конкурент российских комбайностроителей. Но куда же будут реализовывать все возрастающие объемы отечественные строители комбайнов, качество которых улучшается, конкурентоспособность растет, а выпуск за последние годы вырос во много раз?

Тема 11 ЕСТЕСТВЕННЫЕ МОНОПОЛИИ

§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа. § 2. Государственное регулирование и контроль в сферах естественных монополий. § 3. Юридическая ответственность за нарушение законодательства о естественных монополиях

§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа

1. Монополии называются естественными, потому что их формирование, функционирование и развитие на рынке определенных товаров происходит объективно, в силу не зависящих от воли и сознания людей специфических свойств, присущих этим товарам, работам и услугам. Объективная детерминированность естественных монополий, в свою очередь, обуславливает то, что их правовое регулирование лишь в минимальной степени определяется субъективным усмотрением законодателей и предполагает глубокое знание экономической и социальной природы соответствующих естественных монополий и максимально адекватное ее отражение в законодательных актах. Отдельные общественные отношения, возникающие на рынке, где действуют естественные монополии, вообще не поддаются нормативно-правовой корректировке и должны быть восприняты и закреплены в государственно-обязательных решениях так, как они сложились и утвердились на практике.

Естественной монополией обладают собственники и иные хозяйствующие субъекты, имеющие в своем распоряжении редкие и свободно не воспроизводимые элементы производства (например, редкие металлы, особые земельные участки, пригодные для возделывания виноградников или выращивания чая). Сюда относятся также целые базовые отрасли производственной инфраструктуры, которым свойственно особо важное и стратегическое значение для всего общества (железнодорожный транспорт, военно-промышленный комплекс и т. п.). Зачастую наличие естественных монополий оправдывается тем, что они дают огромный экономический выигрыш от больших масшта-

бов производства. Естественные монополии возникают там, где невозможно или экономически нецелесообразно строить аналогичные предприятия, скажем, космодром, железную дорогу или газопровод, параллельно уже действующим.

Естественная монополия существует, когда эффект ее масштаба настолько велик, что один хозяйствующий субъект может снабжать весь рынок, имея более низкие издержки, чем были бы издержки у ряда конкурирующих с ним хозяйствующих субъектов. Такие условия характерны, например, для так называемых предприятий общественного пользования, к которым относятся, в частности, предприятия электро-, водо- и газоснабжения, телефонная служба и т. д. В этих случаях эффект масштаба в производстве и распределении продукта настолько велик, что для получения низких издержек на единицу продукции и низкой цены необходима именно крупномасштабная деятельность. В такой ситуации конкуренция является просто нерентабельной. Если бы рынок был поделен между многими производителями, эффект масштаба не был бы достигнут, издержки на единицу продукции были бы высоки и потребовались бы высокие цены, чтобы покрыть эти издержки¹.

Значение естественных монополий, а следовательно, и правового регулирования их деятельности детерминировано местом естественных монополий в народном хозяйстве. Они, как правило, служат базой всей экономики, играют ключевую роль в формировании издержек производства и цены любого товара, в повышении или, напротив, понижении благосостояния людей.

Наряду с отмеченными положительными качествами у естественных монополий есть и крайне опасная оборотная сторона, являющаяся продолжением их позитивного влияния на экономику, — возможность, опять же объективно детерминированная, господствовать в соответствующих рыночных отношениях, устанавливая свою безраздельную диктатуру рыночной власти. Ограничение произвола естественных монополий достигается в основном двумя путями: установлением в сферах естественных монополий государственной собственности и государственным регулированием. Каждое государство делает выбор исходя из характера и объема «своих» естественных монополий, их особенностей. Но, как правило, применяются оба

¹ См.: *Макконнелл К. Р., Брю С. Л.* Экономика. М., 1992. Т. 1. С. 228.

пути ограничения естественных монополий. Опыт свидетельствует, что в отношении естественных монополий недостаточно использовать лишь общее антимонопольное законодательство и контроль за его исполнением, о чем говорилось в предыдущей теме. Контроль там осуществляется лишь за тем, чтобы хозяйствующие субъекты не мешали развитию свободной конкуренции на рынке. Необходимо еще непосредственное государственное регулирование каждого отдельного естественного монополиста. В странах с развитой экономикой существуют, например, монополизированный общественный транспорт, системы водоснабжения и сбора мусора, создаются органы, регулирующие деятельность естественных монополий на общенациональном и местном уровне. В США примерно 10% валового внутреннего продукта производится такими регулируемыми отраслями.

2. В условиях советской экономики естественные монополии как специфический предмет государственно-правового регулирования не выделялись, хотя они конечно же имелись. Такой надобности не возникало потому, что монополиями в своем роде были все отрасли народного хозяйства. По мере же проведения реформ, направленных на создание рыночной экономики, становилась все более очевидной необходимость выделения в ней сектора, где экономические отношения не подпадают под свободную конкуренцию и потому нуждаются в особом правовом режиме. Практическая работа по формированию нормативно-правовой основы естественных монополий началась с середины 90-х гг. и интенсивно проводится до сих пор. В этом месте темы обратим внимание лишь на структуру нормативно-правовой основы и ее особенности, а конкретный состав и содержание соответствующих нормативных правовых актов будут показаны по ходу раскрытия правовых проблем естественных монополий.

Фундаментальное значение в ней имеет Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»¹, определивший правовую основу федеральной политики в отношении естественных монополий в Российской Федерации. Принят ряд других федеральных законов, действие которых

¹ СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 258-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

распространяется на естественные монополии. В развитие федеральных законов издаются указы Президента РФ. Большим числом в нормативно-правовой основе естественных монополий представлены принимаемые в соответствии с федеральными законами и указами Президента РФ постановления Правительства РФ, а также акты федеральных органов исполнительной власти.

Особенность нормативно-правовой основы естественных монополий состоит: в том, что в ее состав входят законы и иные нормативные акты, принимаемые не только федеральными органами государственной власти, но и субъектами Российской Федерации по вопросам, которые находятся в их исключительном ведении или в совместном ведении с Российской Федерацией. Такое право субъектов Российской Федерации зафиксировано в ст. 76 Конституции РФ, конституциях и уставах субъектов Федерации.

Еще одна особенность нормативно-правовой основы естественных монополий — теснейшая связь с нормативно-правовой основой конкуренции и монополистической деятельности. В начале экономических реформ высказывалось мнение, что нет необходимости создавать специальную нормативно-правовую систему в области естественных монополий, а их регулирование должно стать составной частью единого закона о конкуренции и ограничении монополистической деятельности. Действительно, естественные монополии окружает конкурентная рыночная среда, а сами они занимают на рынке монопольное положение.

3. Легальное определение понятия естественных монополий сложилось не просто и не сразу. Первая попытка была предпринята в Государственной программе демополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры), утвержденной постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191. Она была продолжена в Указе Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 220 «О некоторых мерах по государственному регулированию естественных монополий в Российской Федерации» — первом нормативном правовом акте столь высокого уровня, обращенном непосредственно к естественным монополиям¹. Обе попытки имеют сейчас лишь историко-науч-

¹ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 858.

ный интерес. Ныне действующее определение, применяемое в нормотворчестве и предпринимательской практике, приведено в Федеральном законе «О естественных монополиях».

Исходным является выработанное собственной отечественной и мировой практикой понимание естественной монополии как состояния товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции. Для такого рынка естественна не конкуренция, а монополия. Однако предложенная формула расплывчата и не дает ясного представления о естественных монополиях, позволяет субъективно, по-своему толковать, что более, а что менее эффективно. Поэтому *исходная формула дополнена еще тремя существенными компонентами.*

Первый относится к самим истокам, материальным предпосылкам рыночных отношений — производственному процессу. Именно этот процесс в силу его технологических особенностей обеспечивает более или менее эффективное удовлетворение спроса в условиях отсутствия конкуренции. Сущность технологических особенностей производства в сферах естественных монополий состоит в том, что оно должно осуществляться при обратной пропорциональной зависимости в нем между объемом и издержками производства: по мере увеличения объема производства издержки производства на единицу товара существенно понижаются.

Второй существенный компонент, уточняющий понятие естественных монополий, обращен к результатам производственной деятельности — естественно-монопольному товару, его месту на рынке соответствующих товаров. Товары, производимые субъектами естественных монополий, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, т. е. потенциальный покупатель в состоянии приобрести для своих нужд только данный, а никакой другой товар, и купить его он может только у одного конкретного продавца — естественного монополиста.

Третий по счету, но главный по значимости с точки зрения правового регулирования компонент интегрирует в себе и выводит вовне, делает достоянием заинтересованных участников рыночных отношений оба предыдущих компонента. Он касается одного из основных элементов рыночной экономики — цены: спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степе-

ни зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров. *Спрос, не зависящий или зависящий в минимальной степени от цены, ее изменения, принято называть неэластичным.*

Лишь все составляющие понятия, взятые вместе и наличествующие одновременно, дают более или менее полное представление о естественных монополиях. Однако и сказанного мало, чтобы считать ту или иную хозяйственную деятельность естественной монополией. Если исходить только из приведенного определения, то к сфере естественных монополий можно отнести деятельность очень многих предпринимателей. Возьмем для примера самый распространенный товар — хлеб. Формально к естественной монополии можно отнести чуть ли не всех его производителей и продавцов. Ведь очевидно: чем больший объем хлебной продукции выпекает один хозяйствующий субъект, тем ниже издержки на ее производство; для массы людей хлеб никакой другой продукцией незаменим; спрос на него прямо не зависит от цены, хочешь не хочешь, а приходится покупать по предложенной продавцом цене. Поэтому государство, опираясь на общее понятие естественных монополий, само решает, какие конкретно отрасли народного хозяйства или отдельные виды хозяйственной деятельности надлежит отнести к естественным монополиям. Сферы естественных монополий подвижны. Они то расширяются, то сужаются, то ликвидируются вовсе в зависимости от природных факторов (например, наличия или отсутствия, увеличения или уменьшения разведанных полезных ископаемых и иных природных богатств), от спроса на товары, конъюнктуры рынка в целом и иных причин. История российского законодательства о естественных монополиях насчитывает немногим более 10 лет, но и за это короткое время сферы естественных монополий уже кардинально изменились и продолжают уточняться в настоящее время.

4. Федеральным законом «О естественных монополиях» *выделена и регулируется деятельность субъектов естественных монополий в следующих сферах: транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; транспортировка газа по трубопроводам; услуги по передаче электрической энергии; услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике; услуги по передаче тепловой энергии; железнодорожные перевозки; услуги транспортных терминалов, портов, аэропортов; услуги общедоступной электрической и почтовой связи.*

Персонально под действие этого Федерального закона подпадают крупнейшие российские хозяйствующие субъекты, действующие на федеральном и межрегиональных рынках — РАО «ЕЭС России», РАО «Газпром», АК «Транснефть», АК «Транснефтепродукт», организации железнодорожного транспорта, морские, речные порты и аэропорты. Заслуживает дальнейшего обсуждения вопрос о дополнении федеральных сфер естественных монополий. По мнению специалистов, к регулируемым федеральным законом надлежит отнести водоснабжение и канализацию.

В перечне сфер естественных монополий, приведенном в Федеральном законе от 17 августа 1995 г., акцент надо сделать на то, что узаконенные естественные монополии охватывают не всю соответствующую отрасль народного хозяйства — газовую, железнодорожный транспорт и т. п., а лишь ее передающие («перевозящие») элементы. Например, в той же нефтяной промышленности — только транспортировку нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам. (Магистральный трубопровод — это основная, главная «труба» с системой привязанными к ней сооружениями, с помощью которых нефть и нефтепродукты перекачиваются для многих потребителей.) В газовой промышленности — транспортировку газа по любым «трубам», включающим как магистральные трубопроводы, так и газораспределительную сеть, в том числе хранение газа.

Это же относится и к энергетике — базовой отрасли, от которой зависит развитие промышленности, состояние социальной сферы, да и эффективность всей национальной экономики. В российской электроэнергетике естественная монополия сложилась исторически. Но монополизм заключается только в услугах по передаче и распределению электроэнергии, т. е. им охватывается вся территория Российской Федерации, объединенная магистральными электрическими сетями, образующими единую энергосистему. Этот самый сложный технологический комплекс позволяет наиболее эффективно использовать работу всех энергоисточников. Передающая энергия сеть по природе своей предназначена быть монопольной. Конкуренция здесь экономически бессмысленна. Она означала бы повсеместное сооружение нескольких параллельных друг другу дорогостоящих сетей, предназначенных для выполнения буквально одних и тех же услуг и отличающихся друг от друга лишь тем, что они

принадлежат разным хозяйствующим субъектам. Сомнительная выгода от экономии на издержках производства электроэнергии за счет конкуренции между владельцами сетей не идет ни в какое сравнение с бездумными затратами на строительство передающих сетей, кстати, связанное с выводом из эксплуатации значительных земельных площадей. Для усиления государственно-правового воздействия на функционирующих здесь естественных монополистов ведется подготовка проекта федерального закона «О федеральных энергетических системах». Что касается гидравлических, атомных, солнечных, ветровых и других всевозможных производителей электроэнергии, то они, напротив, могут и должны конкурировать на общероссийском оптовом рынке электрической энергии.

Конечно, у электростанций есть некоторое сходство с естественными монополиями. Они нередко расположены на больших расстояниях одна от другой и подчас являются единственными производителями электрической энергии на определенной территории. Не случайно упоминавшийся Указ Президента РФ от 28 февраля 1995 г. «О некоторых мерах по государственному регулированию естественных монополий в Российской Федерации» относил производство электрической энергии, кстати, равно как и энергии тепловой, к сферам естественных монополий. В Федеральном законе «О естественных монополиях» вопрос решен иначе. И сейчас принимаются энергичные меры для развития конкуренции между производителями электрической энергии, в частности:

вводится совершенно новый рыночный механизм определения цены электрической энергии путем конкурентного отбора заявок на ее продажу при данном уровне спроса, определяемом на основе заявок на покупку электрической энергии;

предполагается завершение формирования нормативно-правовой базы функционирования всего оптового рынка электрической энергии, в том числе утверждение правил работы оптового рынка на принципах конкуренции и порядка расчетов между субъектами оптового рынка, разработка договоров на поставки электрической энергии и мощности, договоров на использование межсистемной электрической сети оптового рынка и сетей региональных энергоснабжающих компаний, определение условий взаимоотношений оператора оптового рынка с его участниками;

намечается переход к конкуренции электростанций на оптовом рынке по полным затратам с выводом из эксплуатации неэкономичных мощностей;

расширяется состав крупных потребителей, выводимых на оптовый рынок.

В рассматриваемых сферах естественных монополий нуждаются в уточнении «услуги транспортных терминалов, портов, аэропортов». Услуги транспортных терминалов — это всякого рода производственные операции по приемке, перемещению, хранению и сдаче грузов. Но к ним относятся не любые из перечисленных операций, а лишь те, которые органично увязаны, «слиты» с конкретным перевозчиком грузов, скажем, могут проводиться на его территории только в специально отведенных местах. Услуги портов и аэропортов близки по значению к услугам транспортных терминалов. Они включают производственные и иные трудовые операции по обработке грузов, обслуживанию пассажиров, морских и речных судов, самолетов.

5. В отношении некоторых сфер естественных монополий приняты регулирующие их специальные нормативные правовые акты, например федеральные законы от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи»¹, постановление Правительства РФ от 13 августа 1996 г. № 950 «О мерах по сокращению перекрестного субсидирования потребителей по отдельным видам услуг связи»². В основной своей части в нормативно-правовую основу естественных монополий входит Федеральный закон от 3 апреля 1996 г. № 28-ФЗ «Об энергосбережении»³. Принятый впервые в юридической практике нашего государства, он определяет нормативно-правовую основу по эффективному использованию энергетических ресурсов, прежде всего электрической и тепловой энергии, на всех стадиях при их добыче, производстве, переработке, транспортировке, хранении и потреблении. Особую заботу государство проявляет об установлении оптимальных цен на товары естественных монополий, что вполне логично вытекает из места цены в числе компонентов, составляющих понятие естественных монополий. Ценообразова-

¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3697; 2004. № 35. Ст. 3607.

² СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4126.

³ СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1551; 2003. № 14. Ст. 1255.

нию в сферах естественных монополий посвящены многие акты всех уровней власти¹.

6. Качественные изменения в нормативно-правовой основе вызваны осуществляемой сейчас реформой естественных монополий. На сложность процесса реформирования естественных монополий обратил внимание Президент РФ в Послании 2002 г. Реформы должны использовать имеющиеся там огромные резервы для развития конкуренции и вместе с тем сопровождаться необходимым государственным контролем, с тем чтобы от модернизации естественных монополий не страдали граждане, муниципальные образования, государство. «Аккуратное» отношение государства к этим монополиям, — сказал Президент РФ, — к сожалению, уже используется ими для поднятия тарифов. И ссылки монополистов на рост издержек... чаще всего — несостоятельны».

Необходимость реформы обусловлена негативными последствиями функционирования ранее узаконенных естественных монополий — снижением эффективности их деятельности, нерациональным использованием производственного потенциала, свертыванием и фактически отсутствием в них конкурентных отношений, хотя такие возможности и имеются. Как следствие, растут цены в сферах, где действуют естественные монополии, что повлекло общий скачок цен на товары, создаваемые с участием продуктов хозяйственной деятельности естественных монополий. Так, в электроэнергетике не обеспечивается оптимальный режим работы электростанций, что стало одной из причин увеличения удельного расхода топлива; возросли потери электроэнергии в электрических сетях энергосистем и увеличилась численность эксплуатационного персонала энергетических предприятий. Существенно снизилась эффективность капитального строительства.

¹ См., например: Федеральный закон от 14 апреля 1995 г. № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 16. Ст. 1316; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 10; Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2004 г. № 109 «О ценообразовании в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 791; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 31 августа 2006 г. № 530 // СЗ РФ. 2006. № 37. Ст. 3876.

Или возьмем железнодорожный транспорт. На его долю приходится около 81% всего грузооборота России (исключая перевозки трубопроводным транспортом) и 45% пассажирооборота. В структуре издержек промышленности расходы, связанные с перевозками по магистральным железным дорогам, составляют около 6%. В связи с этим сокращение транспортных затрат является важнейшей задачей повышения конкурентоспособности отечественной продукции. Однако существующая организационно-производственная структура и низкая конкуренция со стороны других видов транспорта не способствуют созданию экономических стимулов к повышению эффективности работы железнодорожного транспорта. Не полностью используются мощности по ремонту и развитию производственной базы предприятий железнодорожного транспорта, непосредственно не связанных с осуществлением перевозочного процесса (ремонтных, строительных, машиностроительных и других предприятий). Велики затраты на содержание объектов социальной сферы.

Реформирование естественных монополий наряду с другими важными моментами включает совершенствование их нормативной базы. В частности, реформа направлена на:

выведение из нынешних сфер естественных монополий видов хозяйственной деятельности, которые не относятся к естественным монополиям, и формирование из них рынков на основе конкуренции;

выделение, исходя из экономической целесообразности и в соответствии с федеральными законами, самостоятельных предприятий из субъектов естественных монополий;

придание рынкам в сфере деятельности естественных монополий организованного характера за счет углубления правовой регламентации взаимоотношений между их участниками, публичности цен (тарифов) и правил их определения, введения единых правил «доступа к сети» на недискриминационной основе;

формирование организационно-правовой базы регулирования деятельности субъектов естественных монополий на региональном уровне, координацию деятельности и разграничение компетенции между федеральными и территориальными органами по регулированию в сферах естественных монополий.

Реализацией одного из таких направлений реформы, очевидно, может служить реформа энергосистем центра России — Брянской, Калужской, Орловской, Тульской областей и создание на их основе первого структурного элемента будущего российского рынка электроэнергии — Приокской территориальной генерирующей компании.

Меры по реформированию естественных монополий в целом и их конкретных сфер неоднократно обсуждались на всех уровнях федеральной законодательной и исполнительной власти. По многим проблемам острые дискуссии продолжаются до сих пор. По отдельным естественным монополиям, однако, удалось достичь согласия.

7. Наиболее полно урегулировано реформирование железнодорожного транспорта. Постановлением Правительства РФ от 18 мая 2001 г. № 384 утверждена Программа структурной реформы на железнодорожном транспорте, рассчитанная до 2010 г.¹ В начале 2003 г. под планируемые реформы подведена осовремененная нормативно-правовая основа в виде федеральных законов от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 17-ФЗ) и № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 18-ФЗ), которые вступили в силу с 10 мая 2003 г.² С этого времени перестали действовать федеральные законы от 25 августа 1995 г. № 153-ФЗ «О федеральном железнодорожном транспорте» и от 8 января 1998 г. № 2-ФЗ «Транспортный устав железных дорог Российской Федерации». Одновременно принят Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 16-ФЗ «О внесении изменения и дополнений в Федеральный закон «О естественных монополиях», направленный на демонополизацию рынка железнодорожных перевозок. С 5 марта 2003 г. начал действовать Федеральный закон от 27 февраля 2003 г. № 29-ФЗ «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта»³. Тем самым железнодорожные перевозки стали первой из сфер естественных монополий, получившей новейшую законодательную базу для своей перестройки.

¹ СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2366; 2004. № 52. Ч. II. Ст. 5482.

² СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 169; 170.

³ СЗ РФ. 2003. № 9. Ст. 805; 2004. № 35. Ст. 3607.

Более общим из вновь принятых транспортных законодательных актов является Федеральный закон № 17-ФЗ. Он устанавливает правовые, организационные и экономические условия функционирования железнодорожного транспорта общего пользования, основы взаимодействия организаций железнодорожного транспорта и выполняющих работы (услуги) на железнодорожном транспорте индивидуальных предпринимателей с органами государственной власти и организациями других видов транспорта, а также основы государственного регулирования в области железнодорожного транспорта необщего пользования.

Федеральный закон № 17-ФЗ закрепил принципы функционирования железнодорожного транспорта: устойчивость его работы; доступность, безопасность и качество оказываемых услуг; развитие конкуренции и становление развитого рынка услуг железнодорожного транспорта; согласованность функционирования единой транспортной системы Российской Федерации.

Федеральный закон № 18-ФЗ, являясь более частным правовым актом, регулирует отношения, возникающие между перевозчиками, пассажирами, грузоотправителями (отправителями), грузополучателями (получателями), владельцами инфраструктур железнодорожного транспорта общего пользования, владельцами железнодорожных путей необщего пользования, другими физическими и юридическими лицами при пользовании услугами железнодорожного транспорта общего пользования и железнодорожного транспорта необщего пользования, и устанавливает их права, обязанности и ответственность.

Принципиально важное значение для проводимых реформ имеет то обстоятельство, что оба рассматриваемых нами федеральных закона исходят из необходимости выделения в регулируемых ими правоотношениях двух самостоятельных хозяйствующих субъектов — *владельцев инфраструктуры* железнодорожного транспорта общего пользования и *перевозчиков*. В соответствии с Федеральным законом № 18-ФЗ под инфраструктурой понимается технологический комплекс, включающий в себя железнодорожные пути общего пользования и другие сооружения, железнодорожные станции, устройства электрообеспечения, сети связи, системы сигнализации, централизации и блокировки, информационные комплексы и систему управления движением и иные обеспечивающие функционирование этого комплекса здания, строения, сооружения, устройства и оборудование.

Владелец инфраструктуры — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, имеющие инфраструктуру на праве собственности или на ином праве и оказывающие услуги по ее использованию на основании соответствующих лицензии и договора. *Перевозчик* — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, принявшие на себя по договору перевозки железнодорожным транспортом общего пользования обязанность доставить пассажира, вверенный им отправителем груз, багаж, грузобагаж из пункта отправления в пункт назначения, а также выдать груз, багаж, грузобагаж уполномоченному на его получение лицу (получателю).

Взаимодействие между владельцами инфраструктуры и перевозчиками при подготовке и осуществлении перевозок пассажиров, грузов, багажа, грузобагажа основываются на заключаемом ими договоре об оказании услуг по использованию инфраструктуры. Договор является публичным. Взаимодействию сторон этого договора посвящена особая гл. III Федерального закона № 18-ФЗ.

Реализуя намеченное, Правительство РФ постановлением от 18 сентября 2003 г. № 585¹ создало открытое акционерное общество «Российские железные дороги» и утвердило его устав. Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 упразднено МПС России с передачей его функций Минтрансу России, Федеральной службе по надзору в сфере транспорта и Федеральному агентству железнодорожного транспорта.

8. Постановлением от 11 июля 2001 г. № 526 Правительство РФ одобрило основные направления реформирования электроэнергетики Российской Федерации, рассчитанного на 8—10 лет². Предусмотрены, в частности, демонополизация и развитие конкуренции при производстве, сбыте и оказании услуг (ремонт, наладка, проектирование и т. д.) в сфере электроэнергетики, демонополизация рынка топлива для тепловых электростанций. РАО «ЕЭС России» будет постепенно разделено на производство, транспортировку и сбыт электроэнергии. Генерирующие мощности и сбыт предполагается приватизировать. С февраля 2002 г. начато создание федеральной сетевой компа-

¹ СЗ РФ. 2003. № 39. Ст. 3766; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 17 августа 2005 г. № 520 // СЗ РФ. 2005. № 34. Ст. 3512.

² СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3032; 2005. № 7. Ст. 560.

нии с передачей контрольного пакета акций государству. На таких же примерно условиях создается единая система диспетчерского управления (системный оператор).

Одним из основных итогов реформирования электроэнергетики должны стать преобразование существующего федерального (общероссийского) оптового рынка электрической энергии (мощности) в полноценный конкурентный оптовый рынок электроэнергии и формирование эффективных розничных рынков электроэнергии, обеспечивающих надежное энергообеспечение потребителей.

Недавно под проводимые реформы была подведена законодательная основа. В начале 2003 г. наконец завершилась долголетняя эпопея вокруг проекта федерального закона об электроэнергетике, вошедшего в единый пакет из шести актов. Президент РФ подписал федеральные законы: 26 марта 2003 г. — № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»¹; № 36-ФЗ «Об особенностях функционирования электроэнергетики в переходный период и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об электроэнергетике»; № 37-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации»; № 38-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации»; № 39-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О естественных монополиях»², а 5 апреля 2003 г. — № 42-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об энергосбережении»³.

Выделим лишь несколько положений, вызывавших наибольшие споры при подготовке этих федеральных законов, свидетельствующих о роли государства в соответствующих общественных отношениях и обеспечивающих сохранение единой электроэнергетической системы страны:

¹ СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ // Российская газета. 2006. 23 дек.

² СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1181.

³ СЗ РФ. 2003. № 14. Ст. 1255.

— в процессе приватизации у государства останется не менее 75% акций любой энергетической организации. В частности, согласно Федеральному закону «Об электроэнергетике» доля государства в уставном капитале «Федеральной сетевой компании» и системного оператора должна составлять вначале не менее 52%, а затем будет доведена до 75% плюс одна акция;

— Правительство РФ обязано устанавливать уровни тарифов и следить за тем, чтобы власти регионов их не превышали;

— значительно расширены полномочия властей субъектов РФ в решении вопросов, связанных с электроэнергетикой;

— часть производимой электрической энергии может реализовываться на рынке в условиях конкуренции, минуя государственный надзор;

— запрещены вызывавшие массовые нарекания веерные отключения электрической энергии.

Пакетом федеральных законов представлен, однако, лишь каркас реформы. Конкретное ее наполнение составит множество подзаконных актов федеральных органов исполнительной власти. В этой связи многие депутаты решили, что им удалось ответственность за конечные результаты реформы электроэнергетики переложить с себя на Правительство РФ.

Федеральный закон «Об электроэнергетике» является, по словам самого законодателя, «основой функционирования экономики и жизнеобеспечения». Примечательно, что понятие «законодательство» применительно к электроэнергетике использовано здесь в широком смысле слова, т. е. им охватываются не только федеральные законы, но также указы Президента РФ и постановления Правительства РФ. В Федеральном законе почти нет статей, где не нашлось бы повода дать Правительству РФ поручения принять тот или иной нормативный акт. Только ст. 21, специально посвященная полномочиям Правительства РФ в области государственного регулирования и контроля в электроэнергетике, называет требующих издания его нормативных актов около 20 таких полномочий и столько же — при осуществлении полномочий непосредственно им самим или уполномоченными им федеральными органами исполнительной власти.

Среди полномочий находим и весьма сомнительные с точки зрения их конституционности. Так, безоговорочно установлено, что Правительство РФ «определяет основные направления государственной политики в сфере энергосбережения». Между

тем, согласно Конституции РФ (ст. 80), определение основных направлений внутренней и внешней политики государства отнесено к исключительной компетенции Президента РФ. При этом не имеет значения, идет ли речь об энергосбережении, электроэнергетике, сельском хозяйстве, образовании или о чем-то другом. И конституционная норма не просто официальная формальность, она имеет глубокий жизненно важный смысл, является залогом целостности общества и государства, единства целей и действий народа, общества и государства.

Крупная реформа осуществлена в области атомной энергетики. Распоряжением Правительства РФ от 8 сентября 2001 г. № 1207-р¹ реорганизовано государственное предприятие «Российский государственный концерн по производству электрической и тепловой энергии на атомных станциях» (концерн «Росэнергоатом») путем присоединения к нему федеральных государственных унитарных предприятий атомной энергетики, имея в виду выполнение этим концерном функций генерирующей компании по производству на атомных станциях электрической и тепловой энергии и ее реализации, а также обеспечению безопасного функционирования этих станций.

Как мы видим, правовые проблемы естественных монополий перекрещиваются с соответствующими проблемами конкуренции на товарных рынках. Нормативно-правовая основа реформирования естественных монополий призвана обеспечить переход там, где он возможен и целесообразен, из состояния естественных монополий в состояние конкурентного рынка.

Учитывая стратегическое значение естественных монополий для народного хозяйства страны, Правительство РФ в пределах предоставленной ему компетенции внимательно отслеживает и направляет их текущую деятельность. На заседаниях Правительства РФ из года в год при обсуждении вопросов о естественных монополиях возникают острые дискуссии о том, каковы должны быть тарифы в тех или иных сферах естественных монополий, о влиянии тарифов на рыночные отношения, в частности на инфляцию, на темпы и качество роста экономики, благосостояния людей. В свою очередь, постоянной претензией со стороны потребителей продукта естественных монополий стало то, что рост тарифов на газ, тепло, горячую воду, услуги связи, другие услуги не сопровождается адекватным улучшением качества самих ус-

луг. Ведется поиск новых подходов к определению тарифной политики, когда бы наличествовала прямая зависимость между величиной тарифов и качеством предоставляемых услуг. Юридически закрепить новые подходы предполагается в разрабатываемом законопроекте «О товарах и услугах общеэкономического значения и ценообразовании на них».

Важным является то обстоятельство, что сейчас найдена общая компромиссная позиция по поводу тарифов на энергоносители: в решении вопроса участвуют и исполнительная, и законодательная власти. Поправки к Федеральному закону «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» предусматривают, что предельные уровни тарифов устанавливаются Правительством РФ ежегодно до принятия Государственной Думой Федерального Собрания РФ в первом чтении проекта федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год. Если возникает необходимость изменить тарифы, Правительство РФ должно внести в Государственную Думу предложение об изменении федерального бюджета¹.

9. Государственно-правовое регулирование естественных монополий не ограничивается сферами, названными выше в п. 4—8 темы. На это следует обратить особое внимание. Первоначально проект закона «О естественных монополиях» включал в круг регулируемых им общественных отношений также естественные монополии субъектов Российской Федерации. В окончательной редакции Федеральный закон охватывает только субъекты естественных монополий, действующие на федеральном уровне. Федеральных законов, которые касались бы естественных монополий на региональном (субъектов Российской Федерации), межрегиональном и муниципальном уровнях, нет. *Каждый субъект Российской Федерации правомочен сам в пределах Конституции РФ принимать законы и иные нормативно-правовые акты о естественных монополиях, относящихся к его ведению*, и определять в них «свои» сферы этих монополий и свой государственный механизм их регулирования и контроля.

Правительство РФ постановлением от 17 ноября 2001 г. № 797 утвердило подпрограмму «Реформирование и модернизация жилищно-коммунального комплекса Российской Федера-

¹ Пока тарифы — под контролем, реформа — под вопросом // Российская газета. 2002. 20 дек.

ции» федеральной целевой программы «Жилище» на 2002—2010 годы. Им предприятия жилищно-коммунального хозяйства, обеспечивающие тепло-, электро-, водоснабжение и водоотведение населенных пунктов, отнесены к естественным локальным монополистам, деятельность которых подлежит регулированию. Однако лишь отдельные субъекты Федерации пытаются принять региональные законы о естественных монополиях. При этом практика показывает, что у субъектов Федерации и муниципальных образований не сложилось единого подхода к разработке и реализации мер по регулированию «своих» естественных монополий. Подчас к режиму естественных монополий приравниваются хозяйствующие субъекты, исходя только из социальной значимости их деятельности, которая таковой не является: услуги по реализации населению твердого топлива, по содержанию автомобильных дорог, по обслуживанию лифтового хозяйства, по уборке мусора и снега и т. п.¹ На рассмотрении Государственной Думы находится пакет федеральных законов о реформе жилищно-коммунального хозяйства. Начат вызывающий неоднозначную оценку эксперимент по сдаче в аренду на длительный срок частным предпринимателям объектов жилищно-коммунального хозяйства, в том числе водопроводов крупных городов². С марта 2005 г. вступил в силу Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 210-ФЗ, устанавливающий основы регулирования тарифов организаций коммунального комплекса, обеспечивающих электро-, тепло-, водоснабжение, водоотведение и очистку сточных вод, утилизацию (захоронение) твердых бытовых отходов, а также надбавок к ценам (тарифам) для потребителей и надбавок к тарифам на товары и услуги организаций коммунального комплекса³.

10. Правовое понимание естественных монополий предполагает обязательное выявление особенностей субъектного состава участников соответствующих общественных отношений. *Одну сторону участников этих отношений представляет субъект естественных монополий — хозяйствующий субъект, занятый производством и (или) реализацией товаров в условиях естественной монополии.* В качестве хозяйствующих субъектов могут быть

¹ См. подробнее: Доклад МАП России «О конкурентной политике в Российской Федерации». М, 1999. С. 208—209.

² См. об этом: Личная вода // Российская газета. 2003. 23 апр.

³ СЗ РФ. 2005. № 1.4. I. Ст. 36; № 52. Ч. I. Ст. 5597.

только юридические лица. Граждане — индивидуальные предприниматели таким правом не располагают.

Надо сразу подчеркнуть: Федеральный закон «О естественных монополиях» регулирует только ту деятельность предпринимателей — субъектов естественных монополий, которая непосредственно относится к естественным монополиям. Но эти же субъекты могут заниматься и другим предпринимательством, на которое Федеральный закон не распространяется и в котором они участвуют не как субъекты естественных монополий, а как обыкновенные, «рядовые» хозяйствующие субъекты.

Юридические лица в статусе хозяйствующих субъектов, как мы уже знаем, делятся на коммерческие и некоммерческие организации. Какие из них могут претендовать на роль субъектов естественных монополий? В Указе Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 220 «О некоторых мерах по государственному регулированию естественных монополий в Российской Федерации» прямо назывались и те и другие. Федеральный закон «О естественных монополиях» ответ на поставленный вопрос не дает. Изучение его правовых норм приводит к выводу, что субъекты естественных монополий, как правило, — коммерческие организации, они в этом качестве называются в ряде статей Федерального закона. Однако Закон не исключает того, что субъектом естественной монополии могут быть и некоммерческие организации, имеющие право заниматься предпринимательской деятельностью.

Любопытной и заслуживающей распространения в законодательстве новеллой Федерального закона «О естественных монополиях» является содержащееся в нем легальное определение понятия «руководитель». Термин «руководитель» часто используется в деловом и бытовом общении, иногда он проникает и в нормативные правовые акты. Близок ему по значению термин «начальник». И всегда, столкнувшись с термином «руководитель», надо мучительно думать: кто конкретно стоит за этим «приятным» словом, какую занимает должность в государственном, хозяйственном, общественном аппарате, аппарате местного самоуправления и главное — каковы юридические признаки руководителя, его правовой статус. Мало что дает, а то и еще больше запутывает наш первый и незаменимый помощник в минуты подобных сомнений «Толковый словарь русского языка» С. И. Ожегова, который разъясняет: руководитель — лицо, которое руководит, начальник — лицо тоже руководящее. Фе-

Федеральный закон «О естественных монополиях» четко определил: *руководитель субъекта естественной монополии (иного хозяйствующего субъекта) — лицо, уполномоченное выступать без доверенности от имени субъекта естественной монополии (иного хозяйствующего субъекта)*. Надо лишь подчеркнуть, что юридически безукоризненное толкование понятия «руководитель», к сожалению, применяется только для целей самого этого Федерального закона.

Принадлежность того или иного начальствующего лица к корпусу руководителей можно безошибочно установить по учредительным документам юридического лица. Положения о нем и его статусе, в том числе о том, когда он уполномочен выступать без доверенности от имени хозяйствующего субъекта, содержатся в каждом из уставов коммерческой и некоммерческой организации. Этим титулом наделяется, например, генеральный директор (директор) общества с ограниченной ответственностью, председатель производственного кооператива или его правления. Как правило, подобная фигура имеется и в учредительных договорах полных товариществ и товариществ на вере, где функции руководителя возлагаются на одного из полных товарищей. В практике предпринимательства и государственного управления выделение и знание статуса руководителя необходимо потому, что в ряде случаев, например при решении вопроса о юридической ответственности за нарушение законодательства о естественных монополиях, он «отделяется» от хозяйствующего субъекта как организации и рассматривается в качестве самостоятельного участника соответствующих правоотношений.

Вторая сторона участников общественных отношений в сфере естественных монополий — потребитель. Им может быть как юридическое, так и физическое лицо, приобретающее товар, производимый и (или) реализуемый субъектом естественной монополии. «Потребитель» — понятие не менее «легкое», чем уже рассмотренное «руководитель». Оно используется столь же широко и повсеместно как с позитивной, так и с негативной окраской, вошло во многие нормативно-правовые акты. Заметим лишь, что приведенное в Федеральном законе «О естественных монополиях» понятие «потребитель» не надо смешивать с чрезвычайно распространенным понятием, давшим название Закону РФ «О защите прав потребителей» (в ред. Федерального закона от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ). В правовом значении они различны. По Закону РФ «О защите прав потребителей» потре-

битель, во-первых, — только гражданин. Юридическое лицо им быть не может. Во-вторых, это такой гражданин, который заказывает, приобретает или использует товары (работы, услуги) либо имеет намерение заказать или приобрести их исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с извлечением прибыли. Гражданин, имеющий статус индивидуального предпринимателя и осуществляющий перечисленные намерения либо действия в целях дальнейшей предпринимательской деятельности, потребителем по этому закону не является. Зато по Федеральному закону «О естественных монополиях» потребителем может быть любой гражданин, в том числе индивидуальный предприниматель.

Примененная выше конструкция «двух сторон» общественных отношений в сферах естественных монополий условна. Отношения могут переплетаться, пересекаться, складываться у субъектов естественных монополий — между собой и у потребителей — между собой.

Таким образом, в сферах естественных монополий в различных вариантах непосредственно, прямо функционируют два лица: субъекты естественных монополий и потребители. Назначение государственно-правового регулирования — соблюсти, а при необходимости уравновесить баланс их интересов. Законодательство должно обеспечить, с одной стороны, реальную доступность реализуемых субъектами естественных монополий товаров для потребителей, а с другой — эффективное, безубыточное, прибыльное функционирование самих субъектов естественных монополий. Кроме субъектов естественных монополий и потребителей в общественных отношениях, которые возникают на рынке товаров естественных монополий, участвуют федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления. Особенно важную роль среди них играют специальные органы регулирования и контроля естественных монополий.

§ 2. Государственное регулирование и контроль в сферах естественных монополий

1. Для регулирования и контроля деятельности субъектов естественных монополий образуются соответствующие федеральные органы исполнительной власти. Суть любого регулирования

состоит в упорядочении деятельности участников социального общения, прежде всего в установлении для них определенных правил поведения. Эффективное регулирование немислимо без сопровождения контролем, поэтому органы регулирования наделены также контрольными функциями.

Органы регулирования естественных монополий образуются во всех узаконенных сферах естественных монополий. Однако не обязательно в каждой из них иметь отдельный орган. Один федеральный орган исполнительной власти может регулировать сразу несколько сфер естественных монополий. Для осуществления своих полномочий они вправе создавать свои территориальные органы и наделять их полномочиями в пределах своей компетенции. Территориальные органы создаются с разрешения Правительства РФ и образуют вместе с соответствующим федеральным органом единую систему регулирования в соответствующей сфере естественной монополии.

Субъекты Российской Федерации, в свою очередь, могут создавать свои аналогичные органы, которые в ходе осуществления своих полномочий взаимодействуют с федеральными органами исполнительной власти по регулированию естественных монополий и их территориальными органами, а также федеральными антимонопольными органами.

Государственные органы субъектов Российской Федерации по регулированию естественных монополий не входят в систему федеральных органов исполнительной власти. Жизнь покажет, насколько целесообразной окажется складывающаяся многослойная, разрозненная и дорогостоящая структура государственного регулирования и контроля. Думается, более эффективным было бы, в зависимости от ситуации, возникающей на рынках с участием субъектов естественных монополий, кадровых возможностей и иных факторов, взаимное делегирование соответствующих полномочий: субъектов Российской Федерации — федеральным органам или федеральных органов — субъектам Российской Федерации.

2. Формирование федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации по регулированию деятельности субъектов естественных монополий прошло длинный и сложный путь. Эти органы, создание которых началось в конце 1995 г., неоднократно реорганизовывались, упразднялись и восстанавливались вновь (см. подробнее третье издание настоящего учебника, с. 408—

411). До недавнего времени многие соответствующие полномочия находились у Федеральной энергетической комиссии РФ (ФЭК России), которая, кстати, среди таких органов была образована первой Указом Президента РФ от 29 ноября 1995 г. № 1194.

Существенную перестройку государственное регулирование претерпело в ходе реформы федеральных органов исполнительной власти. Оно стало более концентрированным, компактным. Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 ФЭК России преобразована в Федеральную службу по тарифам (далее — ФСТ России, ФСТ). Положение о ней утверждено постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 332¹. Преобразование проведено так, что, *во-первых*, к ФСТ перешли функции по установлению тарифов, которые ранее выполняли Минэкономразвития России и упраздненное МАП России; *во-вторых*, функции ФЭК по принятию нормативных правовых актов переданы Минэкономразвития России. Однако в Положении о Министерстве не зафиксировано ни одного конкретного вида таких актов, издавать которые было бы поручено Министерству в сферах естественных монополий. В Положении о ФСТ, напротив, названо несколько конкретных принимаемых ею самостоятельно видов нормативных правовых актов, регулирующих деятельность субъектов естественных монополий, и, кроме того, указано, что она самостоятельно принимает нормативные правовые акты по другим вопросам в установленной сфере деятельности, за исключением вопросов, правовое регулирование которых осуществляется исключительно федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ и Правительства РФ (п. 2.5.1—2.5.5); *в-третьих*, функции ФЭК по контролю и надзору переданы ФАС России.

Таким образом, *в настоящее время государственное регулирование, контроль и надзор (далее — контроль) в сферах естественных монополий сосредоточены в двух руководимых Правительством РФ федеральных органах исполнительной власти — ФСТ России и ФАС России*. И нет такого федерального органа исполнительной власти, функции которого были бы ограничены *только* сферами естественных монополий. ФАС России, как

¹ СЗ РФ. 2004. № 29. Ст. 3049; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 29 мая 2006 г. № 330 // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2522.

мы видели выше в теме 10, осуществляет контроль за исполнением антимонопольного законодательства всеми субъектами социального общения, в том числе субъектами естественных монополий. Как показывает практика, особенно значительное место в работе федеральных антимонопольных органов занимают дела о предупреждении и пресечении злоупотреблений субъектами естественных монополий в газо-, тепло-, энерго-снабжении и иных сферах своим доминирующим положением на рынке. ФСТ регулирует не только деятельность субъектов естественных монополий. Она «является федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным осуществлять правовое регулирование в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги)... и контроль за их применением», за исключением тех, что относятся к полномочиям других федеральных органов исполнительной власти (п. 1 Положения о ФСТ). Так, ФСТ устанавливает минимальные цены на водку и другие алкогольные напитки крепостью свыше 28%, этиловый спирт из пищевого сырья.

Однако основной участок регулирующего воздействия ФСТ — естественные монополии. Она стала сейчас единственным «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» (п. 1 Положения о ФСТ). ФСТ, например, устанавливает (утверждает, регистрирует) тарифы на услуги по организации функционирования торговой системы оптового рынка электрической энергии, тарифы на транспортировку газа по трубопроводам, оптовые цены на нефтяной (попутный) газ и на сжиженный газ для бытовых нужд, тарифы на транспортировку нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам, тарифы на железнодорожные перевозки и на услуги транспортных терминалов.

То обстоятельство, что тарифно-ценовое регулирование естественных монополий осуществляет один федеральный орган исполнительной власти, не означает неких обезличивания, безответственности в этом деле. Для определения основных направлений деятельности ФСТ и принятия решений по определению (установлению) цен (тарифов), а также осуществления контроля по вопросам, связанным с определением (установле-

нием) и применением цен (тарифов), в сферах деятельности субъектов естественных монополий образуются правления, в состав которых входит не более семи членов, включая руководителя ФСТ. В состав правлений включаются также представители заинтересованных федеральных министерств и ведомств, в частности Минэкономразвития, Минпромэнерго, Минтранса, Мининформсвязи, Минфина, ФАС. Члены правления назначаются Правительством РФ. Указанные правления и могут рассматриваться как своеобразные специальные органы регулирования и контроля деятельности субъектов естественных монополий, о которых идет речь в гл. III Федерального закона «О естественных монополиях». Например, Правительство РФ постановлением от 15 декабря 2004 г. № 787 утвердило Положение об основах государственного регулирования тарифов на железнодорожном транспорте, согласно которому это регулирование осуществляют ФСТ и Минтранс в пределах их компетенции¹.

Важное полномочие ФСТ — формирование и ведение Реестра субъектов естественных монополий, в отношении которых осуществляются государственное регулирование и контроль. Цель Реестра — определение (установление) цен (тарифов) и осуществление контроля по вопросам, связанным с определением (установлением) и применением цен (тарифов). Но дело здесь не сводится к технической операции по формированию и ведению Реестра. ФСТ принимает также решение о включении субъектов естественных монополий в Реестр либо об исключении из него. Она же принимает решения об изменении или о прекращении регулирования в отношении конкретных субъектов естественных монополий, если отпадают установленные для этого основания, например если открылась возможность для развития конкуренции на рынке соответствующих товаров. И подобно тому, как принятие решения о введении регулирования служит основанием для включения субъекта естественной монополии в Реестр, так на основе решения о прекращении регулирования он из Реестра исключается.

Порядок ведения соответствующего реестра устанавливает сам орган, уполномоченный регулировать деятельность субъектов естественных монополий. Руководитель ФСТ России вскоре после образования Службы приказом от 26 августа 2004 г.

¹ СЗРФ. 2004. № 51. Ст. 5201.

№ 59 утвердил Временное положение о Реестре субъектов естественных монополий, в отношении которых осуществляются государственное регулирование и контроль¹. В Реестр включаются хозяйствующие субъекты (юридические лица) независимо от организационно-правовой формы и форм собственности, занятые производством (реализацией) товаров (услуг) в любой из узаконенных сфер естественных монополий (см. выше п. 4 § 1 настоящей темы). Реестр представляет собой единую информационную базу данных об этих субъектах.

Поскольку субъект естественной монополии, как правило, не только производит естественномонопольные товары, но и осуществляет еще и иную предпринимательскую деятельность, то в Реестре в любом случае должно быть точно и исчерпывающе указано, какой конкретно вид его хозяйственной деятельности подлежит государственному регулированию и контролю. Хозяйствующие субъекты, включенные в Реестр, а также другие заинтересованные юридические и физические лица могут получить выписку из Реестра после мотивированного письменного обращения.

Если субъект естественной монополии имеет долю на рынке товара более 35%, то он, помимо Реестра, который ведет на него орган регулирования естественных монополий, включается еще и в соответствующий реестр хозяйствующих субъектов, находящийся у федеральных антимонопольных органов. Таким образом, субъект естественной монополии может числиться одновременно в обоих реестрах.

3. Принятие решения о применении методов контроля и регулирования, а следовательно, и о включении в реестр есть результат большой подготовительной работы. Ошибки здесь должны быть полностью исключены, так как они неизбежно вызовут противозаконные ограничения деятельности хозяйствующего субъекта, вовсе не относящегося к естественным монополиям. Вопросы, касающиеся введения, изменения или прекращения регулирования деятельности субъекта естественной монополии, могут быть рассмотрены на основании предложений федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, общественных организаций потребителей, их ассоциаций и союзов, хозяйствующих субъек-

тов. Далее, орган регулирования естественной монополии вправе применить только те методы регулирования, которые предусмотрены Федеральным законом «О естественных монополиях» и иными федеральными законами (об этом см. ниже).

Еще один очень важный момент. Решение принимается на основе анализа деятельности конкретного субъекта естественной монополии с учетом стимулирующей роли 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;

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.

При принятии решения о применении методов регулирования деятельности конкретного субъекта естественной монополии орган регулирования естественной монополии обязан рассматривать информацию, предоставленную заинтересованными лицами, о деятельности данного субъекта естественной монополии. Среди перечисленных источников информации, используемой при принятии решений, особенно значима та, которая раскрывает состав издержек производства, являющихся главным фактором формирования цены товара. Установление же цены (тарифов) или их предельного уровня — основной метод регулирования деятельности субъектов естественных монополий. Целесообразно при этом не только учитывать сложившуюся структуру и стоимость издержек производства, но и предусматривать их динамику в будущем, изменение цен на отдельные компоненты издержек (стоимость сырья и т. п.). Снижение издержек, а значит, и цены неизбежно сделает производство товаров убыточным.

4. Во избежание ошибок и их негативных последствий важно соблюдать установленные процедуры рассмотрения вопросов введения, изменения или прекращения регулирования субъекта естественной монополии. В частности, при рассмотрении органом регулирования естественной монополии этих вопросов вправе присутствовать представитель данного субъекта естественной монополии. О дате рассмотрения субъект естественной монополии должен быть уведомлен заранее соответствующим органом регулирования естественной монополии. Уведомление о дате рассмотрения вопроса с одновременным приглашением принять участие в нем целесообразно направлять также лицам, внесшим предложение о введении, изменении или прекращении регулирования деятельности субъекта естественной монополии. По решению органа регулирования может быть проведена независимая экономическая экспертиза.

Решения о введении, об изменении или о прекращении регулирования либо об отказе по внесенному предложению принимаются не позднее шести месяцев со дня поступления предложения. При этом отказ или частичный отказ от принятия внесенного предложения должен быть мотивирован.

Правовое регулирование и контроль, осуществляемые ФСТ и ФАС в сферах естественных монополий, отличаются определенной спецификой. Регулирование является основной формой воздействия государства на естественные монополии, и специфика регулирования проявляется в его методах. Федеральным законом «О естественных монополиях» установлены два специфических метода. Применение иных методов не допускается.

Первый специфический метод регулирования — применение ценового регулирования, осуществляемого посредством определения (установления) цен (тарифов) или их предельного уровня. Государство не вправе использовать ценовое регулирование в рыночных отношениях. Согласно ст. 424 ГК РФ исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. И только в предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т. п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами. Такое исключительное право и предоставлено органам регулирования естественных монополий. Этот метод логично вытекает непосредственно из понятия естественной монополии, существенный элемент которого — неэластичные цены на ее товары. Само ценовое регулирование, как следует из Поло-

жения о ФСТ, осуществляется в зависимости от сфер естественных монополий и характера деятельности их субъектов (оказание услуг и т. п.) путем фиксации твердых тарифов (цен), определения величины их предельных минимальных и (или) максимальных уровней. Соответственно, ФСТ использует три варианта влияния на тарифы (цены) — их установление, утверждение, регистрацию.

Второй специфический метод регулирования — определение потребностей, подлежащих обязательному обслуживанию, и (или) установление минимального уровня их обеспечения в случае невозможности удовлетворения в полном объеме потребностей в товаре, производимом (реализуемом) субъектом естественной монополии. Необходимость его применения прямо детерминирована природой естественных монополий. Производимые в них товары нередко объективно ограничены по своим ресурсам, а то и вовсе исчерпаемы (полное использование разведанных месторождений, сокращение добычи и т. п.). Это обстоятельство позволяет субъектам естественных монополий выборочно, по своему усмотрению, продавать товары одним потребителям и лишать этих товаров других потребителей. Вмешательство государства призвано защитить интересы всех потребителей.

Особенность контроля, проводимого ФАС России, в том, что она контролирует соблюдение законодательства о естественных монополиях коммерческими и некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления не в полном объеме, а лишь в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа.

Цель контроля — добиться проведения эффективной государственной политики в сферах деятельности естественных монополий. Контроль, органично дополняя регулирование, призван предупредить нарушения законодательства о естественных монополиях, служит правовым средством, с помощью которого примененные методы регулирования последовательно воплощаются в жизнь. Исходя из этой цели Федеральный закон «О естественных монополиях» определил два относительно самостоятельных участка подконтрольных действий с участием или в отношении субъектов естественных монополий.

Первый — защита потребителей товаров естественных монополий. Под контроль поставлены такие действия, которые могут

иметь своим результатом ущемление интересов потребителей. Однако контролю подлежат не все действия (сделки), а лишь совершаемые с товарами, в отношении которых применено государственное регулирование.

Второй — активизация поиска путей демонаполизации естественных монополий, устранение препятствий, мешающих развитию здесь свободной конкуренции. Контролю подлежат действия (сделки) с участием или в отношении естественных монополий, результатом которых может стать сдерживание экономически оправданного перехода соответствующего товарного рынка из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка.

Контроль бывает предварительный и последующий (уведомительный). *Предварительный контроль* охватывает три группы действий (сделок). Первая группа — контроль за любыми сделками, в результате которых субъект естественной монополии приобретает право собственности на основные средства или право пользования основными средствами, не предназначенными для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование, если балансовая стоимость таких основных средств превышает 10% стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу. Как явствует из приведенного законоположения, контроль за сделками, например договорами купли-продажи, подряда, аренды и т. п., должен предупредить «перерождение» специфического естественномонопольного направления в иную хозяйственную деятельность, не допустить отвлечение внимания и усилий субъектов естественных монополий от производства продукции именно естественных монополий, так как в противном случае на рынке может не оказаться нужных потребителям товаров.

Вторая подконтрольная группа действий — контроль за инвестициями субъекта естественной монополии в производство (реализацию) товаров, в отношении которых не применяется регулирование и которые составляют более 10% стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу. Как мы видим, назначение контроля то же, что и в первой группе действий: не допустить отвлечения значительных средств естественных монополий в целях капиталовложения на иные нужды, прямо не относящиеся к производству товаров естественных монополий.

Третья группа подконтрольных действий — контроль за продажей, сдачей в аренду или иной сделкой, в результате которой хозяйствующий субъект приобретает право собственности либо владения и (или) пользования частью основных средств субъекта естественной монополии, предназначенных для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование, если балансовая стоимость таких основных средств превышает 10% стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу. Эта группа подконтрольных действий также сходна с двумя уже рассмотренными. Контроль здесь служит тому, чтобы исключить «перетаскивание» имущества субъектов естественных монополий, используемого для производства естественномонопольных товаров. Опасность подобных действий состоит в том, что и у «искусственно» появившегося нового, и у «урезанного» прежнего субъекта естественной монополии могут уменьшиться общий объем производства, увеличиться его издержки и подняться цена, что отрицательно скажется на состоянии рынка соответствующих товаров, нанесет ущерб интересам потребителей.

Во всех трех группах контроль не является глобальным, распространяется не на весь, а лишь на строго установленный по стоимости объем имущественных сделок (действий), если он превышает десятую часть стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу. Такая величина имущественной операции способна существенно повлиять на результаты хозяйственной деятельности субъекта естественной монополии, его положение на рынке товаров. Состав собственного капитала определяется организационно-правовой формой субъекта естественной монополии. У хозяйственных обществ это будет уставный капитал, у государственных унитарных предприятий — уставный фонд. Сюда же входит все, что «нажил», чем обогатился субъект естественной монополии в процессе своего функционирования, — разного рода фонды (резервные и иные), непосредственная прибыль. Выраженный арифметически собственный капитал равен балансовой стоимости активов за минусом заемных средств. Частоту совершения подобных сделок законодатель не ограничивает, в чем кроется возможность обхода введенных ограничений путем совершения через короткий промежуток времени повторно одних и тех же сделок (действий). Отмеченное об-

стоятельство требует повышенного внимания со стороны контролирующих органов.

До совершения вышеуказанных действий (сделок) субъект естественной монополии обязан представить в контрольный орган ходатайство о даче согласия на их совершение и сообщить информацию, необходимую для принятия решения. Никакое другое лицо или орган, кроме самого субъекта естественной монополии, обращаться с подобным ходатайством в органы регулирования естественных монополий не может.

Контрольный орган вправе отказать в удовлетворении ходатайства, если заявленные в нем действия могут привести к отрицательным последствиям, ущемлению интересов потребителей товара, а также в случаях, если заявителем не представлены все необходимые документы либо при их рассмотрении обнаружено, что содержащаяся в них информация, имеющая существенное значение для принятия решения, является недостоверной. Не позднее 30 дней со дня получения ходатайства контрольный орган сообщает заявителю в письменной форме о своем решении — согласии или отказе. Отказ должен быть мотивирован. Не получив разрешения, субъект естественной монополии не может совершать желаемое действие (сделку). Если он, нарушая запрет, все-таки заключит сделку, то последняя, как несоответствующая требованиям закона, признается ничтожной. Заинтересованные лица могут обратиться в суд с соответствующим заявлением в течение трех лет со дня, когда началось исполнение такой сделки.

Последующий (уведомительный) контроль распространяется на два вида действий. Во-первых, лицо или группа лиц, которые в результате приобретения на рынке акций (долей) в уставном (складочном) капитале субъекта естественной монополии либо в результате иных сделок (в том числе договоров поручения, доверительного управления, залога) приобретают более чем 10% общего количества голосов, приходящихся на все акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал субъекта естественной монополии, обязаны уведомить контрольный орган об этом, а также обо всех случаях изменения принадлежащего им количества голосов в 30-дневный срок со дня приобретения. Способы получения голосов являются не только следствием договоров поручения, доверительного управления и залога. Они могут быть самыми различными, никаких особых правовых последствий с ними не связывается. Надо лишь, чтобы способы

были законными. Причины же уведомления понятны: располагая весомым числом акций (долей), постороннее лицо, совершенно не заинтересованное в производстве товаров естественной монополии, может получить возможность оказывать решающее влияние на хозяйственную деятельность субъекта этой монополии.

Во-вторых, такую же обязанность несет субъект естественной монополии, приобретающий акции (доли) в уставном (складочном) капитале другого хозяйствующего субъекта, предоставляющего ему более чем 10% общего количества голосов, принадлежащих на все акции (доли). Причины уведомления сходны с рассмотренными причинами предварительного контроля: государство должно следить за тем, чтобы субъекты естественных монополий не слишком увлекались «посторонними» делами, не снижали усилий по эффективному производству естественномонопольных товаров.

В обоих видах последующего (уведомительного) контроля фигурируют те же «более 10%», но только касающиеся уже чужих акций (долей) в уставном капитале субъекта естественной монополии и акций (долей) самого субъекта естественной монополии в уставном капитале чужих (необязательно относящихся к естественным монополиям) хозяйствующих субъектов. Для осуществления требований по последующему (уведомительному) контролю орган контроля, не дожидаясь получения уведомлений, вправе сам запрашивать у хозяйственных обществ и товариществ сведения о составе их участников, располагающих более чем 10% общего количества голосов.

5. Особый участок контроля составляют договорные гражданско-правовые отношения в сферах естественных монополий. Субъекты естественных монополий не вправе отказываться от заключения договора с отдельными потребителями на производство (реализацию) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом «О естественных монополиях», при наличии у субъекта возможности произвести (реализовать) такие товары. Отказаться заключить договор субъект естественной монополии может только в случае, если докажет отсутствие у него возможности произвести или продать товар. При отказе заключить с ним договор потребитель может по своему выбору обратиться для разрешения возникшего спора в контрольный орган или в суд. Здесь мы имеем наглядный пример реализации общего прави-

ла, закрепленного в ст. 11 ГК РФ, согласно которому защита нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляется не только через суд, арбитражный суд или третейский суд, но и в случаях, предусмотренных законом, также в административном порядке.

Обязанность коммерческих организаций заключать договоры по продаже товаров со всеми, кто к ним обратится, регулируется нормами ст. 426 ГК РФ о публичном договоре. Статья распространяет свое действие, о чем сказано в ее тексте, и на перевозки транспортом общего пользования, услуги связи, электроснабжение. Но было бы неверно соответствующие положения Федерального закона «О естественных монополиях» толковать как дублирование ГК РФ. Принципиальное отличие состоит в том, что здесь потребителю, предлагающему заключить с ним договор, не надо доказывать, что этот договор есть публичный. Договор подлежит заключению по другим основаниям — в силу регулирования деятельности субъекта естественной монополии соответствующим государственным органом регулирования.

6. Подытоживая сказанное и учитывая, что естественные монополии находятся на стадии глубочайшего реформирования, можно сделать важный обобщающий вывод.

Естественные монополии, будучи фундаментальной ценностью народного хозяйства, как ничто другое, нуждаются в постоянном контроле за всем, что происходит с сокрытыми ими богатствами. Нередко богатства разбазариваются, бездумно тратятся невозполнимые ресурсы. Элементы механизма надзора и контроля заложены уже в Федеральном законе «О естественных монополиях». Его ст. 7 предусмотрены два вида надзора и контроля за осуществлением естественными монополиями сделок, оказывающих существенное влияние на режим работы монополий: 1) предварительный (разрешительный) контроль в форме ходатайств естественных монополий на осуществление сделок; 2) уведомительный (последующий) контроль за уже осуществленными ими сделками.

Важная гарантия состоит и в том, что в целях исполнения функций, возложенных на органы регулирования естественных монополий, их работники имеют право беспрепятственного доступа к информации о деятельности субъектов естественных монополий, имеющейся у органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, а также у субъектов естест-

венных монополий. Субъекты естественных монополий, органы исполнительной власти и органы местного самоуправления обязаны по требованию органов регулирования естественных монополий предоставлять достоверные документы, объяснения в письменной и устной форме и иную информацию. Сведения, которые составляют коммерческую тайну и получены органом регулирования естественной монополии, разглашению не подлежат.

Сами органы регулирования деятельности естественных монополий строят свою работу на демократических началах, в обстановке широкой гласности. Они обязаны через средства массовой информации сообщать о принятых ими решениях о введении, об изменении или о прекращении регулирования деятельности субъектов естественных монополий, а также о включении в реестр субъектов естественных монополий либо об исключении из него, о применяемых методах регулирования деятельности субъектов естественных монополий и о конкретных показателях и требованиях, предъявляемых к ним органами регулирования естественных монополий. Органы регулирования естественных монополий ежегодно публикуют доклад о своей деятельности. Через средства массовой информации они обязаны сообщать обо всех случаях применения ответственности за нарушения Федерального закона «О естественных монополиях». Что касается решений по делам, связанным с нарушениями интересов, то они подлежат опубликованию в средствах массовой информации в полном объеме не позднее месяца со дня их принятия.

§ 3. Юридическая ответственность за нарушение законодательства о естественных монополиях

1. За нарушение Федерального закона «О естественных монополиях» виновные несут различную юридическую ответственность. Поскольку его нормы относятся к гражданскому и административному праву, то и нарушения влекут последствия, включая юридическую ответственность, предусмотренную обеими названными отраслями права.

Гражданско-правовая ответственность субъекта естественной монополии состоит в следующем: если действиями (бездействием), нарушающими этот Федеральный закон, причинены

убытки, в том числе от завышения цены (тарифа), другому хозяйствующему субъекту, эти убытки подлежат возмещению субъектом естественной монополии. Решение, предписывающее возместить причиненные убытки, может быть принято органом регулирования естественных монополий. Исковое заявление о взыскании убытков (реального ущерба и упущенной выгоды) подается в арбитражный суд, так как истцом является предприниматель. Само собой разумеется, возмещения убытков на основании общих норм гражданского законодательства может требовать и не хозяйствующий субъект, а любое другое лицо — субъект гражданского права.

Не освобождаются от гражданско-правовой ответственности и сами органы регулирования естественных монополий. В случае, если этим органом принято решение с нарушением Федерального закона «О естественных монополиях», в том числе об определении (установлении) цен (тарифов) без достаточного экономического обоснования, и в результате этого субъекту естественной монополии или иному хозяйствующему субъекту причинены убытки, они вправе требовать возмещения этих убытков в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

2. Указаны серьезные меры *административной ответственности*. Действенной санкцией, применяемой к нарушителям Федерального закона «О естественных монополиях», является наложение штрафов на виновных. Решение вопросов об административной ответственности разделено между ФАС и ФСТ. О соответствующих полномочиях ФАС сказано выше в § 4 темы 10. ФСТ применяет меры ответственности за нарушение законодательства о естественных монополиях и об электроэнергетике, а также осуществляет иные полномочия, предусмотренные законодательством об административных правонарушениях в части определения (установления) цен (тарифов) и осуществления контроля по вопросам, связанным с определением (установлением) и применением цен (тарифов).

В КоАП РФ есть две статьи, прямо относящиеся к ФСТ: невыполнение в установленный срок законного предписания, решения органа регулирования естественных монополий, его территориального органа влечет наложение штрафа на должностных лиц в размере от 50 до 100 минимальных размеров оплаты труда или дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 2000 до 5000 минимальных размеров оплаты труда (ч. 3

ст. 19.5); непредставление ходатайств и уведомлений (заявлений) в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган или органы регулирования естественных монополий, если представление таких ходатайств и уведомлений (заявлений) является обязательным в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, законодательством Российской Федерации о естественных монополиях, представление ходатайств и уведомлений (заявлений), содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством Российской Федерации, законодательством Российской Федерации о естественных монополиях порядка и сроков подачи ходатайств и уведомлений (заявлений) влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 25, на должностных лиц — от 30 до 50, на юридических лиц — от 1000 до 5000 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 19.8). Рассматривать дела вправе: руководитель федерального органа регулирования естественных монополий и его заместители; руководители территориальных органов федерального органа регулирования естественных монополий и их заместители.

Реализация норм об административной ответственности предполагает взаимодействие между ФАС и ФСТ. В случае, если в ходе проверки антимонопольные органы выявят применение необоснованных цен (тарифов), не установленных органами по регулированию деятельности субъектов естественных монополий, они сообщают о них органу регулирования естественных монополий. Органу регулирования естественных монополий, в свою очередь, надо информировать федеральные антимонопольные органы о выявленных им или ставших ему известными нарушениях законодательства субъектами естественных монополий, реагирование на которые входит в компетенцию этих органов.

3. Законодательство, как мы видим, различает две правовые формы реагирования органов регулирования естественных монополий — решения и предписания. Соотношение их таково: предписание выдается органом регулирования естественных монополий на основе своих решений. Но выдается оно не по каждому решению. В частности, предписания не выписываются по решениям, предусматривающим совершение определенных действий самим органом регулирования естественных монополий, скажем, о введении регулирования субъектов естест-

венной монополии, о включении их в реестр естественных монополий и т. п.

Предписание — акт внешнего воздействия. Оно должно содержать: место и дату его вынесения; наименование органа, выдавшего предписание; реквизиты дела и наименование лица, в отношении которого выдано предписание; срок исполнения и конкретные действия, которые должны быть совершены для устранения нарушения или от которых необходимо воздержаться; дату и форму представления доказательств исполнения предписания. Предписание выдается, когда для выполнения решения другим заинтересованным лицам необходимо совершить определенные действия, например субъекту естественной монополии — заключить или изменить договор, государственному органу исполнительной власти или органу местного самоуправления — отменить или изменить принятые ими акты и т. д. Поэтому обжалование предписания означает одновременно и обжалование решения, по поводу которого выдано предписание.

Тема 12

БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа банковской деятельности. § 2. Содержание банковской деятельности и роль Центрального банка Российской Федерации как органа государственного управления ею. § 3. Банковская тайна

§ 1. Понятие и нормативно-правовая основа банковской деятельности

1. Банковская деятельность — давно сложившийся объективно необходимый элемент нормального функционирования общества, государства и его граждан, а также международного (межгосударственного) экономического сотрудничества, связанный с обеспечением их финансовыми услугами. Понятие это родовое. Проводят банковскую деятельность многие организации, различающиеся по наименованию, организационно-правовым формам, порядку учреждения, полномочиям и формам их осуществления, характеру действий и юридической ответственности. Вместе с тем *все они входят в единую банковскую систему РФ, состоящую из двух уровней. Первый включает Банк России, второй — кредитные организации. В банковскую систему входят также филиалы и представительства иностранных банков.* Статус иностранного имеет банк, признанный таковым по законодательству иностранного государства, на территории которого он зарегистрирован. Эффективная банковская система, говорится в Послании 2002 г. Президента РФ, является важнейшим условием динамичного экономического развития, «она призвана аккумулировать финансовые ресурсы и превращать их в инвестиции».

В раскрытии нормативно-правовой основы банковской деятельности необходимо подчеркнуть два обстоятельства. Во-первых, согласно п. «ж» ст. 71 Конституции РФ финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежная эмиссия, основы ценовой политики, федеральные экономические службы, включая федеральные банки, находятся в исклю-

чительном ведении Российской Федерации. Во-вторых, правовое регулирование банковской деятельности осуществляется строго ограниченным кругом актов: Конституцией РФ (см., например, ст. 75, 83, 103); федеральными законами, в частности «О банках и банковской деятельности» (в ред. Федерального закона от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ)¹ (далее — Федеральный закон о банках) и от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»² (далее — Федеральный закон 2002 г.); нормативными актами Банка России. Такого рода нормативные акты не вправе издавать Президент РФ и Правительство РФ, федеральные органы исполнительной власти.

Важное место в регулировании банковской деятельности занимают обычаи. Они не всегда сформулированы (изложены) в письменной форме, но эти обычаи знают и их придерживаются банковские работники. ГК РФ обязывает считаться с ними при рассмотрении возникающих конфликтов также арбитражные суды. Форму обычаев приобрели, например, некоторые правила, содержащиеся в актах Госбанка СССР, которые ныне утратили силу.

Неблагоприятной для экономики, предпринимательства, да и всего общества чертой рассматриваемой нормативно-правовой основы является ее нестабильность. Особо надо выделить нелегкую правовую судьбу законодательства о Центральном банке РФ. Начало ему положил Закон РСФСР от 2 декабря 1990 г. № 394-1 «О Центральном банке РСФСР (Банке России)»³ (далее — Закон 1990 г.). В новой редакции с учетом текста Конституции РФ 1993 г. Закон был принят в конце апреля 1995 г., после чего в него было внесено более 10 изменений и дополнений. Ныне действует Федеральный закон 2002 г. Ему предшествовали полные драматизма острейшие дискуссии с участием Президента РФ, Правительства РФ, Совета Федерации, Государственной Думы и Банка России, уход со своих по-

¹ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 246-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

² СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 247-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

³ Ведомости РСФСР. 1990. № 27. Ст. 356.

стов руководства последнего. Неоднократно изменялись и дополнялись также Федеральный закон 2002 г. и Федеральный закон о банках.

2. Возглавляет банковскую систему Банк России — специфичный государственный орган банковского регулирования и надзора за деятельностью кредитных организаций и банковских групп. Его уставный капитал и иное имущество составляет федеральная собственность, которой он владеет, пользуется и распоряжается. Размер уставного капитала, установленный Федеральным законом 2002 г., — 3 млрд руб. Государство не отвечает по обязательствам Банка России, а Банк России — по обязательствам государства, если они не приняли на себя такие обязательства или если иное не предусмотрено федеральными законами. Не допускаются без согласия Банка России любые изъятия и обременения обязательствами его имущества. Банк не вправе предоставлять кредиты Правительству РФ для финансирования дефицита федерального бюджета. Иное может быть предусмотрено лишь федеральным законом. Собственность Банка России строго отграничена от собственности иных субъектов права. Он не вправе участвовать в капиталах кредитных организаций. Иное может быть установлено только федеральными законами.

Банк России — юридическое лицо с той, однако, особенностью, что оно не имеет устава и не регистрируется в налоговых органах. Получение прибыли не есть цель его деятельности. Цели деятельности Банка России: защита и обеспечение устойчивости рубля; развитие и укрепление банковской системы Российской Федерации; обеспечение эффективного и бесперебойного функционирования системы расчетов.

Банк России образует единую централизованную систему с вертикальной структурой управления. В систему входят центральный аппарат, территориальные учреждения, расчетно-кассовые центры, вычислительные центры, полевые учреждения, учебные заведения и другие организации.

Национальные банки республик, будучи территориальными учреждениями Банка России, не являются юридическими лицами, не имеют права принимать решения, носящие нормативный характер, а также выдавать гарантии и поручительства, вексельные и другие обязательства без разрешения Совета директоров (о нем см. ниже). Задачи и функции территориальных учреждений Банка России определяются положением о терри-

ториальных учреждениях Банка России, утверждаемым Советом директоров. Законодательные органы отдельных республик приняли законы, по которым их национальные банки рассматриваются в качестве юридических лиц, имеющих свой устав. Подобные акты, как противоречащие Конституции РФ и федеральным законам, не могут применяться.

3. *Все кредитные организации, напротив, являются коммерческими организациями со статусом юридического лица.* Для достижения основной цели своей деятельности — извлечения прибыли — кредитная организация на основании специального разрешения (лицензии) Банка России имеет право осуществлять банковские операции. Кредитные организации образуются на основе любой формы собственности — частной, государственной, муниципальной, собственности общественных объединений и т. п. Организационно-правовые же формы, в которых могут создаваться кредитные организации, ограничены хозяйственными обществами — обществами с ограниченной ответственностью, обществами с дополнительной ответственностью и акционерными обществами.

Все кредитные организации обладают специальной правоспособностью. На отдельные виды предпринимательства для них законом установлены прямые запреты. Так, осуществление кредитной организацией производственной, торговой или страховой деятельности влечет наложение административного штрафа в размере от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 15.26 КоАП РФ). Штраф накладывается постановлением судьи.

Кредитные организации подразделяются на две большие группы:

1) *коммерческие банки*, имеющие 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, срочности; открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц;

2) *небанковские кредитные организации*, могущие осуществлять лишь отдельные банковские операции. Допустимые сочетания последних устанавливаются для них Банком России. Исчерпывающего перечня видов небанковских кредитных организаций в законодательстве нет. К ним относятся, например,

ломбарды, кредитные товарищества и союзы, общества взаимного кредита, расчетные (клиринговые) центры.

Законодательство проводит строгую линию на четкое разграничение банковских и небанковских кредитных организаций. Фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация», а также указание на его организационно-правовую форму. Игнорирование данного требования есть грубое нарушение законности. Ни одно юридическое лицо в Российской Федерации, за исключением получившего от Банка России лицензию на осуществление банковских операций, не может использовать в своем наименовании слова «банк», «кредитная организация» или иным образом указывать на то, что данное юридическое лицо имеет право на осуществление банковских операций.

4. Существенное изменение в регулировании банковских операций внес Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 140-ФЗ¹. Теперь и коммерческие организации, не являющиеся кредитными, вправе осуществлять без лицензии, выдаваемой Банком России, отдельные банковские операции, а именно принимать от физических лиц наличные денежные средства в качестве платы за услуги электросвязи, жилое помещение и коммунальные услуги, но при обязательном участии в данных расчетных отношениях кредитных организаций. Участие последних оформляется соответствующими договорами, которые заключаются между: а) коммерческой организацией и кредитной организацией и б) кредитной организацией и лицом, оказывающим услуги (выполняющим работы).

§ 2. Содержание банковской деятельности и роль Центрального банка Российской Федерации как органа государственного управления ею

1. Соответственно структуре банковской системы целесообразно вычленять *три типа банковской деятельности*: осуществляемую Банком России, коммерческими банками и небанков-

¹ СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3439.

скими кредитными организациями. У Банка России отчетливо просматриваются *два крупных направления деятельности*.

Первое направление охватывает его многообразные функции как органа федеральной экономической службы, т. е. специфического органа государственного управления.

Во-первых, в рамках этого направления Банк России по вопросам, отнесенным к его компетенции, издает нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц. Эти акты не имеют обратной силы, должны быть зарегистрированы в Министерстве юстиции РФ и, как правило, вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования в официальном издании Банка России — «Вестнике Банка России». Акты, регулирующие отношения внутри системы Банка России, издаются им в форме приказов и распоряжений, а все другие — в форме указаний, положений и инструкций, в которых конкретизируются основные вопросы банковской деятельности.

В ст. 7 Федерального закона 2002 г. приведен перечень нормативных актов Банка России, не подлежащих государственной регистрации. К ним отнесены те, которые 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.

Во-вторых, Банк России монопольно эмитирует наличные деньги и организует наличное денежное обращение: принимает решение о выпуске в обращение новых банкнот и монет и об изъятии старых, утверждает номиналы и образцы новых денежных знаков, без ограничений обменивает ветхие и поврежденные банкноты, устанавливает правила хранения, перевозки и инкассации наличных денег для кредитных организаций, определяет для них порядок ведения кассовых операций.

В-третьих, во взаимодействии с Правительством РФ Банк России разрабатывает и проводит в жизнь единую государственную денежно-кредитную политику. Основными инструментами и методами этой политики являются: процентные ставки

по операциям Банка России; нормативы обязательных резервов, депонируемых в Банке России (резервные требования); операции на открытом рынке; рефинансирование кредитных организаций; валютные интервенции; установление ориентиров роста денежной массы; прямые количественные ограничения; эмиссия облигаций от своего имени.

В-четвертых, Банк России осуществляет банковское регулирование и надзор, главная цель которых — поддержание стабильности банковской системы, защита интересов вкладчиков и кредиторов. При этом Банк России не вправе вмешиваться в оперативную деятельность кредитных организаций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами. Регулирующие и надзорные функции Банка России осуществляются через действующий на постоянной основе орган — Комитет банковского надзора, объединяющий структурные подразделения Банка России, обеспечивающие выполнение его надзорных функций. Банк России, в частности:

принимает решение о государственной регистрации кредитных организаций и в целях осуществления им контрольных и надзорных функций ведет Книгу государственной регистрации кредитных организаций. 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. На основании указанного решения, принятого Банком России, и представленных им необходимых сведений и документов уполномоченный регистрирующий орган в срок не более чем пять рабочих дней со дня получения необходимых сведений и документов вносит в единый государственный реестр юридических лиц соответствующую запись и не позднее рабочего дня, следующего за днем внесения соответствующей записи, сообщает об этом в Банк России. Банк России не позднее трех рабочих дней со дня получения от уполномоченного регистрирующего органа информации о внесенной в единый государственный реестр юридических лиц записи о кредитной организации уведомляет об этом ее учредителей с требованием произвести в месячный срок оплату 100% объявленного уставного капитала кредитной организации и выдает учредителям

документ, подтверждающий факт внесения записи о кредитной организации в единый государственный реестр юридических лиц;

выдает им после государственной регистрации лицензии на осуществление банковских операций. Кредитная организация имеет право осуществлять банковские операции только с момента получения лицензии, выданной Банком России;

предъявляет квалификационные требования к руководителям исполнительных органов, а также к главному бухгалтеру кредитной организации;

устанавливает обязательные для кредитных организаций правила проведения банковских операций, ведения бухгалтерского учета, составления и представления бухгалтерской и статистической отчетности;

регистрирует эмиссию ценных бумаг кредитными организациями.

В целях обеспечения устойчивости кредитных организаций Банк России может устанавливать обязательные нормативы, например:

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 крупных кредитных рисков;

максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков;

нормативы ликвидности кредитной организации и др. (см. ст. 62 Федерального закона 2002 г.).

Будучи обязанным осуществлять постоянный надзор за соблюдением кредитными организациями банковского законодательства и собственных нормативных актов, Банк России проводит проверки коммерческих организаций и направляет им обязательные для исполнения предписания об устранении выявленных в их деятельности нарушений. В случае невыполнения предписаний он вправе взыскать с кредитной организации штраф до одного процента от размера оплаченного уставного капитала, потребовать от нее реорганизации и (или) замены руководителей, назначить временную администрацию по управлению ею на срок до шести месяцев, отозвать лицензию на осуществление банковских операций.

Весьма сомнительной представляется норма ст. 73 Федерального закона 2002 г., ограничившая возможности Банка России по надзору за коммерческими организациями. При осуществлении функций банковского регулирования и банковского надзора Банк России не вправе проводить более одной проверки кредитной организации (ее филиала) по одним и тем же вопросам за один и тот же отчетный период деятельности кредитной организации (ее филиала). При этом проверкой могут быть охвачены только пять календарных лет деятельности кредитной организации (ее филиала), предшествующие году проведения проверки.

В порядке исключения из общего правила проведение Банком России повторной проверки кредитной организации (ее филиала) по одним и тем же вопросам за один и тот же отчетный период деятельности кредитной организации (ее филиала) за уже проверенный период разрешается лишь по следующим основаниям:

если такая проверка проводится в связи с реорганизацией или ликвидацией кредитной организации;

по мотивированному решению Совета директоров. Такое решение Совета директоров может приниматься в порядке контроля за деятельностью территориального учреждения Банка России, проводившего проверку, либо на основании ходатайства соответствующего структурного подразделения Банка России в целях оценки финансового состояния и качества активов и пассивов кредитной организации. Повторная проверка, проводимая на основании мотивированного решения Совета директоров, осуществляется при участии представителей центрального аппарата Банка России.

В-пятых, Банк России устанавливает правила, формы, сроки и стандарты осуществления безналичных расчетов (общий срок таких расчетов не должен превышать двух операционных дней в пределах субъекта Федерации, пяти дней — в пределах Российской Федерации); определяет порядок осуществления расчетов с иностранными государствами.

В-шестых, Банк России представляет интересы Российской Федерации во взаимоотношениях с центральными банками иностранных государств, а также в международных банках и иных международных валютно-финансовых организациях; устанавливает и публикует официальные курсы иностранных валют по отношению к рублю; осуществляет в соответствии с фе-

деральными законами валютное регулирование, включая операции по покупке и продаже иностранной валюты, а также валютный контроль как непосредственно, так и через уполномоченные банки. Банк России может открывать представительства на территориях иностранных государств.

Второе крупное направление деятельности Банка России — осуществление банковских операций и сделок с российскими и иностранными кредитными организациями, а также с Правительством РФ. В отношениях с ними он выступает не как орган государственного управления, а как равноправный партнер — юридическое лицо, субъект гражданского права. Банк России имеет право, например:

предоставлять кредиты на срок не более одного года под обеспечение ценными бумагами и другими активами, если иное не установлено федеральным законом о федеральном бюджете;

покупать и продавать государственные ценные бумаги на открытом рынке;

покупать и продавать облигации, эмитированные Банком России, и депозитные сертификаты;

покупать и продавать иностранную валюту;

покупать, хранить, продавать драгоценные металлы и иные виды валютных ценностей;

проводить расчетные, кассовые и депозитные операции, принимать на хранение и в управление ценные бумаги и другие активы;

выдавать поручительства и банковские гарантии.

Банк России может осуществлять банковские операции по обслуживанию представительных и исполнительных органов государственной власти, органов местного самоуправления, их учреждений и организаций, государственных внебюджетных фондов, воинских частей, военнослужащих, служащих Банка России, а также иных лиц в случаях, предусмотренных федеральными законами. Банк России также вправе обслуживать клиентов, не являющихся кредитными организациями, в регионах, где отсутствуют кредитные организации.

2. Серьезной проблемой при разработке Федерального закона 2002 г. стало законодательное закрепление более совершенной структуры управления Банком России. Трудность связана с тем, что отечественная наука пока еще не дала ясного ответа на вопрос о том, что представляет собой Банк России, каковы его

правовая природа, место в политической системе общества и системе разделения государственной власти.

Федеральный закон 2002 г. среди органов управления Банком России сохранил Совет директоров, правда, лишив его статуса «высшего органа Банка России», заметно ограничив и более детально «расписав» функции (ср. ст. 11—16 Закона 1990 г. и ст. 15—19 Федерального закона 2002 г.). Почти неизменными остались полномочия Председателя Банка России (ср. ст. 18 Закона 1990 г. и ст. 20 Федерального закона 2002 г.).

На первое место при подготовке Федерального закона 2002 г. выдвинулся вопрос о совершенствовании контроля за деятельностью Банка, а через последний — за всей банковской системой страны. В общем-то, Банк России подотчетен Государственной Думе, которая наделена и рядом контрольных полномочий (см. ст. 5 Закона 1990 г. и ст. 5 Федерального закона 2002 г.), однако, как показала практика, этого недостаточно.

Вносились предложения расширить контрольные полномочия Государственной Думы, предоставив ей, в частности, право особым федеральным законом утверждать смету расходов Банка России. Однако была развита заложенная еще в Законе 1990 г. (ст. 20, 21) идея о наличии при Банке России особой управленческой структуры — Национального банковского совета. Сейчас он стал коллегиальным органом непосредственно самого Банка России. Численность Совета — 12 человек. Совет формируется весьма оригинально. В него направляются: Советом Федерации Федерального Собрания РФ — двое, Государственной Думой — трое, Президентом РФ — трое, Правительством РФ — трое. Все они в Банке России на постоянной основе не работают и оплату за эту деятельность не получают. Из работников Банка России в Совет входит лишь Председатель Банка. Председатель Национального банковского совета избирается из его состава членами Совета.

Главная трудность по включению Национального банковского совета в управление Банком России и по определению компетенции Совета состоит в том, как это все совместить с провозглашенным ст. 75 Конституции РФ и ч. 2 ст. 1 Федерального закона 2002 г. принципом: свои функции и полномочия Банк России осуществляет независимо от других федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного само-

управления. Ведь голос единственного представителя Банка России никакой роли в Совете не играет. Насколько удалось достичь такого совмещения и как оно скажется на современной отечественной банковской системе — покажет практика. А компетенция Совета широка и ответственна. По сравнению с Законом 1990 г. она намного расширена и одновременно уточнена (см. ст. 13). Это, например, рассмотрение годового отчета Банка России; утверждение сметы расходов Банка России на предстоящий год (на содержание служащих, капитальные вложения и др.) и отчета о них; рассмотрение вопросов совершенствования банковской системы Российской Федерации; решение вопросов, связанных с участием Банка России в капиталах кредитных организаций; назначение главного аудитора Банка России и рассмотрение его докладов; ежеквартальное рассмотрение информации Совета директоров по основным вопросам деятельности Банка России; утверждение по предложению Совета директоров правил бухгалтерского учета и отчетности; утверждение по предложению Совета директоров порядка распределения прибыли Банка России, остающейся в его распоряжении.

В законодательстве о Банке России значительное место отведено регулированию взаимоотношений Банка с органами государственной власти и органами местного самоуправления. Установлено, в частности, что председатель Банка или по его поручению один из его заместителей участвует в заседаниях Правительства РФ, а также может участвовать в заседаниях Государственной Думы. Министры финансов и экономического развития и торговли РФ или по их поручению по одному из их заместителей участвуют в заседаниях Совета директоров Банка с правом совещательного органа.

В связи с вступлением в силу Федерального закона 2002 г. уточнены полномочия Счетной палаты РФ в части проверок финансово-хозяйственной деятельности Банка России, его структурных подразделений и учреждений. Проверки осуществляются в соответствии с решениями Государственной Думы, принимаемыми только на основании предложений Национального банковского совета.

3. Разнообразная и ответственная деятельность Банка России как федерального органа государственного управления и субъекта гражданского права содержит немалые возможности совершения, с одной стороны, разного рода преступлений и иных правонарушений его служащими, в том числе коррупции,

а с другой — для противоправных акций в их адрес, шантажа, угроз, давления, принуждения к принятию выгодных определенным лицам решений. Законодательством предусмотрены повышенные меры защиты служащих Банка России, включая дополнительное пенсионное обеспечение, страхование жизни и медицинское страхование, а также введены в отношении их некоторые запреты. Они не имеют права работать по совместительству и на основании договора подряда (за исключением преподавательской, научно-исследовательской и творческой деятельности); занимать должности в кредитных и иных организациях; в случае приобретения долей (акций) кредитных организаций они обязаны письменно уведомить в десятидневный срок Совет директоров Банка России. Получать кредиты на личные нужды работники, перечень которых утвержден Советом директоров, могут только в Банке России.

4. Кредитные организации представлены разветвленной сетью юридических лиц. Они вправе создавать также филиалы и представительства как на территории России, так и на территории иностранных государств. Филиалы и представительства не являются юридическими лицами и действуют на основании положений, утверждаемых создавшей их кредитной организацией. При этом представительство не имеет права осуществлять банковские операции. Филиалы и представительства в России и представительства за рубежом открываются кредитной организацией с момента (после) уведомления, а зарубежные филиалы — с разрешения Банка России. Преобладают среди кредитных организаций коммерческие банки. На них же ложится основной объем банковской деятельности.

Укредитных организаций, подобно Банку России, также прослеживаются два крупных направления деятельности. Главное из них — банковские операции, исчерпывающий перечень которых приведен в Федеральном законе о банках. Это:

привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок);

размещение этих привлеченных средств от своего имени и за свой счет;

открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц;

осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам;

инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц;

купля-продажа иностранной валюты в наличной и безналичной формах;

привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов;

выдача банковских гарантий;

осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

Среди них надлежит особо выделить межбанковские операции. Кредитные организации на договорных началах могут привлекать и размещать друг у друга средства в форме вкладов (депозитов), кредитов, осуществлять расчеты через создаваемые в установленном порядке расчетные центры и корреспондентские счета, открываемые друг у друга, и совершать другие взаимные операции, предусмотренные лицензиями, выданными Банком России.

Гражданским законодательством предусмотрены особые договоры для осуществления банковских операций. Это, например:

договор банковского вклада (депозита), по которому одна сторона (банк) принимает поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуясь при этом возратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором (подробнее см. ст. 834—844 ГК РФ);

договор банковского счета. По нему банк открывает для клиента счет и обязуется принимать и зачислять поступающие на счет денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. Договором предусматривается, в каких случаях клиент оплачивает услуги банка по совершению операций с находящимися на счете денежными средствами (подробнее см. ст. 845—860 ГК РФ).

Второе направление — совершение кроме банковских операций других банковских сделок, а именно:

выдача поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме;

приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;

доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами;

осуществление операций с драгоценными металлами и драгоценными камнями в соответствии с законодательством Российской Федерации;

предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;

лизинговые операции;

оказание консультационных и информационных услуг.

Исчерпывающего перечня подобных сделок закон не содержит. Кредитная организация вправе осуществлять любые сделки в соответствии с законодательством Российской Федерации. Как свидетельствует практика, в том числе мировая, кредитные организации способны предложить своим клиентам до 200 видов банковских услуг. Вместе с тем российским законодательством установлен для них прямой запрет на три вида деятельности — производственную, торговую, страховую. Запрещена кредитным организациям также монополистическая деятельность, в частности заключение соглашений и осуществление согласованных действий, направленных на монополизацию рынка банковских услуг, а также на ограничение конкуренции в банковском деле. Однако кредитная организация обладает специальной правоспособностью. В ее уставе обязательно должен содержаться совершенно определенный перечень конкретных банковских операций и других банковских сделок, осуществляемых данной кредитной организацией, будь то коммерческий банк или небанковская кредитная организация.

Кроме этих сведений устав кредитной организации должен содержать: фирменное (полное официальное) наименование, а также все другие наименования, установленные указанным Федеральным законом; указание на организационно-правовую форму; сведения об адресе (месте нахождения) органов управления и обособленных подразделений; сведения о размере уставного капитала; сведения о системе органов управления, в том числе исполнительных органов и органов внутреннего контроля, о порядке их образования и об их полномочиях; иные сведения, предусмотренные федеральными законами для уста-

вов юридических лиц указанной организационно-правовой формы.

5. В научной литературе банковские операции и банковские сделки подчас отождествляются, с чем нельзя согласиться. Юридическая суть различий между ними состоит в том, что *банковские операции могут совершаться любой кредитной организацией только при наличии у нее специального разрешения — лицензии Банка России, тогда как для банковских сделок такого рода разрешения не требуется*. Лицензия выдается только после государственной регистрации кредитной организации, и только с момента ее получения она может заниматься банковскими операциями. В лицензии указываются банковские операции, на осуществление которых данная кредитная организация имеет право, а также валюта, в которой эти банковские операции могут осуществляться. Лицензии учитываются в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций, который подлежит публикации Банком России в его официальном издании — «Вестнике Банка России» не реже одного раза в год. Поэтому при осуществлении банковских операций кредитная организация обязана по требованию физического или юридического лица предоставить лицензию на осуществление банковских операций, информацию о своей финансовой отчетности (бухгалтерский баланс и отчет о прибылях и убытках) и аудиторское заключение за предыдущий год, а также ежемесячные бухгалтерские балансы за текущий год. За введение физических и юридических лиц в заблуждение путем непредоставления информации либо предоставления недостоверной или неполной информации кредитная организация несет юридическую ответственность.

Осуществление юридическим лицом банковских операций без лицензии влечет за собой взыскание с такого юридического лица всей суммы, полученной в результате осуществления данных операций, а также взыскание штрафа в двукратном размере этой суммы в федеральный бюджет. Взыскание производится в судебном порядке по иску прокурора соответствующего федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на то федеральным законом, или Банка России. Банк России вправе предъявить в арбитражный суд иск о ликвидации юридического лица, осуществляющего без лицензии банковские операции. Граждане, незаконно осуществляющие банковские операции, несут в установленном законом порядке

гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность.

Особенность лицензии, выдаваемой коммерческому банку на проведение банковских операций, состоит в том, что она дает ему право без получения дополнительного разрешения действовать на рынке ценных бумаг, например осуществлять: выпуск, покупку, продажу, учет, хранение и иные операции с ценными бумагами, выполняющими функции платежного документа; операции с ценными бумагами, подтверждающими привлечение денежных средств во вклады и на банковские счета; доверительное управление указанными ценными бумагами по договору с физическими и юридическими лицами.

6. В современных условиях важное значение приобретают обеспечение стабильности и финансовой надежности банковской деятельности, защита прав и интересов вкладчиков и кредиторов кредитных организаций. Это достигается главным образом *двумя путями. Первый включает меры, касающиеся всех видов банковской деятельности, всех вкладчиков и кредиторов.* В частности, кредитные организации обязаны: создавать резервы (фонды), в том числе под обеспечение ценных бумаг; осуществлять классификацию активов, выделяя сомнительные и безнадежные долги; создавать резервы (фонды) на покрытие возможных убытков; соблюдать обязательные нормативы, численные значения которых устанавливаются Банком России; организовывать внутренний контроль, обеспечивающий надлежащий уровень надежности, соответствующий характеру и масштабам проводимых операций.

Отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами строятся на основе договоров, если иное не предусмотрено федеральным законом. В договоре должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам), стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушение предусмотренных договором сроков, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора.

Кредитная организация не имеет права в одностороннем порядке изменять процентные ставки по кредитам, вкладам (депозитам), комиссионное вознаграждение и сроки действия этих

договоров с клиентами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или договором с клиентом.

Кредиты, предоставляемые банком, могут обеспечиваться залогом недвижимого и движимого имущества, в том числе государственных и иных ценных бумаг, банковскими гарантиями и иными способами, предусмотренными федеральными законами или договором. Кредитная организация вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о возбуждении производства по делу о несостоятельности (банкротстве) в отношении должников, не исполняющих свои обязательства по погашению задолженности.

На денежные средства и иные ценности юридических или физических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в кредитной организации, *арест* может быть наложен не иначе как судом и арбитражным судом, судьей, а также по постановлению органов предварительного следствия при наличии санкции прокурора. *Взыскание* на указанные ценности может быть обращено только на основании исполнительных документов в соответствии с законодательством Российской Федерации, а их конфискация произведена лишь на основании вступившего в законную силу приговора суда.

Второй путь касается особых мер защиты вкладов (денежных средств в рублях или иностранной валюте), размещаемых физическими лицами для хранения и получения дохода в денежной форме в виде процентов. Вклады могут принимать не все кредитные организации, а только банки, имеющие такое право в соответствии с особой лицензией, выдаваемой Банком России. Право на получение лицензии возникает лишь у банков, с даты государственной регистрации которых прошло не менее двух лет, т. е. у имеющих уже опыт банковской деятельности.

Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, признается публичным договором, т. е. банк обязан заключить его с каждым, кто к нему обратится, и не вправе оказывать преимущества одному лицу перед другими. При этом по вкладам до востребования (выдаются по первому требованию вкладчика) в договоре может быть предусмотрен запрет банку односторонне, без согласия вкладчика уменьшать размер процентов, выплачиваемых на вклад. Что касается срочных вкладов (возвращаются по истечении определенного

договором срока), то определенный договором размер процентов на вклад не может быть односторонне уменьшен банком, если иное не предусмотрено законом (см. п. 3 ст. 838 ГК РФ). Бывают случаи, когда в договорах содержится условие, в соответствии с которым банк присваивает себе право в одностороннем порядке уменьшать размер процентов по вкладам. Но подобное условие, как противоречащее закону, является ничтожным.

Для обеспечения гарантий возврата привлекаемых банками средств граждан и компенсации потери дохода по вложенным средствам создается Федеральный фонд обязательного страхования вкладов. Участниками фонда являются Банк России и банки, привлекающие средства граждан. Кроме того, банки могут создавать на правах некоммерческой организации фонды добровольного страхования вкладов для обеспечения возврата вкладов и выплаты доходов по ним.

Однако действовавшие меры защиты вкладов физических лиц, как показала практика, были недостаточно надежными. Обсуждались различные предложения об их усилении, в том числе путем привлечения к решению этой проблемы государства. Наконец был принят Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»¹. Он предусматривает обязательность участия банков в системе страхования вкладов и сокращение рисков наступления неблагоприятных последствий для вкладчиков. С 1 октября 2004 г. отменена 100%-ная государственная гарантия по вкладам в банках с государственным участием, в том числе Сбербанке.

Теперь названный Федеральный закон предусмотрел одинаковые гарантии для всех вкладчиков: возмещение выплачивается им в размере 100% суммы вкладов в банке, в отношении которого наступил страховой случай, но не более 100 тыс. руб., плюс 90% суммы вкладов в банке, превышающей 100 тыс. руб., но в совокупности не более 190 тыс. руб. Если страховой случай наступил в отношении нескольких банков, где физическое лицо имеет вклады, возмещение в указанном размере выплачи-

¹ СЗ РФ. 2003. № 52. Ч. I. Ст. 5029; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 150-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3449.

вается в каждом из них. Таким образом, законодатель как бы ориентирует физических лиц на то, чтобы они не концентрировали вклады в одном банке, а рассредоточивали их по разным банкам. Получение вкладчиками указанного возмещения не освобождает банк от обязанности выплатить им оставшуюся сумму вклада, если она превышает 100 тыс. руб. Предполагается, что размер страховых выплат из года в год будет увеличиваться. Так, в 2006 г. он достиг 190 тыс. руб.

Для осуществления функций по обязательному страхованию создано специальное Агентство по страхованию вкладов в организационно-правовой форме государственной корпорации. Органами управления Агентства являются: Совет директоров в составе 13 членов (7 — представители Правительства РФ, 5 — Банка России и генеральный директор); назначаемые Советом директоров правление и генеральный директор. Существовавшее ранее Агентство по реструктуризации кредитных организаций, созданное Федеральным законом от 8 июля 1999 г. № 144-ФЗ «О реструктуризации кредитных организаций» (ныне утратил силу), ликвидировано.

Страховой случай, при наступлении которого включается механизм выплаты возмещений вкладчикам, может выразиться в виде одного из двух юридических фактов: отзыва (аннулирования) у банка лицензии Банком России на осуществление банковских операций; введения Банком России моратория на удовлетворение требований кредиторов банка. По общему правилу выплата вкладчикам возмещений начинается не ранее чем через 14 дней после наступления страхового случая и должна быть произведена в течение трех дней после того, как вкладчик представит Агентству необходимые документы — заявление и документ, удостоверяющий личность.

Откуда же у Агентства берутся деньги для выплат вкладчикам? Этой цели служит принадлежащий Агентству на праве собственности фонд обязательного страхования вкладов. Фонд формируется из уплачиваемых банками страховых взносов (сейчас они составляют 0,15% среднего размера остатков по депозитам), средств федерального бюджета и иного имущества. Размер фонда постоянно увеличивается. В 2005 г. он равнялся 11,5 млрд руб., а к январю 2007 г. ожидается рост до 40 млрд руб.

Оригинально решен вопрос о контроле за функционированием системы страхования вкладов. Он проводится Правительством РФ и Банком России путем участия их представителей в органах управления Агентства.

Принят 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»¹. В соответствии с ним указанные выплаты производятся только на время формирования системы страхования вкладов при недостаточности средств у самого банка в размерах, установленных Федеральным законом от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ. По состоянию на май 2006 г. в систему страхования вкладов входило 932 банка из 1150, подавших ходатайства об этом. В них сосредоточено 99,9% всех вкладов физических лиц на сумму более 2,7 трлн руб. Всего в России по состоянию на 1 сентября 2006 г. насчитывалось 1163 банка.

Лучшая гарантия прав вкладчиков банков, будь то физические или юридические лица, — надежная устойчивая работа самих банков, что в первую очередь зависит от того, насколько своевременно и полно выполняют обязательства перед банками их кредиторы. Не получая выданные кредиты, банк тем самым лишается финансовых источников для нормального функционирования. Ныне действует Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях»², обязавший банки с 1 сентября 2005 г. передавать все сведения о своих заемщиках — физических и юридических лицах, правда, с их письменного согласия, в одно из бюро кредитных историй. На 1 сентября 2006 г. было создано 21 бюро, где хранилась информация примерно о 3 млн заемщиков. Соответствующая информация отражается в Центральном каталоге кредитных историй, созданном Банком России. Основная часть такой истории содержит сведения о полученных кредитах (их получатель, размер, срок, на который они выданы, время возврата и т. д.). Каждый банк, юридическое и физическое лицо могут стать обладателями информации о субъектах, не возвращающих деньги банкам, и, имея ее, не вступать в деловые контакты с ними. Показа-

¹ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3232; 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3449.

² СЗ РФ. 2005. № 1. Ч. I. Ст. 44; № 30. Ч. II. Ст. 3121.

тельно, что интерес к кредитным историям проявила ФАС России для получения дополнительных сведений о доходах налогоплательщиков. Действующее законодательство, однако, такой возможности ей не предоставляет.

7. Кредитная организация не отвечает по обязательствам государства и Банка России, равно как государство и Банк России не отвечают по обязательствам кредитной организации. Исключение из приведенного общего правила составляют лишь случаи, когда государство или Банк России сами приняли на себя такие обязательства. Поэтому необоснованны притензии, нередко предъявляемые к государству и (или) Банку России вкладчиками (клиентами) разорившихся (обанкротившихся) кредитных организаций, в том числе коммерческих банков. Каждое физическое и юридическое лицо само свободно делает выбор, какой кредитной организации доверить свои денежные средства, в какой коммерческий банк внести вклад. Российская практика последних лет убедительно подтверждает: риск здесь тем больше, чем более выгодные условия хранения денег предлагает кредитная организация.

8. Следует обратить внимание на то, что на деятельность банков и иных кредитных организаций распространяется антимонопольный контроль. Выделились две подконтрольные ему сферы банковской деятельности:

предварительный контроль за аффилированными с кредитной организацией лицами в процессе согласования выпуска акций, приобретения более 20% акций (долей) уставного капитала кредитной организации, реорганизации кредитной организации в форме слияния или присоединения;

индикативный контроль (мониторинг) за состоянием концентрации капитала на рынке банковских услуг.

Приказом МАП России от 22 июля 1997 г. № 100 утверждено Положение о порядке представления в антимонопольные органы ходатайств о согласовании проведения операций на рынке банковских услуг в соответствии со статьей 32 Закона Российской Федерации «О банках и банковской деятельности».

9. Российская банковская система находится в процессе формирования. Процесс протекает сложно и противоречиво. Из года в год сокращается число банков. В начале 90-х гг. XX в. их было около 2500, за истекшее время число банков сократилось

примерно в два раза. Одна из причин этого — отзыв лицензии Банком России из-за нарушения банками действующего законодательства, в частности направленного на противодействие легализации доходов, полученных преступным путем. Банк России в июле 2005 г. направил коммерческим банкам специальное письмо о борьбе с отмыванием преступных доходов и финансированием терроризма. В нем приведены около 100 признаков по вычислению подозрительных клиентов¹. Только за первые восемь месяцев 2006 г. Банк России лишил лицензий более 40 банков, что намного больше, чем за весь 2005 г. Основная причина этого — отмывание банками денег, т. е. незаконное их обналичивание. Обсуждается перспектива внесения поправок в законодательство, налагающих запрет на осуществление профессиональной деятельности в отношении банкиров, уличенных в отмывании денег и налоговых преступлениях.

5 апреля 2005 г. подписано совместное заявление Правительства РФ и Банка России «О стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2008 года»². Документом предусмотрено совершенствование нормативного правового обеспечения банковской деятельности, завершение перехода кредитных организаций на использование международных стандартов финансовой отчетности, создание условий для предотвращения использования кредитных организаций в противоправных целях, повышение качества предоставляемых кредитными организациями услуг. Решение перечисленных задач увязано с развитием банковского сектора на следующем этапе — 2009—2015 гг.

Особую актуальность в деятельности банков приобрели две проблемы.

А. Самый существенный показатель коммерческой мощи банка — размер его уставного капитала. По этому показателю наши банки намного отстают от зарубежных. Как следствие, они заведомо не в состоянии сколько-нибудь успешно конкурировать с зарубежными банками. Для повышения капитализации банков и их конкурентных возможностей предполагается, в частности: повысить с 1 января 2007 г. минимальный размер уставного капитала до 5 млн евро; стимулировать объединение банков; ввести в ГК РФ норму о безотзывных банковских

¹ Вестник Банка России. 2005. № 37.

² Вестник Банка России. 2005. № 19.

вкладах, в том числе для граждан, т. е. о вкладах, которые нельзя было бы снять ранее срока, оговоренного договором о банковском вкладе; по-прежнему препятствовать созданию на территории России филиалов зарубежных банков. Сейчас у нас в стране имеется около 50 банков, иностранный капитал в которых составляет более 50%, в том числе у 40 банков уставный капитал полностью сформирован за счет зарубежных средств. Работают они по российским законам.

Б. Наблюдается быстрый рост выдаваемых банками потребительских кредитов гражданам. Но еще более стремительно растет число граждан, не погашающих свои долги банкам. У ряда банков невозвращенные суммы превышают 20% общего объема предоставленных потребительских кредитов. В целом доля просроченных кредитов, выданных населению за восемь месяцев 2006 г., составила 2,7%. Причины — разные, в том числе недостаточное информирование банками граждан об условиях предоставляемого потребительского кредита. Намечается принятие федерального закона о потребительском кредитовании, призванного повысить ответственность и банков за надлежащее оформление договоров о потребительском кредите, и граждан за его своевременное возвращение. Пока же имеются Рекомендации ФАС России и Центрального банка РФ по стандартам раскрытия информации при предоставлении потребительских кредитов¹. Высказываются предложения различных авторов периодически публиковать списки банков: «белые» — о банках благонадежных, не скрывающих информацию о себе при предоставлении потребительских кредитов, и «черные» — о банках, которые такими качествами не обладают; распространить на физических лиц, не возвращающих банковские кредиты, процедуры банкротства.

§ 3. Банковская тайна

1. Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ о страховании вкладов физических лиц — последний по времени законодательный акт, специально направленный на регулирование банковской деятельности, *рассматривает банковскую тайну в качестве самостоятельного вида конфиденциальной ин-*

¹ См.: Письмо ФАС России № ИА/7235, Банка России № 77-Т от 26 мая 2005 г. // Вестник Банка России. 2005. № 28.

формации наряду со служебной и коммерческой тайной, и банки являются обладателями всеми этими видами тайны¹. История банковской тайны насчитывает несколько тысячелетий, и по мере усложнения экономических отношений и финансового рынка, роста возможностей вычислительной техники, изменений в бухгалтерском учете и организации безналичных расчетов менялись и подходы к правовому регулированию банковской тайны, ее сохранения. В данной сфере общественных отношений постоянно шло и идет противостояние различных интересов. С одной стороны, это интересы лиц (вкладчиков, клиентов, корреспондентов), пользующихся услугами банков и кредитных организаций и стремящихся сохранить в тайне свои банковские операции и иные банковские сделки. С другой стороны, это интересы государства, которое в силу объективно присущих ему функций добивается доступа к такого рода информации с тем, чтобы обеспечивать законность банковской деятельности, предупреждать, пресекать и разоблачать банковские преступления, случаи уклонения от налогов, отмывания «грязных» денег. Есть еще и третья сторона — те, кто пытается узнать банковскую тайну для использования ее в предпринимательской и коммерческой деятельности, борьбе со своими конкурентами.

Во многих странах приняты специальные законы, которые упорядочивают общественные отношения, связанные с банковской тайной, сглаживают остроту противоречий различных интересов. В России подобного закона пока нет, соответствующие нормы «разбросаны» по ряду законодательных актов, главные из них — ГК РФ, федеральные законы о банках и о Банке России.

2. Правовой режим банковской тайны характеризуется существенными особенностями. Обычно перечень сведений, включаемых в служебную и коммерческую тайну, устанавливает коммерческая или некоммерческая организация по своему усмотрению в порядке, предусмотренном ее учредительными документами. В отношении банков и кредитных организаций законодатель сам в императивных, т. е. обязательных для исполнения, нормах очертил круг конкретной информации, которая составляет банковскую тайну и не может быть разглашена без законных на то оснований. Это касается самого главного в бан-

¹ О служебной и коммерческой тайне см. выше § 3 темы 5.

ковской деятельности, того, ради чего она осуществляется: согласно ст. 857 ГК РФ банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте.

Однако банковская тайна не ограничивается лишь сведениями, указанными в законодательстве. Банк России и кредитные организации, подобно другим коммерческим и некоммерческим организациям, вправе еще и по собственной инициативе засекречивать ту или иную информацию о своей деятельности.

После того как определен объем информации, составляющей банковскую тайну, на первый план выдвигается вопрос ее сохранения. Существуют два канала разглашения любой тайны, в том числе банковской. Первый — ее материальный носитель, документ. Хранение документов должно исключить доступ к ним посторонних лиц, т. е. не имеющих права на ознакомление с содержанием документов. Второй канал — люди, правомерно ставшие обладателями засекреченной информации, прежде всего работники банков и кредитных организаций. Служащие Банка России не имеют права разглашать служебную информацию о деятельности Банка России без разрешения Совета директоров. Естественно, в массив этой информации не входит та, которой режим банковской тайны придан законодателем. Снять с нее покров секретности Совет директоров не может. Все служащие кредитной организации обязаны хранить тайну об операциях, счетах и вкладах ее клиентов и корреспондентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если это не противоречит федеральному закону. Сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям. Государственным органам и их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом.

3. Порядок разглашения сведений, которым придан режим секретности Банком России и кредитными организациями, устанавливается ими самими. Иначе обстоит дело с информацией, которую к банковской тайне отнес законодатель. Закон содержит исчерпывающее, не подлежащее расширительному толкованию изложение оснований получения сведений, составляющих банковскую тайну.

Справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, выдаются кредитной органи-

зацией им самим, судам и арбитражным судам (судьям), Счетной палате РФ, органам государственной налоговой службы и налоговой полиции, таможенным органам Российской Федерации в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности, а при наличии согласия прокурора — органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Например, согласно ст. 31 Федерального закона от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ Агентство по страхованию вкладов обязано предоставить ставшую ему известной информацию об операциях банка, в отношении которого наступил страховой случай, по счетам и вкладам, о его финансовом состоянии, а также иную информацию, являющуюся коммерческой и банковской тайной указанного банка, по запросу суда, а также Банка России.

Справки по счетам и вкладам физических лиц выдаются кредитной организацией им самим, судам, а при наличии согласия прокурора — органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Справки по счетам и вкладам в случае смерти их владельцев выдаются кредитной организацией лицам, указанным владельцем счета или вклада в сделанном кредитной организацией завещательном распоряжении, нотариальным конторам по находящимся в их производстве наследственным делам о вкладах умерших вкладчиков, а в отношении счетов иностранных граждан — иностранным консульским учреждениям.

4. Между Банком России, банковскими и небанковскими кредитными организациями как входящими в единую банковскую систему Российской Федерации постоянно циркулирует поток самой разнообразной информации. При этом Банк России не вправе разглашать сведения о счетах, вкладах, а также сведения о конкретных сделках и об операциях из отчетов кредитных организаций, полученные им в результате исполнения лицензионных, надзорных и контрольных функций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами. В частности, выполняя функцию банковского регулирования и надзора, Банк России имеет право запрашивать и получать у кредитных организаций необходимую информацию об их деятельности, требовать разъяснения по полученной информации. Поступившие от кредитных организаций данные по конкретным операциям не подлежат разглашению без согласия соот-

ветствующей кредитной организации, опять же за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Деятельность Банка России и кредитных организаций подлежит ежегодной проверке аудиторской организацией (фирмой). Аудиторские организации не вправе раскрывать третьим лицам сведения об операциях, о счетах и вкладах кредитных организаций, их клиентов и корреспондентов, полученные в ходе проводимых ими проверок, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами. Например, Банк России обязан в соответствии с заключенным с аудиторской фирмой договором представлять отчетность и информацию, необходимые для проведения аудиторской проверки. Договор об аудите должен предусматривать объем передаваемой аудиторской фирме информации, а также ее ответственность за передачу полученной информации третьим лицам.

Последствия разглашения банковской тайны сходны с теми, что наступают при разглашении служебной и коммерческой тайны. Банк России, кредитные, аудиторские и иные организации, а также их должностные лица и их работники несут ответственность в порядке, установленном федеральным законом. Гражданско-правовая ответственность выражается в применении способов защиты гражданских прав, предусмотренных ст. 12 ГК РФ. Прежде всего эта ответственность состоит в возмещении Банком России, другими организациями и их служащими убытков, причиненных клиентам разглашением банковской тайны.

5. Деятельность Банка России, банковских и небанковских кредитных организаций не является полностью закрытой банковской тайной. *Секретность распространяется на банковские сделки и некоторые другие банковские правоотношения, остальная же их деятельность открыта.* Банк России ежемесячно публикует свой баланс, данные о денежном обращении, включая динамику и структуру денежной массы, обобщенные данные о своих операциях. Ежегодно не позднее 15 мая представляет Государственной Думе РФ годовой отчет, в том числе аудиторское заключение по нему. Годовой отчет после принятия по нему решения Государственной Думой публикуется, причем не позднее 15 июля года, следующего за отчетным. Кредитная организация публикует в открытой печати годовой отчет (включая бухгалтерский баланс и отчет о прибылях и убытках) в форме и сроки, которые устанавливаются Банком России, после подтверждения его достоверности аудиторской организацией.

Тема 13

ИНВЕСТИЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

§ 1. Инвестиции и инвестиционная деятельность: понятие и значение. § 2. Нормативно-правовая основа инвестиционной деятельности. § 3. Особенности инвестиционного правоотношения. § 4. Инвестиционная деятельность государства

§ 1. Инвестиции и инвестиционная деятельность: понятие и значение

1. Инвестиции — ключевое понятие проблематики, охватываемой темой 13. Инвестиции уходят далеко в глубь истории общества и государства. Независимо от того, как они назывались, инвестиции сопутствуют человеку со времени его становления в качестве homo sapiens. Только благодаря им обеспечивается поддержание жизнедеятельности общества и развитие всех его сфер. Самое главное свойство общественных отношений по поводу инвестиций — их объективный характер. Потребность в инвестициях возникает независимо от воли и сознания людей по мере осознания ими своих интересов. Инвестиции требовались для устройства жилищ, создания охотничьего снаряжения, других условий выживания. Государство включилось в инвестиционные отношения с момента своего появления. В древности с участием государственных инвестиций шло строительство мелиоративных систем, велась борьба с эпидемиями, выполнялись иные «общие дела».

Исторический прогресс проявляется в формировании у людей и их общностей все новых, неизвестных ранее, более сложных и разнообразных потребностей, для удовлетворения которых требуются столь же новые, сложные и разнообразные объекты для инвестиций. Сказанное особенно характерно для нашего времени, начала XXI в. — лет, отличающихся крупными прорывами в науке, технике, технологиях и нередко называемых временем научно-технической революции. Все: дома, заводы, машины и т. д. — нуждается в постоянной модернизации, замене старого на более совершенное новое... Объектив-

ное движение инвестиций со свойственной им многогранностью объективно и зримо показывает основные направления развития общества и государства, служит материальной гарантией именно такого развития. Столь ответственное назначение инвестиций требует постоянного совершенствования механизма их правового регулирования.

В современной России роль инвестиций и государства в регулировании инвестиционных отношений резко возрастает, что детерминировано рядом факторов. Во-первых, наше общество переживает переходный период от централизованно регулируемой к рыночной экономике. Прежние инвестиционные институты, имевшиеся при советской власти, оказались разрушенными, формирование же и утверждение новых невозможно без соответствующих усилий со стороны государства. Во-вторых, из года в год по всем отраслям промышленности возрастает степень износа основных фондов, составляющих производственную базу могущества государства и благосостояния граждан. Если в 1990 г. их износ составлял 46,4%, то в 2002 г. — уже 52,9%. По отдельным отраслям промышленности износ основных фондов достиг 70%. Средний возраст основных мощностей промышленности превысил 20 лет. Устаревает, оставаясь без обновления, техника, в том числе военная. Устранить эту глобальную для общества угрозу, снижающую конкурентно- и обороноспособность страны, возможно лишь путем интенсивного наращивания инвестиций в промышленность, в поставки товаров, выполнение работ для государственных нужд. В-третьих, растет материальное расслоение населения. Преодоление сложившейся ситуации, способной вызвать социальный взрыв, опять-таки возможно только посредством увеличения инвестиций в социальную сферу — в строительство и реконструкцию жилья, в образование и здравоохранение. О необходимости создать условия для повышения в стране инвестиционной активности говорил Президент РФ в Послании 2005 г.

2. Термин «инвестиции» сложен и универсален, употребляется многими общественными науками, прежде всего экономическими и юридическими, используется во многих нормативных правовых актах. Его востребованность наукой и практикой обусловлена тем, что происходящие в обществе процессы для

См.: Российский статистический ежегодник. М., 2003. С. 353.

их функционирования и развития нуждаются в постоянной материально-финансовой поддержке. Различные формы проявления такой поддержки и охватываются этим термином. Однако, несмотря на «вечность» термина, понятие инвестиций не одинаково трактуется и отечественными¹, и зарубежными² учеными.

Далеко не совпадают также легальные определения инвестиций. Они приведены в четырех нормативных правовых актах, специально посвященных инвестициям: двух законах, регулирующих инвестиции внутри страны, — Законе РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»³ (далее — Закон РСФСР 1991 г. об инвестиционной деятельности) и Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»⁴ (далее — Федеральный закон 1999 г. об инвестиционной деятельности), а также в Федеральном законе от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»⁵ (далее — Федеральный закон 1999 г. об иностранных инвестициях) и одном акте международного права — Конвенции о защите прав инвестора, подписанной в Москве 28 марта 1997 г.⁶ всеми странами СНГ (далее — Конвенция 1997 г.).

3. Понятие инвестиций образуют *четыре составляющие*. *Первая* показывает, что может выступать в качестве инвестиций. Конкретный набор в различных актах предлагается неодинаковый. Например, денежные средства, ценные бумаги, иное

¹ См., например: *Бочаров В., Попова Р.* Финансово-кредитный механизм регулирования инвестиционных отношений. СПб., 1993. С. 24; *Иванов Г. И.* Инвестиции: сущность, виды, механизмы функционирования. Ростов н/Д, 2002. С. 24.

² См., например: *Кейнс Дж.* Общая теория занятости, процента и денег. М., 1978. С. 117; *Гитман Л. Дж., Джонк М. Д.* Основы инвестирования. Пер. с англ. М., 1997. С. 10.

³ Ведомости РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 15-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 167.

⁴ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ // Российская газета. 2006. 23 дек.

⁵ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 3 июня 2006 г. № 75-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2382.

⁶ Вестник ВАС РФ. 1997. № 8.

имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку (ст. 1 Федерального закона 1999 г. об инвестиционной деятельности); финансовые и материальные средства, а также переданные права на имущественную и интеллектуальную собственность (ст. 1 Конвенции 1997 г.). В целом сопоставление норм инвестиционного и гражданского законодательства показывает: в качестве инвестиций могут выступать любые объекты гражданских прав (см. тему 5), имеющие денежную оценку. Объекты гражданских прав, не поддающиеся выражению в денежном эквиваленте, не могут приобрести и качество инвестиций. Таковы указанные в ст. 150 ГК РФ нематериальные блага.

Вторая составляющая понятия инвестиций — их назначение, т. е. куда инвестиции адресуются. Такими адресатами называют: Закон РСФСР 1991 г. об инвестиционной деятельности и Федеральный закон 1999 г. об инвестиционной деятельности — объекты предпринимательской и (или) иной деятельности; Федеральный закон 1999 г. об иностранных инвестициях — объекты предпринимательской деятельности; Конвенция 1997 г. — различные объекты деятельности. Как мы видим, в первых трех актах внимание обращено на один объект — относящийся к предпринимательской деятельности. Но ведь инвестиции вкладываются не только в эти объекты, но и в иные, имеющие подчас значительно большую общественную и государственную значимость.

Неудачной представляется норма Федерального закона 1999 г. об иностранных инвестициях, ограничивающая инвестиции лишь объектами предпринимательской деятельности. Ведь крупные инвестиции иностранные организации, иностранные граждане, международные организации вкладывают не только в объекты предпринимательской деятельности, но и, например, в учреждения науки, образования, культуры, здравоохранения. И разве подобные инвестиции не заслуживают поддержки законодателя?

Наиболее верное решение данная проблема получила в Конвенции 1997 г., назвавшей адресатами инвестиций «различные объекты деятельности», а более точно можно сказать: «в любые не носящие противоправного характера объекты деятельности».

Третья составляющая понятия инвестиций — их цель. В анализируемых нормативных актах формулировки цели также полностью не совпадают. Наиболее четко цель показана в

Федеральном законе 1999 г. об инвестиционной деятельности — получение прибыли и (или) достижение иного полезного эффекта¹. Следует обратить внимание на то, что вложение инвестиций не обязательно должно быть направлено на извлечение прибыли. Целью может быть достижение и иного полезного социального эффекта (см. об этом подробнее § 3 настоящей темы).

Четвертая составляющая понятия инвестиций — момент, когда ценность приобретает качество инвестиции. Объекты гражданских прав, способные стать инвестициями, находятся в различном правовом положении: могут быть ничем не обремененными и тратиться на любые нужды — личное потребление и т. д., а могут заранее предназначаться для определенных нужд. Так, в числе фондов многих коммерческих и некоммерческих организаций важное место занимают фонды инвестиционные, в частности амортизационный, расширенного воспроизводства, инновационный. Факт зачисления ценностей в соответствующий фонд и означает момент приобретения ими качества инвестиций. Целесообразно во всех случаях качеством инвестиций заблаговременно наделять ценности, предназначенные для этих целей, с тем чтобы они получали особый статус, повышенную защиту — имели, например, льготное налогообложение, были прозрачными, т. е. известными заинтересованным лицам, и не тратились на другие нужды, не «проедались».

Обобщая рассмотренные четыре составляющие понятия инвестиций, последние можно определить **как имеющие денежную оценку объекты гражданских прав, предназначенные (выделенные) для внесения в любой не носящий противоправного характера объект деятельности в целях получения положительного социального эффекта.**

4. Инвестиционная деятельность в п. 2 ст. 1 Закона РСФСР 1991 г. об инвестиционной деятельности определяется как «вложение инвестиций, или инвестирование, и совокупность практических действий по реализации инвестиций». Сходно и определение, приводимое в ст. 1 Федерального закона 1999 г. об инвестиционной деятельности: «инвестиционная деятельность — вложение инвестиций и осуществление практических

¹ Эффект есть действие, производимое чем-нибудь, следствие чего-нибудь (см.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1986. С. 792).

действий...» Ни одно определение, однако, не передает свойственную инвестиционной деятельности последовательность совершаемых акций, без чего это понятие во многом лишается практической значимости. Наиболее полное и практически ценное представление об инвестиционной деятельности дает ее трактовка как инвестиционного процесса (об этом см. ниже п. 2 § 3 настоящей темы).

§ 2. Нормативно-правовая основа инвестиционной деятельности

1. В научной литературе высказана точка зрения о существовании особой отрасли права — инвестиционного как «совокупности юридических норм, регулирующих инвестиционные отношения»¹, что вызывает возражения.

Проблема членения системы права на отрасли рассматривалась при определении предпринимательского права (п. 8 § 2 темы 3). Отрасль права есть система органично связанных между собой норм, регулирующих самостоятельную качественно своеобразную сферу общественных отношений с помощью присущего ей специфического метода. Нормы права, регулирующие инвестиционную деятельность, таким требованиям не отвечают, и ее нормативно-правовую основу составляет не отдельная отрасль права, а инвестиционное законодательство — законы и подзаконные акты. Остановимся лишь на законах.

Массив законов, регулирующих инвестиционную деятельность, включает многие сотни актов, и первым условием пользования ими является знание его структуры. Массив законов можно классифицировать по различным критериям. С учетом федеративного устройства нашего государства законы четко делятся на федеральные и законы субъектов Российской Федерации. Инвестиционные законы (называются они по-разному, но сходны по содержанию) приняты всеми субъектами Федерации. Например, Закон Республики Коми, принятый Верховным Советом Республики 25 января 1995 г., называется «О привлечении инвестиций в экономику Республики Коми», а Закон, принятый 24 августа 1995 г. Государственной Думой Ставропольского края, — «Об инвестиционной политике в Ставропольском крае».

Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 52.

Федеральные законы, в которых есть нормы права, регулирующие инвестиционную деятельность, подразделяются на две группы. В первую входят те, которые рассчитаны только на регулирование инвестиционной деятельности. Они названы выше в § 1 настоящей темы. Вторую группу составляют законы, куда нормы, регулирующие инвестиционную деятельность, включаются наряду с нормами, регулирующими иные общественные отношения. Примерами могут служить федеральные законы: от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции», от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹, от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»². Перечислять их все нет смысла. Практически ни одно общественное отношение не может функционировать, а тем более развиваться без постоянной подпитки инвестициями. Соответственно, подавляющее большинство законов имеет нормы, регулирующие инвестиции.

2. Естественно, основную роль в регулировании инвестиционной деятельности играют входящие в первую классификационную группу специальные инвестиционные законы. Именно в них прежде всего пытаются найти субъекты инвестиционной деятельности ответы на возникающие у них вопросы, что сделать подчас не просто ввиду отсутствия единства этих законов.

Во-первых, разными законами регулируются инвестиции отечественные и иностранные, хотя иностранные инвестиции полностью обособлены, лишь находясь за рубежом. После пересечения таможенной границы Российской Федерации они, как правило, продолжают движение, реально инвестируются в какие-то объекты деятельности на территории России наряду с отечественными инвестициями. И потому законодательное регулирование инвестиционной деятельности, начиная с понятийного аппарата, призвано максимально способствовать сближению, интеграции отечественных и иностранных инвестиций, для чего необходим единый сбалансированный правовой механизм, наглядно, в сравнении показывающий общее и особен-

¹ СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 216-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1. Ч. 1. Ст. 42.

² СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 15 апреля 2006 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 17. Ч. 1. Ст. 1780.

ное в правовом регулировании отечественных и иностранных инвестиций.

Во-вторых, определенные трудности вызывает и то обстоятельство, что разными законами регулируются отдельные формы отечественной инвестиционной деятельности, в частности капитальные вложения. Ведь одни и те же субъекты нередко осуществляют многообразную инвестиционную деятельность, подпадающую одновременно под различные законы, что порождает искусственные бюрократические трудности в практике инвестирования, в поиске ответа на вопрос, каким же все-таки законом надо руководствоваться в сложившейся ситуации.

В-третьих, в Федеральном законе 1999 г. об инвестиционной деятельности предпринята попытка решить вопрос о его соотношении с более общим актом — Законом РСФСР 1991 г. об инвестиционной деятельности. Указано, что последний «утрачивает силу в части норм, противоречащих настоящему Закону» (ст. 21). В каких положениях Закона РСФСР 1991 г. об инвестиционной деятельности следует искать противоречия, и в чем они хотя бы ориентировочно могут состоять, в Федеральном законе 1999 г. об инвестиционной деятельности не говорится. По правилам законодательной техники следовало при разработке проекта названного федерального закона одновременно подготовить и законопроект о признании утратившими силу конкретных норм Закона РСФСР 1991 г. ввиду их противоречия новому федеральному закону. Сделать это надо было хотя бы из-за того, что реализация самого Федерального закона 1999 г. усложнена. Насчитывая 20 с небольшим статей, он содержит более 50 ссылок на другие нормативные акты. Лишь в нескольких из них назван конкретный закон — ГК РФ. Пять статей (10, 13, 16, 17, 18), по сути, не содержат никаких иных сведений, кроме отсылок к безымянному российскому законодательству. При этом нигде даже косвенно не говорится о том, что имеется в виду под «законодательством», хотя понятие это многозначное и весьма расплывчатое.

Вывод очевиден: инвестиционное законодательство нуждается в неотложной кодификации, создании единого обновленного федерального закона, например Инвестиционного кодекса РФ¹. Пока же российскими законами об инвестиционной

¹ Подобные кодексы некоторые страны уже приняли. Например, Инвестиционный кодекс осенью 2001 г. начал действовать в Республике Беларусь. Состоит он из 6 разделов и 18 глав, объединяющих 105 статей.

деятельности надо пользоваться предельно внимательно, тщательно изучая и сопоставляя его нормы. Предупредить возможные ошибки в реализации этих законов поможет информация, содержащаяся в следующих двух параграфах данной темы.

§ 3. Особенности инвестиционного правоотношения

1. Урегулированная нормами права инвестиционная деятельность проявляется в правовых отношениях, в состав которых входят все присущие каждому отдельному правоотношению элементы: субъекты — стороны (участники) правоотношения; объект — то, по поводу чего правоотношение возникает; содержание, включающее права и обязанности сторон.

Главный среди них, наиболее ярко отражающий особенности инвестиционного правоотношения, — его *объект*. Объекты инвестиционного правоотношения тесно связаны с инвестициями: инвестиции вкладываются именно в них. Специфика объектов состоит в том, что они представляют собой объекты инвестиционной деятельности. Последние в законах об инвестиционной деятельности характеризуются как вновь создаваемые и модернизируемые основные фонды и оборотные средства во всех отраслях народного хозяйства страны (1991 г.), различные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества (1999 г.).

Для более четкого очерчивания круга объектов инвестиционного правоотношения, в частности недопущения их смешивания с объектами иных правоотношений, надо учитывать два момента. Во-первых, ключевым понятием здесь являются объекты инвестиционной деятельности — предметы внешнего мира, на которые осуществляется воздействие трудом. Именно они придают правовому отношению качество инвестиционного. Важно особо отметить, что непосредственно сами объекты инвестиционной деятельности не служат средством личного потребления, предметы потребления можно получить лишь в результате приложения к ним труда. Во-вторых, ни в коем случае не могут входить в круг объектов инвестиционного правоотношения те, создание и использование которых не соответствует российскому законодательству, утвержденным в установленном порядке нормам и правилам (экологическим,

санитарно-гигиеническим и др.), способно нанести ущерб охраняемым законом правам и интересам граждан, юридических лиц и государства.

Субъектами инвестиционного правоотношения в состоянии стать любые субъекты гражданского права — физические и юридические лица, в том числе иностранные, а также государства и международные организации. Они при этом могут выступать в различном качестве, в частности быть: *инвесторами*, т. е. теми, кто осуществляет вложение собственных, заемных или привлеченных средств в форме инвестиций и обеспечивает их целевое использование; *заказчиками* — теми, кто осуществляет реализацию инвестиционных проектов; *подрядчиками* — теми, кто выполняет работы по договору подряда и (или) государственному контракту, заключенному с заказчиком; *пользователями объектов инвестиционной деятельности* — теми, для кого объект инвестиционной деятельности создается.

Специфика инвестиционных отношений в том, что в одном и том же «инвестиционном деле»¹ могут участвовать, или, другими словами, одновременно осуществлять одну и ту же инвестиционную деятельность, десятки субъектов. Центральная фигура среди них, без которой невозможно инвестиционное отношение, — инвестор.

Особенность инвестора, крайне редкая в практике правового регулирования общественных отношений, в том, что его статус распространяется на всех возможных субъектов проявления инвестиционной деятельности, способен олицетворять какого угодно субъекта этой деятельности, а именно: быть «чистым» инвестором, т. е. только осуществлять вложение средств; одновременно играть вторую роль — выступать заказчиком; одновременно играть третью роль — быть пользователем объектов инвестиционной деятельности и т. д.

Отмеченная особенность статуса инвестора позволила весьма оригинальным образом зафиксировать в законах *содержание инвестиционного правоотношения* — права и обязанности

¹ Под «инвестиционным делом» имеется в виду совокупность практических действий по вложению инвестиций в один и тот же объект деятельности от начала до полного завершения инвестиционного проекта.

субъектов инвестиционной деятельности. В законы об инвестиционной деятельности 1991 г. и 1999 г. включено лишь по одной статье о правах инвесторов (соответственно ст. 5 и 6), имея в виду, что такими же точно правами обладают применительно к своему положению в инвестиционном правоотношении и другие субъекты инвестиционной деятельности, и по одной статье об обязанностях субъектов инвестиционной деятельности (соответственно ст. 6 и 7), имея в виду, что одинаковые обязанности несут все субъекты инвестиционной деятельности независимо от конкретной роли в инвестиционном правоотношении.

Из довольно большого количества норм о правах инвесторов выделим следующие: право контроля за целевым использованием средств, направляемых на капитальные вложения; право объединять собственные и заемные средства со средствами других инвесторов в целях совместного инвестирования. В результате объединения образуется общая долевая собственность, владение, пользование и распоряжение которой осуществляется по соглашению всех ее участников-инвесторов. Споры между ними, возникающие по этому поводу, подлежат разрешению в судебном порядке.

Обязанности субъектов инвестиционной деятельности в законах изложены фрагментарно. Субъекты обязаны: соблюдать нормы и стандарты, порядок установления которых определяется законодательством; выполнять требования государственных органов и должностных лиц, предъявляемые в пределах их компетенции; а в отношении субъектов, выполняющих соответствующие виды работ, закреплена обязанность иметь лицензии или сертификаты на осуществление своей деятельности в соответствии с действующим законодательством.

Что касается ответственности субъектов инвестиционной деятельности, то она не имеет каких-либо существенных особенностей: за допущенные правонарушения они несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

2. Участие в одном инвестиционном деле нескольких субъектов, имеющих в нем свои специфические интересы, неизбежно приводит в ходе реализации инвестиционного проекта к возникновению между ними множества различных правоотношений. И неудачи, имеющие место в инвестиционной деятель-

ности, часто объясняются несогласованностью, разобщенностью, непоследовательностью действий ее субъектов. Достижению здесь должной упорядоченности призван служить инвестиционный процесс. Понятие это использовано в законах об инвестиционной деятельности 1991 г. (п. 1 ст. 2) и 1999 г. (п. 2 ст. 11), но содержательно оно не раскрыто, не показана последовательность действий, совершаемых в рамках процесса, и соответствующих им правоотношений.

В инвестиционном процессе довольно-таки отчетливо прослеживается пять стадий («ступенек»).

1. Выявление потребности в инвестициях, ее обоснование и очерчивание круга получателей инвестиций, разработка инвестиционного проекта.

2. Определение условий инвестирования и поиск заинтересованных субъектов, обладающих необходимыми для этого средствами.

3. Соединение первой и второй стадий путем юридического оформления связей между инвестором и получателем инвестиций, например в форме договора.

4. Контроль заинтересованных лиц за целевым использованием инвестиций их получателем.

5. Анализ результатов инвестирования и выявление новых потребностей в инвестициях.

Пятая стадия, завершая инвестиционный цикл, вместе с тем, как правило, служит началом следующего витка инвестиционного процесса. Процесс завершился, чтобы начаться вновь. Налицо, таким образом, кругооборот инвестиционного процесса, отражающий непрерывность и преемственность инвестиционных правоотношений.

Не каждый субъект инвестиционного правоотношения обязательно бывает участником всех пяти стадий. Эти субъекты в ходе инвестиционной деятельности могут как подключаться к процессу на той или иной стадии, так и, выполнив свою миссию, выходить из процесса.

Сетью договоров пронизаны все инвестиционные отношения. Основной юридической формой, связывающей субъектов любого инвестиционного правоотношения и регулирующей отношения между ними, служит договор и (или) государственный контракт. Заключаются последние в соответствии с нормами ГК РФ (см. об этом тему 8).

§ 4. Инвестиционная деятельность и государство

1. Воздействие государства на инвестиционную деятельность ввиду особой ее важности для граждан, общества и государства более многообразно и конкретно, чем в отношении других видов предпринимательства. В § 1 и 2 настоящей темы показаны усилия государства по изданию законов и заключению международных актов, регулирующих общественные отношения в этой сфере. И многие их нормы направлены на повышение роли государства в развитии инвестиционной деятельности, закрепляют обязанности государства по увеличению ее эффективности. Наиболее ярко подчеркнуты здесь два обстоятельства: повышенная его забота о защите прав инвесторов и активное участие непосредственно самого государства в инвестиционной деятельности.

2. Актуальность защиты прав инвесторов обусловлена прямой зависимостью, существующей между объемом инвестиций, вкладываемых в объекты деятельности, и степенью защиты прав инвесторов. При отсутствии должной защиты потенциальные инвесторы не рискуют вкладывать средства в инвестиции, а при ее ослаблении поток инвестиций уменьшается или прекращается вовсе.

Во многом изложенными причинами объясняется повышенное внимание законодателя к проблеме защиты прав инвесторов. Ей посвящены многие положения нормативных правовых актов, регулирующих инвестиционную деятельность. Их отличает системный подход к решению проблемы, с тем чтобы защитные нормы охватывали все возможные негативные последствия, с которыми может столкнуться инвестор.

Наиболее полно набор гарантий прав инвесторов изложен в Федеральном законе 1999 г. об иностранных инвестициях. Во-первых, государство заинтересовано в привлечении иностранных инвесторов в российскую экономику, для чего им необходима уверенность в том, что они не понесут неоправданных убытков. Во-вторых, названный Федеральный закон принят последним в числе специальных актов высшей юридической силы, регулирующих инвестиционную деятельность. В нем использован опыт защиты прав инвесторов, накопленный при подготовке, фиксировании и реализации норм о защите прав инвесторов в прежних нормативных актах — законах об инвестиционной деятельности 1991 г. (гл. IV «Гарантии прав субъ-

ектов инвестиционной деятельности и защита инвестиций») и 1999 г. (гл. IV «Государственные гарантии прав субъектов инвестиционной деятельности и защита капитальных вложений»), Конвенции 1997 г., которая так и называется — о защите прав инвестора, Законе РСФСР от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР», на смену которому и пришел Федеральный закон 1999 г. об иностранных инвестициях.

Защита прав инвесторов в Федеральном законе 1999 г. об иностранных инвестициях представлена в виде обеспечиваемых государством гарантий (ст. 5—17): на возмещение в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации убытков, причиненных в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов; на использование различных форм осуществления инвестиций на территории России; перехода прав и обязанностей инвестора другому лицу; компенсации при национализации и реквизиции имущества инвестора; от неблагоприятного для инвестора изменения законодательства Российской Федерации; обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций, и др.

Казалось бы, налицо прочные гарантии, призванные обеспечить права инвесторов. Однако социологические исследования, проведенные за последние годы среди отечественных и иностранных инвесторов, показывают примерно одну и ту же картину. Инвесторы еще не чувствуют себя в безопасности вследствие главным образом двух негативных факторов: распространенных среди государственных и муниципальных служащих, участвующих в решении вопросов инвестиционной деятельности, взяточничества, злоупотреблений и иных коррупционных проявлений; необъективности судов, которые не стали в полной мере независимыми и не всегда обеспечивают законное и справедливое применение правовых норм, регулирующих инвестиционную деятельность.

3. В нашей стране последовательно воплощается в жизнь конституционное положение о многообразии форм собственности, в результате чего растет негосударственный сектор во всех сферах народного хозяйства. Это, однако, не снижает значения инвестиционной деятельности непосредственно самого государства, использования инвестиционных возможностей государственной собственности. Негосударственные, включая ча-

стные, инвестиции идут в основном туда, где они получают быструю и максимально большую отдачу при минимальном риске каких-либо потерь для инвесторов. Как следствие, государство вынуждено, в частности, рискованные инвестиции и инвестиции, рассчитанные на длительный срок их окупаемости при еще более отдаленной перспективе получения стабильных доходов, брать на себя. Вовлечение государственных ресурсов в инвестиционный процесс объективно детерминируется также необходимостью выполнения государством свойственных ему социальных функций.

В качестве инвестиций государство оперирует теми же объектами гражданских прав, что и иные инвесторы. Но оно располагает и источником, которого нет ни у каких других инвесторов, — бюджетом (федеральным и бюджетами субъектов Российской Федерации). Ниже речь пойдет о федеральном бюджете. Средства бюджета рассчитаны на удовлетворение различных потребностей, возникающих при выполнении задач и функций государства.

Участие государства в инвестиционной деятельности путем привлечения федерального бюджета прослеживается по нескольким направлениям.

А. С их помощью государство прямо и непосредственно само выступает инвестором. Этот вид его инвестиционной деятельности наряду с рассмотренными выше специальными инвестиционными законами (см., например, п. 2 ст. 11 Федерального закона 1999 г. об инвестиционной деятельности) регулируется БК РФ. Отдельные статьи Кодекса устанавливают правила расходования государственных средств на финансирование бюджетных инвестиций, проведения финансового контроля и проверки получателей бюджетных инвестиций (см., например, ст. 79, 268).

В соответствии с БК РФ готовятся федеральные законы, которые принимаются в конце каждого текущего года и которыми утверждается федеральный бюджет на очередной финансовый год, где и выделяются конкретные государственные средства на инвестиции. Здесь действует принцип адресности и целевого характера бюджетных средств. Любые акции, приводящие к нарушению адресности предусмотренных бюджетом средств либо к направлению их на цели, не обозначенные в бюджете при выделении конкретных сумм средств, являются нарушением бюджетного законодательства Российской Федерации.

Полномочия федеральных органов исполнительной власти по использованию бюджетных средств, предназначенных для инвестиций, установлены положениями о них. Особо значимы здесь роль министерств финансов и экономического развития и торговли. Согласно Положению о Минэкономразвития России, Министерство осуществляет функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере инвестиционной деятельности, по формированию межгосударственных и федеральных целевых программ, вносит предложения о распределении объема государственных капитальных вложений по государственным заказчикам в соответствии с основными параметрами федерального бюджета на очередной год, обобщает практику применения законодательства Российской Федерации и проводит анализ реализации государственной политики в инвестиционной сфере.

Б. Государством увеличиваются суммы и расширяются зоны использования бюджетных средств в лизинговых отношениях, носящих полностью инвестиционный характер (назовем это бюджетным лизингом). По договору финансовой аренды (договору лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей (ст. 665 ГК РФ).

Лизинг, имеющий многовековую историю, в отечественном предпринимательстве стал применяться как официально признанный институт с середины 90-х гг. XX в. Первым нормативным актом был Указ Президента РФ от 17 сентября 1994 г. № 1929 «О развитии финансового лизинга в инвестиционной деятельности»¹ (утратил силу). В части второй ГК РФ (гл. 34 «Аренда») ему посвящен отдельный § 6 «Финансовая аренда (лизинг)». В феврале 1998 г. Россия присоединилась к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге². Осенью 1998 г. вступил в силу Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»³.

¹ Российская газета. 1994. 12 сент.

² См.: Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 16-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 787.

³ СЗ РФ. 1998. №44. Ст. 5394; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 130-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. 4.1. Ст. 3429.

Благодаря своим преимуществам по сравнению с другими формами финансирования предпринимательства лизинг получил быстрое распространение, в лизинговые отношения с самого начала стало активно включаться, опираясь на свой бюджет, государство. Еще в федеральном бюджете на 1994 г. предусматривалось финансирование лизингового фонда продажи техники производителям сельскохозяйственной продукции. Позднее была создана государственная агропромышленная компания ОАО «Росагролизинг», которой особой строкой в бюджете выделяются многомиллиардные суммы на лизинговые операции по оказанию финансовой помощи хозяйствующим субъектам, занятым в агропромышленном комплексе.

В последние годы бюджетный лизинг внедряется и в другие отрасли народного хозяйства, в частности в такую сложную капиталоемкую и затратную сферу экономики, как гражданская авиация, где он призван помочь в преодолении регресса, наметившегося в отечественном авиастроении.

В. Государство предоставляет на конкурсной основе за счет бюджетных средств свои гарантии на инвестиционные проекты. Бюджетные средства на конкурсной основе могут выделяться также для финансирования самих инвестиционных проектов. Осуществляется такое финансирование только на условиях возвратности, платности и срочности.

Г. Государство проводит курс на повышение эффективности использования федерального бюджета в инвестиционных целях путем сближения бюджетных и негосударственных средств в ходе инвестирования в объекты деятельности, в которых заинтересовано государство. Государство с помощью бюджета поощряет нужные ему инвестиции со стороны частного капитала таким образом, что частные инвестиции вкладываются в определенные объекты деятельности совместно с бюджетными средствами. При этом используются те же формы взаимодействия, которые рассмотрены в § 3 темы 9.

Д. Россия обладает огромным инвестиционным потенциалом, что обусловлено усилиями общества и государства по развитию рынка, экономической и социальной сфер, борьбе с инфляцией, повышению рубля до уровня одной из резервных валют. В структуре федерального бюджета образован Инвестиционный фонд, объем которого по бюджету на 2007 г. намечается около 200 млрд руб. Постановлением Правительства РФ

от 23 ноября 2005 г. № 694 утверждено Положение об Инвестиционном фонде Российской Федерации¹, определившее порядок формирования Фонда, формы, механизмы и условия предоставления государственной поддержки за счет его средств для реализации инвестиционных проектов, этапы и процедуры отбора последних. Среди критериев отбора инвестиционного проекта выделены, в частности: его общегосударственное значение и обоснование невозможности реализации без государственной поддержки, сметная стоимость — не менее 5 млрд руб. и осуществление на условиях государственно-частного партнерства, т. е. наличие коммерческой организации, подтвердившей готовность к участию в инвестиционном проекте. В уже отобранных проектах соотношение величин средств Инвестиционного фонда и частного капитала различно. Например, на строительство трех нефтеперерабатывающих заводов в Татарстане стоимостью 130 млрд руб. из Инвестиционного фонда выделено 16,5 млрд руб.

Разработка приоритетных национальных программ, постоянный действенный контроль Президента РФ, Федерального Собрания, Правительства РФ за их осуществлением делают прогнозируемым будущее России на длительную историческую перспективу. Как следствие, страна приобретает все большую привлекательность для инвесторов — отечественных и иностранных. В 2005 г. прирост инвестиций составил 40%. Инвестиционная деятельность предпринимателей всех организационно-правовых форм будет тем успешнее, чем более совершенными станут инвестиционное законодательство и практика его реализации.

¹ СЗ РФ. 2005. № 48. Ст. 5043; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 24 августа 2006 г. № 516 // СЗ РФ. 2006. № 35. Ст. 3762.

Тема 14

ФИНАНСОВО-ПРОМЫШЛЕННЫЕ ГРУППЫ

§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа. § 2. Создание и ликвидация финансово-промышленных групп. § 3. Управление деятельностью финансово-промышленных групп. § 4. Финансово-промышленные группы и государство

§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа

1. Понятие и значение финансово-промышленной группы объясняются уже самим словосочетанием, давшем ей название и отражающим соответствующие объективные экономические реальности. **Финансово-промышленная группа есть форма организационного объединения возможностей общества и государства для решения задач особой важности — промышленных, социальных, оборонных и др.** Достигается это путем интеграции производства и финансов на основе новейших достижений науки и техники. Концентрация в одно целое кадровых, материальных, денежных и интеллектуальных ресурсов и направление их объединенной мощи на достижение определенной цели, как правило, надежно и быстро приводят к прогнозируемому результату. Не случайно финансово-промышленные группы иногда называют «локомотивом прогресса», «стержнем экономики». Они менее болезненно, по сравнению с хозяйствующими субъектами-одиночками, пережили потрясения, вызванные августовским дефолтом 1998 г. Финансово-промышленными группами будет определяться и будущее российского народного хозяйства. Они одновременно служат и источником, и средством экономического роста.

2. Нынешние отечественные финансово-промышленные группы имеют дальних предшественников в российской истории и мировой экономической практике. В XIX — начале XX в. российские банкиры, промышленники и купцы нередко оказывали целенаправленную финансовую помощь отечественным ученым, тем самым фактически интегрируя производство, денежные средства и науку. Без их помощи вряд ли состоялись

бы такие выдающиеся ученые, как В. И. Вернадский, Н. Е. Жуковский, Д. И. Менделеев, И. П. Павлов, К. А. Тимирязев, К. Э. Циолковский. В годы советской власти освоение космоса и нефтегазоносных территорий, крупнейшие прорывы в науке, технике и укреплении обороноспособности страны, с которыми ассоциируются, в частности, имена И. В. Курчатова и С. П. Королева, были совершены именно благодаря одновременному сосредоточению и организационному объединению на избранных направлениях усилий промышленности и ученых при надлежащем финансировании. В СССР формы подобного объединения не назывались финансово-промышленными группами, но на деле были таковыми. Финансово-промышленные группы позволили ФРГ, Италии, Франции, Японии после окончания Второй мировой войны в короткие сроки восстановить разрушенную экономику и добиться ее стабильного роста.

Особое значение финансово-промышленных групп в современной России детерминируется следующими факторами. На первое место среди них следует поставить слом советской государственной машины, *изменение политической системы общества в целом*. Ранее, когда действовало командно-бюрократическое управление с элементами огосударствления правящей партии и общественных организаций, интегрирующую роль выполняли государственные хозяйственные структуры, в первую очередь главки министерств. С конца 70-х — начала 80-х гг. XX в. стали интенсивно создаваться промышленные, производственные и научно-производственные объединения. Сейчас государственная управленческая вертикаль разрушена. Ее эффективным «заменителем» и становятся финансово-промышленные группы, но действующие не на административных началах, а на принципах рыночной экономики.

Далее, внедрение *в экономическую и социальную сферы* различных форм собственности. Ранее имела единственная форма собственности — социалистическая при подавляющем господстве в ней государственной собственности. Социалистические предприятия, финансовые и научные организации были лишены экономической самостоятельности и возможности самим выбирать выгодные формы хозяйствования. Все за них решали вышестоящие государственные органы. Теперь положение качественно иное: сложилось гарантированное Конституцией РФ многообразие форм собственности, функционируют миллионы юридических лиц различных организационно-пра-

новых форм, которым предоставлены свобода экономической деятельности, возможность работать автономно, независимо ни от кого. Но отмеченные процессы привели и к некоторым негативным последствиям, породили изоляцию хозяйствующих субъектов, вызвали разрыв экономических связей, которые прежде устанавливались и поддерживались государственными органами. Резко снизилась экономическая роль государства. Для государства и самих предпринимателей становится все более очевидным, что хозяйствующие субъекты не в состоянии в одиночку, без прочных контактов между собой и поддержки государственных органов, решить ни одну серьезную проблему, успешно выдержать конкуренцию на внутреннем и международном рынках. Как следствие, и государство, и предприниматели оказались объективно заинтересованными в наличии объединений типа финансово-промышленных групп.

Финансово-промышленные группы компенсируют и недостатки экономического развития, вызванные интенсивным созданием малых предприятий. При всем значении малого предпринимательства нельзя, однако, не замечать их низкой эффективности. Так, выработка на одного работника в строительстве и промышленности здесь в 1,5–2 раза ниже, чем в крупных организациях. Малым предприятиям не под силу обеспечивать научно-технический прогресс, осуществлять масштабные хозяйственные проекты. Деловые же контакты с финансово-промышленными группами позволяют им осваивать новейшие технику и технологию, передовые приемы организации труда, иметь надежный рынок сбыта своих товаров.

Еще одна причина кроется в *формирующейся российской банковской системе*. Многие коммерческие банки, возникшие на волне экономических реформ и накопившие значительные денежные средства, ищут теперь надежные каналы их прибыльного использования. Оперирование посредническо-спекулятивным капиталом, когда «деньги делают деньги», теряет былую привлекательность, спрос на этот капитал падает, а в перспективе он вообще может оказаться невостребованным. Естественно, взгляды банкиров-предпринимателей все чаще обращаются в сторону производства, которое, в свою очередь, крайне нуждается в финансовой подпитке. Организационно объединить интересы тех и других способны финансово-промышленные группы.

Наконец, нельзя сбрасывать со счетов *внешнеэкономический фактор*. Существовавшие в масштабе СССР единое экономическое пространство и единый рынок привели к установлению прочных долговременных хозяйственных связей между предприятиями, оказавшимися после распада СССР в разных государствах. Ранее такие предприятия часто подчинялись одним и тем же союзным государственным органам, входили в одни и те же промышленные, производственные или научно-производственные объединения. Далекое не всем им удалось перестроить экономические отношения, наладить деловые контакты с новыми партнерами. Интересам подобных российских хозяйствующих субъектов и хозяйствующих субъектов стран «ближнего зарубежья» также отвечает создание финансово-промышленных групп.

3. Начало формированию нормативно-правовой основы финансово-промышленных групп положил Указ Президента РФ от 5 декабря 1993 г. № 2096 «О создании финансово-промышленных групп в Российской Федерации» (утратил силу), которым было утверждено развернутое Положение о финансово-промышленных группах и порядке их создания. В то время ни одной такой группы в России еще не было. Первые финансово-промышленные группы были зарегистрированы в 1994 г.

Однако опережающее появление нормативно-правовых актов Президента РФ и Правительства РФ имело и некоторые негативные последствия. Принимаемые в условиях отсутствия опыта функционирования легитимных финансово-промышленных групп, эти акты были умозрительны, не отражали в полной мере специфику российских экономических отношений, а нередко и препятствовали созданию финансово-промышленных групп, тормозили их естественное развитие и снижали конечный результат деятельности. Утвержденное Указом Президента РФ Положение содержало, например, такие ограничения, как регламентация размеров групп по количеству входящих в них предприятий (не более 20), общей численности работающих на них (не более 100 тыс. человек), доле государственной собственности в объединяемом участниками капитале (не более 25%), величине пакета акций, которым вправе располагать включаемые в группу кредитно-финансовые организации (не более 10%). Не допускалось перекрестное взаимное владение акциями участников финансово-промышленной группы.

Сейчас имевшиеся недостатки преодолены и можно констатировать наличие стройной системы нормативных правовых актов. «Открывают» эту систему акты высшей юридической силы — федеральные законы, подразделяющиеся на две группы. Первую группу составляют те из них, которые прямо и непосредственно адресованы финансово-промышленным группам. Это в первую очередь Федеральный закон от 30 ноября 1995 г. № 190-ФЗ «О финансово-промышленных группах»¹. Он является основой в создании, деятельности и ликвидации финансово-промышленных групп.

Вторую группу составляют законы, которые специально не посвящены финансово-промышленным группам, но касаются их в связи с государственно-правовым воздействием на другие общественные отношения. Так, отношения, вытекающие из участия финансово-промышленных групп в реализации федеральных целевых программ, регулируются законодательством Российской Федерации о федеральных целевых программах. Отношения, вытекающие из участия финансово-промышленных групп в реализации региональных целевых программ, регулируются законодательными актами субъектов РФ.

Следующее место в системной иерархии занимают акты Президента РФ. Первостепенное значение для федеральных государственных органов исполнительной власти, исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, финансово-промышленных групп и всех предпринимателей имеет Указ Президента РФ от 1 апреля 1996 г. № 443 «О мерах по стимулированию создания и деятельности финансово-промышленных групп»². Этим актом был официально отменен Указ от 5 декабря 1993 г. о создании финансово-промышленных групп и введены важные новеллы, развивающие и конкретизирующие Федеральный закон «О финансово-промышленных группах». О них речь пойдет ниже.

Отдельные вопросы создания, деятельности и ликвидации финансово-промышленных групп регулируются нормативными правовыми актами Правительства РФ и нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти. Для правомочий Правительства РФ и иных органов федеральной государственной власти установлено существенное ограниче-

¹ СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4697.

² СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1573; 1998. № 35. Ст. 4381.

ние: они вправе принимать нормативные правовые акты лишь в случаях, установленных Федеральным законом «О финансово-промышленных группах».

В ряду федеральных органов исполнительной власти выделен орган государственной власти, уполномоченный на осуществление специфических полномочий в отношении финансово-промышленных групп. Особенность статуса этого органа состоит в том, что названным Федеральным законом только он один уполномочен на государственное регулирование создания, деятельности и ликвидации финансово-промышленных групп, указанные функции которого являются исключительными.

Какой конкретно государственно-управленческой структуре придать такой статус, решает федеральная исполнительная власть. В ходе неоднократных реорганизаций государственного аппарата соответствующим статусом наделялись различные федеральные органы исполнительной власти (см. об этом третье издание настоящего учебника, с. 434—435). Сейчас этот статус имеет Минэкономразвития России. Далее в тексте темы соответствующее подразделение государственного аппарата будет именоваться полномочным государственным органом.

Нормативно-правовое воздействие на финансово-промышленные группы оказывают также субъекты РФ. Например, постановлением правительства Москвы от 14 июня 1994 г. № 488 решено: одобрить «Основные принципы и подходы в концепции формирования финансово-промышленных групп в Москве»¹ как одну из организационных форм экономического партнерства органов государственной власти с товаропроизводителями, банками и товаропроводящей сетью в целях активизации товарного производства, расширения рынка и восстановления инновационно-инвестиционного процесса; утвердить перечень приоритетных для Москвы направлений деятельности финансово-промышленных групп при их формировании; утвердить формы экономического партнерства органов государственного управления Москвы при создании финансово-промышленных групп, виды льгот и форм стимулирования, предоставляемых правительством Москвы в пределах его компетенции; создать при правительстве Москвы Межведомственную комиссию по содействию организации и рассмотрению предложений по

формированию финансово-промышленных групп (одновременно утверждено Положение о Межведомственной комиссии).

Возможности правового регулирования субъектов РФ четко ограничены двумя правилами. Во-первых, оно может иметь место в пределах предметов ведения и полномочий, предоставленных субъектам РФ Конституцией РФ, конституциями и уставами самих субъектов, а также договорами (естественно, при их наличии), заключенными между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ. Во-вторых, нормативные правовые акты субъектов РФ не должны противоречить федеральному законодательству.

Наконец, свою деятельность регулируют сами финансово-промышленные группы через локальные правовые акты. К числу последних относятся уставы, разрабатываемые и принимаемые участниками финансово-промышленной группы, договор о создании финансово-промышленной группы и другие договоры, заключаемые между ее участниками. Но и для локального нормотворчества установлены существенные ограничения: договорами могут регулироваться только те отношения, которые не урегулированы Федеральным законом «О финансово-промышленных группах», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации и ее субъектов.

Рассмотрение нормативно-правовой основы финансово-промышленных групп приводит к выводу: государство более полно и жестко регулирует все общественные отношения по поводу создания, функционирования и прекращения деятельности финансово-промышленных групп по сравнению с иными объединениями предпринимателей. Такой курс не только целесообразен, но и крайне необходим, исходя из той роли, которую надлежит играть финансово-промышленным группам в настоящем — в преодолении последствий кризиса — и в будущем — в поступательном движении нашей экономики.

4. Уяснение нормативно-правовой основы финансово-промышленных групп позволяет обратиться к содержательному раскрытию юридических составляющих понятия финансово-промышленной группы. Это необходимо сделать тем более, что в научной литературе последнее трактуется подчас не точно — не полно и односторонне. Так, утверждается, что «финансово-промышленная группа есть совокупность юридических лиц, действующих как основное и дочерние общества, полностью или частично объединивших свои материальные и нематериальные ак-

тивы на основе договора о создании финансово-промышленной группы»¹. Верно здесь только то, что финансово-промышленная группа действительно представляет собой совокупность юридических лиц. Но данная совокупность юридически и организационно оформляется в виде двух совершенно различных типов.

Первый тип финансово-промышленных групп составляют юридические лица, действующие как основное и дочерние общества. Такие группы образуются крайне редко. Дело в том, что нынешнее законодательство, определяющее статус и взаимосвязи подобных обществ, создает все необходимые правовые предпосылки для интеграции их усилий на любом участке предпринимательской деятельности. Вспомним, что согласно ст. 105 ГК РФ хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом.

На что нужно сразу обратить внимание в процитированном законоположении? Дочерние организации всегда имеют организационно-правовую форму одного из обществ (с ограниченной или дополнительной ответственностью, акционерного). Основной же организацией бывает не только общество, но и товарищество в любой организационно-правовой форме — полное или на вере (коммандитное). Что касается финансово-промышленной группы, то совокупность ее юридических лиц составляет лишь связку, в которую входят общества. Хозяйственное товарищество не может быть здесь основной организацией. Другими словами, если основным является хозяйственное товарищество, то создавать со своими дочерними обществами финансово-промышленную группу оно не вправе.

Нормы ст. 105 ГК РФ однозначно регулируют также вопросы гражданско-правовой ответственности во взаимоотношениях основного и дочерних обществ. Поэтому создание финансово-промышленных групп первого типа диктуется не интересами внутренних отношений между основным и дочерними обществами, а скорее преимуществами, льготами, которые по

¹ Экономические реформы и инвестиционная политика. М., 1996. С. 176.

действующему законодательству предоставляются финансово-промышленным группам и о которых будет сказано ниже.

Второй тип финансово-промышленных групп есть тоже совокупность юридических лиц. Но соединяются они между собой на принципиально иной юридической базе. Ею служит договор о создании финансово-промышленной группы, по которому юридические лица полностью или частично объединяют свои материальные или нематериальные активы. Этот тип финансово-промышленных групп называется системой участия.

Цели объединения юридических лиц могут быть самыми различными, а именно технологическая или экономическая интеграция для реализации инвестиционных и иных проектов и программ, направленных на повышение конкурентоспособности и расширение рынков сбыта товаров и услуг, повышение эффективности производства, создание новых рабочих мест. Важно с самого начала определить в договоре ясные и конкретные цели, что создает твердую правовую почву для выбора средств достижения целей и обеспечения единства действий в использовании средств на пути к целям.

5. Двум различным типам финансово-промышленных групп соответствуют и особые виды их участников. Не требует дополнительных комментариев первый тип финансово-промышленной группы, участниками которой признаются основное и дочерние общества. Они могут образовывать финансово-промышленную группу уже в силу самого факта их функционирования в таком качестве.

Значительно сложнее обстоит дело с участниками финансово-промышленной группы второго типа. Ими, прежде всего, признаются юридические лица, подписавшие договор о создании финансово-промышленной группы. Однако не любая совокупность юридических лиц, подписавших договор и пожелавших полностью или частично объединить на его условиях свои материальные и нематериальные активы, вправе претендовать на статус финансово-промышленной группы. Потенциальные и действующие участники финансово-промышленной группы подразделяются на два вида. Их условно можно назвать участниками обязательными и инициативными. К *обязательным* относятся юридические лица, без которых закон запрещает создание финансово-промышленной группы. Обязательные участники, в свою очередь, делятся на два подвида: организации, действующие в сфере производства товаров и услуг, и бан-

ки или иные кредитные организации. С сожалением следует констатировать, что в число обязательных участников не включены научно-исследовательские подразделения, что, несомненно, снижает экономический и социальный потенциалы финансово-промышленных групп.

Круг *инициативных* участников, т. е. тех, которые не названы среди обязательных, практически ничем не ограничен. Важно только подчеркнуть, что в состав финансово-промышленной группы могут входить не только коммерческие, но и некоммерческие организации, в том числе иностранные. В частности, участниками финансово-промышленной группы могут быть инвестиционные институты, негосударственные пенсионные и иные фонды, страховые организации, участие которых обусловлено их ролью в обеспечении инвестиционного процесса в финансово-промышленной группе.

Вместе с тем в отношении участников отдельных видов установлены некоторые предварительные условия их вхождения в финансово-промышленные группы. Государственные и муниципальные унитарные предприятия могут быть участниками финансово-промышленной группы в порядке и на условиях, определяемых собственником их имущества. Дочерние хозяйственные общества и предприятия могут входить в состав финансово-промышленной группы только вместе со своим основным обществом (унитарным предприятием-учредителем).

Есть всего только два запрета на участие в финансово-промышленной группе. Первый состоит в том, что в ее состав не могут входить общественные и религиозные организации (объединения). Запрет вызван несовместимостью целей последних с целями финансово-промышленных групп.

Второй запрет распространяется на всех возможных участников финансово-промышленных групп — обязательных и потенциальных: не допускается их вхождение более чем в одну финансово-промышленную группу. Приведенный запрет вызывает почти единодушную критику специалистов — и теоретиков, и практиков. Немотивированным представляется, в частности, запрет в отношении коммерческих банков. Общеизвестно выстраданное веками весьма разумное правило для предпринимателей: «Не кладите яйца в одну корзину». В данном же случае закон предписывает им поступать прямо наоборот, инвестировать свои капиталы только в «одну корзину», именуемую финансово-промышленной группой. Тем самым

увеличивается риск предпринимательской деятельности коммерческих банков и соответственно снижается их интерес организационно связывать себя с какой-то конкретной группой. Кроме того, запрет без видимых причин лишает коммерческий банк, входящий в какую-либо финансово-промышленную группу, возможности вкладывать имеющиеся у него свободные средства в другие финансово-промышленные группы на правах их участников. А это уже противоречит интересам не только самих коммерческих банков, но и искусственно препятствует образованию новых финансово-промышленных групп, развитию предпринимательства в целом.

Своеобразное место среди участников финансово-промышленной группы второго типа занимает ее центральная компания. Такой участник не известен финансово-промышленным группам первого типа, о чем ошибочно утверждается иногда в научной литературе. Там такая отдельная организация просто не нужна. Между основным и дочерними обществами независимо от наличия финансово-промышленной группы происходит постоянный обмен информацией, их контакты опираются на сложившиеся устойчивые правила взаимоотношений, в ходе которых решающее слово остается за основным обществом. Оно, в частности, выполняет и все функции по управлению финансово-промышленной группой в случае создания таковой.

Ничего подобного нет в финансово-промышленной группе второго типа. Ее участники, а их число порой достигает нескольких десятков, до вхождения в одну группу в лучшем случае были связаны гражданско-правовыми договорными отношениями. Не имели они над собой и никаких общих управленческих структур, ни один из участников не обладал полномочием легитимно влиять на деятельность других участников группы. Действующее ныне законодательство не позволяет функции управления общими делами группы передавать одному из ее участников — так называемой головной организации. Все это вполне логично подвело к необходимости иметь в составе участников финансово-промышленной группы особый субъект — центральную компанию. Она учреждается самими юридически-ми лицами, подписавшими договор о создании финансово-промышленной группы, для ведения ее общих дел.

6. Раскрытие правовой природы финансово-промышленных групп требует уяснения их места в классификации хозяйственных организаций, данной ГК РФ. Несомненно коммерческая

природа финансово-промышленных групп: извлечение прибыли составляет основную цель их деятельности. Однако было бы ошибочным на этом основании относить эти группы к коммерческим организациям, искать среди последних подходящую для них организационно-правовую форму. ГК РФ не оперирует понятием «группа» ни применительно к коммерческим, ни к некоммерческим организациям. Следовательно, будучи совокупностью юридических лиц (коммерческих и некоммерческих организаций), сама финансово-промышленная группа как целое юридическим лицом не является, а представляет собой специфический субъект предпринимательства со свойственной только ему структурой управления, внутренних и внешних связей.

7. Финансово-промышленные группы могут быть национальными, т. е. объединяющими только российских юридических лиц, и транснациональными. Статусом транснациональных наделяются финансово-промышленные группы, среди участников которых есть юридические лица, находящиеся под юрисдикцией государств — участников СНГ, имеющие обособленные подразделения на территории указанных государств либо осуществляющие на их территории капитальные вложения. В случае создания транснациональной финансово-промышленной группы на основе межправительственного соглашения ей присваивается статус межгосударственной (международной) финансово-промышленной группы. Особенности создания, деятельности и ликвидации межгосударственной финансово-промышленной группы определяются указанными соглашениями. Для участников межгосударственной финансово-промышленной группы национальный режим устанавливается межправительственными соглашениями на основе взаимности.

§ 2. Создание и ликвидация финансово-промышленных групп

1. Создание финансово-промышленных групп шло нарастающими темпами. Стремление к объединению в финансово-промышленные группы у юридических лиц заметно возросло после принятия Федерального закона «О финансово-промышленных группах», отменившего ограничения, введенные названным Указом Президента РФ от 5 декабря 1993 г. Если на 1 января 1994 г. прошли государственную регистрацию 6, на 1 января 1996 г. — 28, на 1 января 1997 г. — 47, на 1 января

1998 г. — 75, то на 1 января 2000 г. — 87 финансово-промышленных групп. Среди них — около десятка транснациональных и межгосударственных. Активно формируются региональные финансово-промышленные группы, насчитывающие более половины от их общего числа. В состав действующих финансово-промышленных групп входят примерно 2 тыс. юридических лиц различных организационно-правовых форм и форм собственности, в том числе около 180 финансово-кредитных организаций, включая коммерческие банки, страховые компании, инвестиционные институты. Их деятельность охватывает более десятка основных отраслей народного хозяйства: топливно-энергетический комплекс, металлургическую промышленность, машиностроение, приборостроение, легкую промышленность и др. В группах занято более 4 млн работников, на их долю приходится свыше 10% продукции в общем объеме промышленного производства России. Многие заявляют о намерении зарегистрировать себя в качестве финансово-промышленных групп. По оценкам экспертов, в перспективе следует ожидать образования в российской промышленности примерно 150 мощных групп, сопоставимых по размерам с ведущими зарубежными корпоративными объединениями.

В целях содействия созданию и функционированию финансово-промышленных групп в январе 1996 г. создана Ассоциация финансово-промышленных групп России. Основными ее целями являются: содействие созданию и функционированию системы новых жизнеспособных финансово-промышленных структур; выработка общих позиций финансово-промышленных групп и других промышленных, финансовых объединений; участие в выработке законодательных инициатив по принципиальным вопросам жизнедеятельности финансово-промышленных групп и защита их законных интересов и прав; осуществление мероприятий по разрешению проблем выполнения долговых обязательств между хозяйствующими субъектами и увеличению потока привлекаемых финансовых средств инвесторов; содействие органам государственного управления в реализации единой технической политики в области обеспечения качества и конкурентоспособности продукции предприятий финансово-промышленных групп и других членов Ассоциации.

Однако поспешность не всегда желательна, а иногда и влечет отрицательные последствия. Недостаточно внимательный подход к созданию финансово-промышленной группы, пренеб-

режение индивидуальными особенностями объединяющихся участников привели к появлению таких негативных тенденций, как организация объединений без возникновения реальных собственников и экономической заинтересованности в общих производственных и финансовых результатах деятельности; дополнительное изъятие капитала из промышленности в сферу более выгодных краткосрочных операций; усиление монополизации производственной, финансовой и торговой деятельности, завышение цен на конечную продукцию финансово-промышленных групп и др.

Наряду с узаконенными государственной регистрацией действуют неформальные, фактические финансово-промышленные группы, представленные десятками объединений — концернами, холдингами и тому подобными формами интеграции банковского, промышленного и торгового капиталов. Они не имеют официального статуса финансово-промышленной группы. К ним относят, например, «ЛУКОЙЛ» — нефтяной концерн с вертикальной интеграционной структурой: от добычи нефти до ее сбыта. РАО «Газпром» обеспечивает производство и транспортировку около 94% газа, поставляемого российским потребителям, расположенным в зоне единой системы газоснабжения, при сохранении единой, вертикально и горизонтально интегрированной структуры газовой промышленности России. В состав РАО «Газпром» входят в качестве дочерних компаний предприятия, занимающиеся геологоразведкой и бурением скважин, обустройством газовых месторождений, комплектацией и снабжением, машиностроением и приборостроением для нужд газовой промышленности и другими видами деятельности. Такая структура «Газпрома» в условиях экономического спада позволила сохранить стабильность функционирования отрасли, надежное газоснабжение потребителей и поступление крупных экспортных доходов в бюджет страны.

В данной теме речь идет только о формальных, узаконенных финансово-промышленных группах. В нормативно-правовом регулировании просматривается линия на недопущение смешения нормативно-правовой основы финансово-промышленных групп с такой же основой других форм организационного объединения юридических лиц. Например, в письме Госкомимущества от 17 октября 1994 г. № ПМ-35/8814 «О некоторых нормах, регулирующих создание финансово-промышленных групп и холдинговых компаний» подчеркнуто: статус финансово-про-

мышленной группы несовместим со статусом холдинговой компании¹.

2. В настоящее время отчетливо наблюдается встречное движение к созданию финансово-промышленных групп стран, входящих в СНГ. Руководители и предприниматели государств, бывших республик СССР, постепенно убеждаются в том, что транснациональные финансово-промышленные группы — наиболее короткий и эффективный путь к восстановлению существовавших прежде единого экономического пространства и единого рынка. По их общей инициативе формируется международная нормативно-правовая основа учреждения и функционирования транснациональных финансово-промышленных групп. Начало этому процессу положил подписанный 24 сентября 1993 г. главами государств — участников СНГ (кроме Украины) Договор о создании Экономического союза, ст. 12 которого гласит: «Договаривающиеся Стороны содействуют созданию совместных предприятий транснациональных производственных объединений, сети коммерческих и финансово-кредитных учреждений и организаций»². Конкретизируя положения данного Договора, главы правительств всех стран СНГ 15 апреля 1994 г. подписали обширное «Соглашение о содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых и смешанных транснациональных объединений»³.

Обратим внимание лишь на некоторые нормативно-правовые аспекты Соглашения: транснациональные объединения являются юридическими лицами по законодательству государства места их регистрации; статус филиалов (отделений) и представительств транснациональных объединений определяется в учредительных документах в соответствии с законодательством государства местонахождения филиалов (отделений) и представительств; порядок оценки финансовых, материальных ресурсов и имущества, вносимых учредителями в уставный фонд транснациональных объединений, определяется по согласованию между ними; уставный фонд транснациональных объединений формируется на согласованных учредителями условиях путем объединения их финансовых, материальных ресурсов и

¹ См.: Панорама приватизации. 1995. № 2.

² БМД. 1995. № 1. С. 3-11.

³ БМД. 1994. № 10. С. 17-19.

имущества; порядок распределения прибыли и **возмещения** убытков **транснациональных объединений** определяется их учредительными документами; взаимоотношения предприятий, входящих в транснациональные объединения, с соответствующим бюджетом государства их местонахождения определяются законодательством этого государства; **инвестиционная** деятельность транснациональных объединений, включая **деятельность** с привлечением капитала из третьих стран, осуществляется в соответствии с законодательством государства, на территории которого производятся **соответствующие** вложения, и договорами, заключенными между сторонами, о **сотрудничестве** в **области** инвестиционной деятельности и о взаимной защите **инвестиций**.

В 1994—1995 гг. Правительством РФ с правительствами Казахстана, Беларуси, Таджикистана, Украины, Узбекистана и Киргизии заключены двусторонние соглашения об основных принципах создания финансово-промышленных групп. Так, в Соглашении Правительства РФ и Правительства Киргизской Республики об основных принципах создания финансово-промышленных групп перспективными (приоритетными) направлениями создания транснациональных финансово-промышленных групп названы: производство цветных и драгоценных металлов, выпуск комплектующего оборудования для кораблестроения, радиоэлектронное приборостроение.

Однако создание транснациональных финансово-промышленных групп идет крайне медленно. Их не минула укоренившаяся в СНГ недисциплинированность, когда многие сотни соглашений, заключенных его участниками по самым различным вопросам, не реализуются вовсе или **исполнение** идет «черепашьими шагами». Первая транснациональная финансово-промышленная группа с участием частных и государственных структур стран СНГ появилась в 1995 г. Ею стала «Интеррос», созданная на базе российских и казахстанских предприятий¹. Позднее список пополнился всего несколькими **транснациональными** финансово-промышленными группами. В их число входят! «Международные моторы», охватившая 44 крупных российских и украинских предприятия авиастроения; «Нижегород-

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 10 июля 1995 г. №688 «О межгосударственной финансово-промышленной группе «Интеррос» // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2808.

ские автомобили», в которой участвуют предприятия Белоруссии, Украины, Киргизии, Таджикистана и Молдавии, а также Латвии, не являющейся членом СНГ; «Точность», куда наряду с российскими вошли предприятия Украины и Белоруссии; «БелРусАвто».

Пример успешной деятельности показывает недавно созданная транснациональная финансово-промышленная группа «Доступное жилье» — первая в нашей стране группа такого рода. Она объединяет более 200 юридических лиц России, Украины, Белоруссии, Казахстана, Венгрии, Чехии, представляющих коммерческие банки, домостроительные комбинаты, застройщиков, заказчиков, генеральных подрядчиков и др.

Причины медлительности разные, начиная с боязни «имперских устремлений» России. Одна из серьезных причин — нестыковка национальных законодательств, подчас создающая трудно преодолимые препятствия к объединению в одной финансово-промышленной группе юридических лиц — предпринимателей разных стран. Сближению нормативно-правовой основы создания и деятельности транснациональных финансово-промышленных групп послужило принятие 17 февраля 1996 г. Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ унифицированного с российским законом рекомендательного законодательного акта «О финансово-промышленных группах»¹.

Межпарламентская Ассамблея свое решение аргументировала насущной необходимостью восстановления и развития кооперационных связей между хозяйствующими субъектами в целях облегчения условий создания перспективных форм организации и управления производством, направленных на преодоление существующего разрыва экономических связей между предприятиями стран Содружества. Принятый акт Межпарламентская Ассамблея направила государствам — участникам СНГ для использования при разработке национального законодательства.

3. Работа по созданию финансово-промышленной группы является комплексной, затрагивающей деятельность федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов РФ, промышленных предприятий, научно-исследовательских институтов, конструкторских бюро, финансо-

¹ См.: Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ. СПб., 1996.

во-кредитных организаций, разнообразных коммерческих структур. При этом создатели финансово-промышленной группы должны решить ряд проблем. К основным из них относятся: подбор заинтересованных потенциальных участников, нахождение способов гармонизации их экономических интересов в рамках совместной деятельности; формирование единой взаимоприемлемой стратегии поведения на товарных рынках; формирование достаточного начального капитала; разработка эффективного механизма наращивания собственного капитала; выбор оптимальных форм и методов руководства совместной деятельностью.

Создание финансово-промышленной группы осуществляют один или несколько инициаторов, заинтересованных в наличии такой группы. Во избежание напрасной траты времени, сил и средств инициаторам следует предварительно тщательнейшим образом изучить экономическую и социальную целесообразность наличия предполагаемой финансово-промышленной группы, всесторонне продумать концепцию ее формирования и деятельности.

Следующие ответственные шаги — поиск и отбор участников группы, соответствующих подготовленной инициаторами концепции. Как показывает опыт действующих в России финансово-промышленных групп, состав участников может быть самым разнообразным, учитывающим этапы полного цикла воспроизводства, финансовый и научно-производственный потенциалы предприятий, их роль в овладении конкретными сегментами рынка. Финансово-промышленные группы различаются по формам производственной интеграции (вертикальная, горизонтальная, конгломерат); отраслевой принадлежности (межотраслевые, отраслевые); масштабам деятельности (международные, федеральные, региональные); степени диверсификации (многопрофильные, монопрофильные). Участники финансово-промышленной группы обычно объединяются вокруг промышленного предприятия, научно-исследовательской или конструкторской организации, коммерческого банка, торговой фирмы.

Практика создания российских финансово-промышленных групп выработала три основных варианта поиска потенциальных участников группы. *Первый вариант* — поиск в обстановке широкой гласности. Информация о намерении создать финансово-промышленную группу направляется заранее не просчи-

тайным юридическим лицам. Воспользоваться ею и предложить себя в качестве участника группы может любой желающий. Высокую результативность демонстрирует распространение информации через средства массовой информации. *Второй вариант* — закрытый поиск. Инициаторы направляют персональные приглашения заранее определенным юридическим лицам. Содержащаяся в приглашении информация может составлять коммерческую и служебную тайны. В *третьем варианте* сочетаются элементы первых двух. Например, поиск инициативных участников проводится открыто, а обязательных — по закрытым каналам.

При любом варианте сопровождающая поиск информация должна включать сведения, дающие представление о целях и предмете создаваемой группы, а также о вкладе, который предстоит внести в ее деятельность каждому из участников. Конкретные участники из числа претендентов, заявивших о готовности войти в финансово-промышленную группу, отбираются путем выявления и оценки организационно-правовой формы юридического лица и форм собственности, на основе которых оно действует, его технико-экономических показателей, финансового состояния, кредиторской и дебиторской задолженностей и других данных в зависимости от целей создания и предмета проектируемой финансово-промышленной группы.

Дальше начинается самое трудное — *разработка юридических документов и проведение иных акций, необходимых для образования и государственной регистрации группы*. В первую очередь — это подготовка текста договора о создании финансово-промышленной группы. Договор не требуется для финансово-промышленных групп первого типа, образуемых в составе основного и дочерних обществ. К существенным условиям договора относятся: наименование финансово-промышленной группы; порядок и условия учреждения центральной компании финансово-промышленной группы как юридического лица в определенной организационно-правовой форме, уполномоченного на ведение дел финансово-промышленной группы; порядок образования, объем полномочий и другие условия деятельности совета управляющих финансово-промышленной группы; порядок внесения изменений в состав участников финансово-промышленной группы; объем, порядок и условия объединения активов; цель объединения участников; срок действия договора. Другие условия договора о создании финан-

сово-промышленной группы устанавливаются участниками исходя из целей и задач финансово-промышленной группы и в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Конкретное содержание договора есть плод творческих размышлений участников финансово-промышленной группы. Отметим только, что при определении организационно-правовой формы центральной компании следует руководствоваться предписанием п. 2 ст. 11 Федерального закона «О финансово-промышленных группах», устанавливающим: центральная компания финансово-промышленной группы, как правило, является инвестиционным институтом. В этом качестве прежде всего выступает банк. Тем самым названный Федеральный закон подчеркивает особую значимость финансов в деятельности создаваемых групп. Допускается учреждение центральной компании финансово-промышленной группы и в форме хозяйственного общества, а также ассоциации, союза.

После подписания договора надлежит учредить предусмотренную им центральную компанию. Учреждают ее все участники договора. При создании финансово-промышленной группы первого типа совершения особых акций по учреждению центральной компании не требуется. Здесь в силу названного Федерального закона центральной компанией в отношениях с дочерними обществами выступает основное общество.

Государственная регистрация вновь учрежденной центральной компании финансово-промышленной группы осуществляется в порядке, установленном гражданским законодательством Российской Федерации для регистрации юридических лиц. Это означает, в частности, необходимость подготовки учредительных документов, соответствующих организационно-правовой форме центральной компании, определенной в договоре о создании финансово-промышленной группы.

При разработке устава центральной компании целесообразно обратить внимание на особенности ее положения в структуре финансово-промышленной группы. Устав, во-первых, должен определять предмет и цели деятельности центральной компании и, во-вторых, соответствовать условиям договора о создании финансово-промышленной группы. Следовательно, независимо от того, в какой организационно-правовой форме учреждается центральная компания, она, как юридическое лицо, обладает специальной правоспособностью. Сказанное обязывает разработчиков устава привести в нем возможно более

полный и исчерпывающий перечень гражданских прав и обязанностей центральной компании в рамках, очерченных договором о создании финансово-промышленной группы. Это в последующем исключит ситуации, когда центральная компания под давлением складывающихся обстоятельств будет вынуждена выходить за пределы своей правоспособности.

Не менее трудное дело — подготовка организационного проекта создаваемой финансово-промышленной группы. **Организационный проект есть пакет документов, представленный центральной компанией финансово-промышленной группы в полномочный государственный орган и содержащий необходимые сведения о целях и задачах, инвестиционных и других проектах и программах, предполагаемых экономическом, социальном и других результатах деятельности группы, а также иные сведения, необходимые для принятия решения о регистрации финансово-промышленной группы.** Исчерпывающий объем требований к организационному проекту финансово-промышленной группы устанавливается Правительством РФ.

Качество документов, входящих в организационный проект, нередко вызывает серьезные нарекания и на длительное время задерживает официальное оформление финансово-промышленной группы. Наиболее распространенными недостатками являются неудовлетворительная разработка общей концепции создания группы, показателей ее инвестиционных и производственных программ, необоснованные технико-экономические расчеты, претензии на получение максимально допустимых льгот и иных мер государственной поддержки, пренебрежение социальными и экологическими аспектами предстоящей совместной деятельности.

Обязательный компонент подготовительной работы по созданию финансово-промышленной группы — получение заключения федерального антимонопольного органа. Этот орган проводит предварительный контроль с целью недопущения монополистической деятельности вследствие объединения субъектов предпринимательства в проектируемую финансово-промышленную группу. Антимонопольный контроль позволяет избежать возникновения под «крышей» финансово-промышленных групп крупных монопольных структур и отрицательных последствий для развития конкуренции в случае выхода их на товарный рынок.

В новом законодательстве не предусмотрены формальные антимонопольные меры, подобные тем, что были в Положении о финансово-промышленных группах и порядке их создания, утвержденном Указом Президента РФ от 5 декабря 1993 г. № 2096, — ограничение числа входящих в группу предприятий, занятых на них работников и др. Это несколько усложнило работу федеральных антимонопольных органов, но зато сделало ее более творческой и эффективной. Не связанные цифровыми и тому подобными формальными предписаниями, они в состоянии с позиции антимонопольного законодательства изучить и учесть все последствия — и позитивные, и негативные, которые может вызвать на внутреннем и внешнем рынках создание проектируемой финансово-промышленной группы.

В отличие от ГК РФ антимонопольное законодательство выделяет в качестве участников регулируемых им общественных отношений не только коммерческие и некоммерческие организации различных организационно-правовых форм, но и «группу лиц» — совокупность юридических или юридических и физических лиц. Для этого необходимо, чтобы группа представляла устойчивое образование и осуществляла скоординированные конкретные действия в сфере предпринимательства. Типичным примером подобной совокупности и является финансово-промышленная группа. Соответственно, при образовании финансово-промышленной группы федеральный антимонопольный орган подвергает антимонопольной экспертизе не только юридических лиц — потенциальных участников группы, но и всю финансово-промышленную группу как совокупность этих лиц.

Возможность проявлений монополизма, обусловленная созданием финансово-промышленной группы, зависит не только от целей и задач самой группы, но и, главным образом, от характера деятельности ее участников. Более реальна угроза монополизма при объединении в одной группе предприятий одной отрасли или производящих однородную продукцию — нефть, каменный уголь, железную руду, электрическую энергию и т. п. Межотраслевые финансово-промышленные группы, напротив, могут способствовать развитию свободной конкуренции.

Практика федерального антимонопольного органа показывает, что, участвуя в регулировании процесса создания финансово-промышленных групп, он исходил из необходимости целенаправленного формирования, как правило, не менее трех

финансово-промышленных групп на одном федеральном (региональном) товарном рынке и наличия на нем конкуренции. В 1996 г. им выданы заключения о соответствии антимонопольному законодательству 53 финансово-промышленным группам. Например, получили заключения в легкой промышленности финансово-промышленные группы «Консорциум «Русский текстиль», «Текстильный холдинг Яковлевский», «Русская меховая корпорация»; в машиностроении — финансово-промышленные группы «Сибагромаш», «Росса-ПРиМ», «Специальное транспортное машиностроение», «Авико-М», «Точность»; в производстве и переработке продовольственных товаров финансово-промышленные группы «Беловская», «Зерно-Мука-Хлеб», «Каменская агропромышленная финансовая группа», «Центр-Регион»; в производстве химических материалов и оборудования — финансово-промышленные группы «Формаш», «Интерхимпром», «Арамидтех».

4. *Совокупность юридических лиц, образующих финансово-промышленную группу, приобретает статус финансово-промышленной группы по решению полномочного государственного органа о ее государственной регистрации.* Для государственной регистрации центральная компания финансово-промышленной группы представляет в полномочный государственный орган наряду с уставом, организационным проектом и заключением антимонопольного органа следующие документы: заявку на создание финансово-промышленной группы (по форме, установленной Правительством РФ); нотариально заверенные копии свидетельства о регистрации, учредительных документов, копии реестров акционеров (для акционерных обществ) каждого из участников, включая центральную компанию финансово-промышленной группы; нотариально заверенные и легализованные учредительные документы иностранных участников. В случае необходимости Правительством РФ могут быть установлены дополнительные требования по составу представляемых документов.

Решение о государственной регистрации финансово-промышленной группы принимается на основе экспертизы представленных документов полномочным государственным органом. Полномочный государственный орган вправе запрашивать по документам финансово-промышленной группы экспертные заключения других организаций, специалистов, органов исполнительной власти соответствующих субъектов РФ.

По результатам рассмотрения документов финансово промышленной группы (с учетом экспертных заключений) полномочный государственный орган в двухмесячный срок со дня представления ему документов принимает одно из следующих решений: об отказе в регистрации финансово-промышленной группы; о возврате документов финансово-промышленной группы на доработку; о регистрации финансово-промышленной группы.

Отказ в регистрации или возврат документов группы на доработку сопровождаются письменным объяснением причин полномочного государственного органа. В случае принятия последним необоснованного решения, а также в случае нарушения им сроков рассмотрения документов финансово-промышленной группы его действия могут быть обжалованы в суд.

Невольно возникает вопрос: чем вызваны столь сложные процедуры государственной регистрации — проведение проверок, экспертиз и т. п.? Ведь что объединять и на каких условиях, как потом делить получаемую прибыль — забота самих юридических лиц, решивших объединиться в одной финансово-промышленной группе. Они же разделят и неблагоприятные последствия, если, скажем, разработают неудачные концепцию или организационный план. Внешне привлекательным выглядит даже уведомительный, а не разрешительный порядок государственной регистрации. Ответ на вопрос прост: факт государственной регистрации порождает важные правовые последствия в виде льгот и преимуществ, предоставляемых государством узаконенной финансово-промышленной группе. Тем самым государственная регистрация финансово-промышленной группы имеет не гражданско-правовое значение (поскольку она не есть юридическое лицо), а административно-правовое. Поэтому и необходимо государственное «сито», отсеивающее тех претендентов, которые, не видя перспектив экономического роста, стремятся использовать участие в финансово-промышленной группе **только** как средство получения льгот и преимуществ, не утруждая себя налаживанием эффективного производства.

Зарегистрированная финансово-промышленная группа включается в государственный реестр финансово-промышленных групп
Государственный реестр представляет собой единый банк **данных**, созданный полномочным государственным **органом** и со-

державший необходимые сведения о государственной регистрации всех финансово-промышленных групп. Состав сведений и структура государственного реестра финансово-промышленных групп определяются Правительством РФ.

Положение о порядке ведения государственного реестра финансово-промышленных групп Российской Федерации Правительство РФ утвердило постановлением от 22 мая 1996 г. № 621'. Положением определены состав сведений, структура и единый на всей территории Российской Федерации порядок ведения государственного реестра финансово-промышленных групп Российской Федерации на основе Единого государственного регистра предприятий и организаций всех форм собственности и хозяйствования. Ведение реестра, осуществляемое полномочным государственным органом, означает внесение в него сведений о создании финансово-промышленной группы с присвоением ей регистрационного номера и изъятие из реестра сведений о ликвидированной группе.

Внесение в реестр сведений о создании финансово-промышленной группы подтверждается выдачей свидетельства, являющегося официальным документом. Оно содержит полное наименование группы с обязательным включением в него слов «финансово-промышленная группа» и указанием ее статуса (транснациональная или межгосударственная). Срок действия свидетельства неограничен. В случае его утери полномочный государственный орган на основе имеющихся у него сведений выдает дубликат этого свидетельства.

Изменение условий договора о создании финансово-промышленной группы или состава ее участников подлежит государственной регистрации. Государственная регистрация изменений состава участников финансово-промышленной группы производится полномочным государственным органом также на основании заключения федерального антимонопольного органа путем внесения изменений в реестр.

При изменении существенных условий договора о создании финансово-промышленной группы последняя подлежит повторной государственной регистрации.

К существенным условиям договора относятся: наименование финансово-промышленной группы; порядок и условия учреждения центральной компании финансово-промышленной

группы как юридического лица в определенной организационно-правовой форме, уполномоченного на ведение дел финансово-промышленной группы; порядок образования, объем полномочий и другие условия деятельности совета управляющих финансово-промышленной группы; порядок внесения изменений в состав участников финансово-промышленной группы; объем, порядок и условия объединения активов; цель объединения участников; срок действия договора. Другие условия договора о создании финансово-промышленной группы устанавливаются участниками исходя из целей и задач финансово-промышленной группы и соответствия законодательству Российской Федерации. Центральная компания финансово-промышленной группы в случае внесения изменений в свои учредительные документы обязана направить соответствующую информацию в полномочный государственный орган в течение не более 10 дней с даты внесения таких изменений.

В соответствии с действующим законодательством центральная компания финансово-промышленной группы и сама группа регистрируются различными государственными органами: центральная компания — в общем порядке, установленном для юридических лиц, а финансово-промышленная группа — полномочным государственным органом. Данное обстоятельство обусловило необходимость обмена определенной информацией между обоими регистрирующими органами. В наименование центральной компании финансово-промышленной группы после государственной регистрации финансово-промышленной группы включаются слова «центральная компания финансово-промышленной группы», о чем центральная компания финансово-промышленной группы уведомляет орган, осуществивший ее регистрацию. Орган, осуществивший регистрацию центральной компании финансово-промышленной группы, информирует полномочный государственный орган обо всех изменениях, внесенных в ее учредительные документы.

§ 3. Управление деятельностью финансово-промышленных групп

1. *Высший орган управления финансово-промышленной группы — совет управляющих, включающий представителей всех участников финансово-промышленной группы.* Направление участником финансово-промышленной группы представителя в состав

совета управляющих осуществляется решением компетентного органа управления участника финансово-промышленной группы. Компетенция совета управляющих устанавливается договором о создании финансово-промышленной группы.

Постоянно действующим органом, специально созданным для ведения общих дел финансово-промышленной группы, является ее центральная компания. Центральная компания финансово-промышленной группы в случаях, установленных законодательными актами Российской Федерации и договором о создании финансово-промышленной группы, осуществляет следующие функции:

выступает от имени участников финансово-промышленной группы в отношениях, связанных с ее созданием и деятельностью, и несет ответственность за общие дела группы;

ведет сводные (консолидированные) учет, отчетность и баланс финансово-промышленной группы;

готовит ежегодный отчет о деятельности финансово-промышленной группы;

выполняет в интересах участников финансово-промышленной группы отдельные банковские операции в соответствии с законодательством Российской Федерации о банках и банковской деятельности.

Иные функции центральной компании по ведению дел финансово-промышленной группы устанавливаются ее уставом и договором о создании финансово-промышленной группы. Центральная компания вправе создавать свой банк, торговые организации, страховые и инвестиционные фонды.

2. Особенность финансово-промышленных групп состоит в том, что полномочия их управляющих структур не распространяются на всю жизнедеятельность входящих в группу юридических лиц. Управляющее воздействие этих структур имеет свой объект — общую деятельность непосредственно самих групп, которая ограничена четко очерченными пределами и, как правило, намного уже деятельности, проводимой юридическими лицами — участниками группы в целом. Если, скажем, целью финансово-промышленной группы является производство небольшого круга однородных товаров, то ее участники вносят лишь такую долю собственных активов, которая требуется для достижения этой цели. Соотношение между активами конкретного участника финансово-промышленной группы, объединенными в группе и остающимися в его собственности или хозяй-

ственном ведении, служит показателем возможностей этого участника для самостоятельной деятельности вне финансово-промышленной группы. Таким образом, вхождение в финансово-промышленную группу влечет для ее участника не полную, а лишь частичную потерю самостоятельности в пределах объединенного капитала, необходимого для обеспечения общего интереса участников группы. Соответственно, **под деятельностью финансово-промышленной группы понимается деятельность участников, ведущаяся ими в соответствии с договором о создании финансово-промышленной группы и (или) ее организационным проектом при использовании обособленных активов.**

Наиболее ярко в деятельности финансово-промышленных групп выделяются два аспекта. Первый характеризует гражданско-правовую ответственность участников группы. По обязательствам центральной компании, возникшим в результате участия в деятельности финансово-промышленной группы, ее участники несут солидарную ответственность. Особенности исполнения солидарной обязанности устанавливаются договором о создании финансово-промышленной группы.

Второй аспект связан со сводным учетом в финансово-промышленной группе. В случаях и в порядке, установленных законодательством Российской Федерации о налогах, договором о создании финансово-промышленной группы, ее участники, занятые в сфере производства товаров, услуг, могут быть признаны консолидированной группой налогоплательщиков, а также могут вести сводные (консолидированные) учет, отчетность и баланс финансово-промышленной группы.

Установленная Федеральным законом «О финансово-промышленных группах» возможность признания всех объединенных в одну финансово-промышленную группу юридических лиц консолидированной совокупностью с ведением сводных учета, отчетности и баланса и соответственно рассмотрение их в этой части как единого налогоплательщика открывают широкий простор участникам группы для свободного распоряжения активами и тем самым для снижения себестоимости производимой продукции. Реализация этой возможности, являющейся по своей сути мерой государственной поддержки финансово-промышленной группы, поставила вопрос о соотношении сводных (консолидированных) учета, отчетности и баланса всей финансово-промышленной группы с учетом, отчетностью и балансом каждого отдельного ее участника. Пределы сводных

(консолидированных) учета, отчетности и баланса определяются объемом активов, объединенных участниками финансово-промышленной группы. При полном слиянии активов, что бывает редко, сводные учет, отчетность и баланс будут полностью включать учет, отчетность и баланс всех участников группы. Отдельные учет, отчетность и баланс участник финансово-промышленной группы должен вести только в отношении той части собственных активов, которые им используются в деятельности вне группы.

Порядок ведения сводных (консолидированных) учета, отчетности и баланса финансово-промышленной группы определяется Правительством РФ¹.

Ведение сводных (консолидированных) учета, отчетности и баланса финансово-промышленной группы осуществляет ее центральная компания, учрежденная всеми участниками договора о создании группы или являющаяся по отношению к этим участникам основным обществом, уполномоченным вести общие дела группы. Сводные (консолидированные) сведения отражают имущественное и финансовое положение финансово-промышленной группы, а также результаты ее инвестиционной деятельности. При этом показатели активов и пассивов бухгалтерских балансов участников группы складываются; инвестиционная деятельность группы отражается в целом, инвестиции, направленные участниками группы в центральную компанию, и средства, внесенные ими в ее уставный капитал, в отчетность не включаются; не включаются в отчет показатели бухгалтерского баланса и финансовые результаты, отражающие объем реализации товаров (работ, услуг), обязательства и расчеты между центральной компанией и участниками группы; прибыль и убытки каждого участника группы показываются в отчете в развернутом виде; показатели финансово-хозяйственной деятельности банков и иных кредитных и страховых организаций, а также инвестиционных институтов (за исключением центральной компании) в отчет не включаются. При наличии в составе финансово-промышленной группы двух и более банков или страховых организаций либо инвестиционных институтов составляются отдельные сводные (консолидированные) отчеты по видам деятельности этих организаций.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 9 января 1997 г. № 24 // СЗ РФ. 1997. № 3. Ст. 388.

§ 4. Финансово-промышленные группы и государство

1. Уже сказанное выше подводит к выводу о том, что государство играет все возрастающую роль в отношении финансово-промышленных групп. Различные государственные органы сопровождают и плотно опекают весь процесс создания групп, а исходящее от государства законодательство обстоятельно регулирует многие стороны их деятельности. Но управляющее воздействие государства на финансово-промышленные группы не сводится только к этому, интересы государства здесь значительно весомее.

Специалистами в качестве позитивной тенденции оценивается расширение форм непосредственного участия государства в финансово-промышленных группах. В общем составе участников финансово-промышленных групп более 10,5% являются государственными унитарными предприятиями. Во многие финансово-промышленные группы входят приватизированные предприятия со значительной долей государственной собственности в их имуществе. Налаживается практика, с одной стороны, передачи государственных пакетов акций в доверительное управление центральных компаний финансово-промышленных групп, а с другой — приобретения у них акций государством. Например, Фонд имущества Санкт-Петербурга выкупил 5% акций стоимостью 5 млн руб. у финансово-промышленной группы «Гормашинвест».

И еще. Финансово-промышленные группы оказались, пожалуй, в числе первых, к которым государство применило метод программного управления. Необходимость реализации программного подхода к созданию финансово-промышленных групп обуславливается высокой значимостью и приоритетностью проблемы институциональных и структурных преобразований в экономике на основе интеграции финансового и промышленного капиталов, развития отношений по управлению собственностью, а также масштабами и сложностью деятельности по созданию саморазвивающихся организационно-экономических структур рыночного типа, ориентированных на обновление научно-технического и экспортного потенциалов промышленности Российской Федерации и совместную деятельность предприятий различных форм собственности.

Примечательно, что разработка государственной стратегии проходила в обстановке гласности. При этом предпринимались

попытки выявить и учесть общественное мнение. Проект программы «Финансово-промышленные группы», подготовленный всеми заинтересованными министерствами и ведомствами Российской Федерации, был опубликован 29 октября 1994 г. в «Российской газете». На момент опубликования проекта было официально зарегистрировано пять финансово-промышленных групп. Они объединяли 88 организаций, расположенных на территории 11 субъектов РФ.

Правительство РФ 16 января 1995 г. приняло постановление № 48, которым утвердило Программу содействия формированию финансово-промышленных групп¹. Основные задачи Программы — определить главные целевые ориентиры в деятельности органов федерального, отраслевого и территориального управления по формированию финансово-промышленных групп; обеспечить эффективную координацию и организационно-методическое единство в практической работе инициаторов создания финансово-промышленных групп на всех уровнях управления; содействовать организации сети финансово-промышленных групп в приоритетных направлениях развития промышленности и в регионах; содействовать применению оптимальных организационных форм взаимодействия предприятий (организаций) различных форм собственности в рамках создаваемых финансово-промышленных групп; обеспечить условия эффективного взаимодействия финансово-промышленных групп с предприятиями (организациями) малого и среднего бизнеса; осуществить реализацию системы мер стимулирования финансово-промышленных групп в финансово-инвестиционной сфере; создать необходимые организационно-экономические условия для привлечения отечественного коммерческого, а также иностранного капитала в промышленность; создать систему комплексного обеспечения эффективного функционирования финансово-промышленных групп как базисного элемента экономики.

К конкретным предпосылкам, обуславливающим актуальность формирования финансово-промышленных групп в приоритетных для России направлениях развития промышленного комплекса, Правительство РФ отнесло: необходимость соединения процессов приватизации, демонополизации и структурной перестройки промышленности; острую потребность в соз-

¹ СЗ РФ. 1995. № 4. Ст. 311.

дании новой системы инвестирования промышленности, в формировании интегрированных структур, способных к само развитию в условиях рынка; рост количества коммерческих банков и торговых фирм, являющихся **потенциальными** инвесторами **промышленности**, а также увеличение их финансовых активов; наличие серьезного **структурного и финансово-инвестиционного** кризиса в промышленности, особенно в сфере научно исследовательских и опытно-конструкторских работ и высоких **технологий**; необходимость укрепления и обновления сложившихся технологических цепочек и кооперационных связей в производстве конкурентоспособной продукции, в том числе государствами — участниками СНГ; сложность и недостаток опыта самостоятельного выхода отечественных предприятий на внешний рынок; потерю значительной доли **внутреннего** товарного рынка России **из-за** появления на нем **продукции** крупных зарубежных, в том числе транснациональных, компаний

2. Существенное значение для плодотворной **работы финансово-промышленных** групп имеет система льгот и иных мер поддержки, предоставляемых им государством. **Согласно** ст. 15 Федерального закона «О финансово-промышленных группах» мерами государственной поддержки их деятельности, устанавливаемыми по решению Правительства РФ, являются: зачет задолженности участника финансово-промышленной группы, акции которого реализуются на инвестиционных конкурсах (горгах), в объеме предусмотренных условиями инвестиционных конкурсов (торгов) инвестиций для покупателя — центральной компании **той же** финансово-промышленной группы; предоставление участникам финансово-промышленной группы права самостоятельно определять сроки амортизации оборудования и накопления амортизационных отчислений с направлением полученных средств на деятельность данной группы; передача в доверительное управление нейтральной компании финансово-промышленной группы временно закрепленных **за государством** пакетов акций участников этой финансово-промышленной группы; предоставление государственных гарантий для привлечения различного рода инвестиций; предоставление **инвестиционных** кредитов и иной финансовой поддержки для реализации проектов финансово-промышленной группы.

Приведенный перечень является исчерпывающим, что **сужает** возможности Правительства **РФ проявлять** инициативу по

оказанию своевременной и действенной помощи нуждающимся в ней финансово-промышленным группам. Подобное ограничение федерального правительства тем более сомнительно, что органам государственной власти субъектов РФ в пределах их компетенции дано право предоставлять дополнительные льготы и гарантии финансово-промышленным группам.

К субъектам государственной поддержки финансово-промышленных групп Федеральный закон отнес также Банк России. Он может предоставлять банкам — участникам финансово-промышленной группы, осуществляющим в ней инвестиционную деятельность, льготы, предусматривающие снижение норм обязательного резервирования, изменение других нормативов в целях повышения их инвестиционной активности.

В соответствии с Федеральным законом «О финансово-промышленных группах» Президент РФ 1 апреля 1996 г. издал Указ № 443 «О мерах по стимулированию создания и деятельности финансово-промышленных групп», который развил линию на оказание помощи этим группам. Указом, в частности, предложено: предусматривать в проектах федеральных бюджетов начиная с 1997 г. средства на финансирование государственной поддержки финансово-промышленных групп в соответствии с ежегодно заявляемыми приоритетами в промышленной и социальной политике; оказывать поддержку финансово-промышленным группам, участвующим в реализации федеральных целевых программ; принимать меры по концентрации собственности в центральных компаниях финансово-промышленных групп, в том числе обеспечивать при необходимости передачу в установленном порядке в доверительное управление центральных компаний закрепленных в федеральной собственности пакетов акций участников финансово-промышленных групп; предоставлять право государственным унитарным предприятиям — участникам финансово-промышленных групп — вносить в качестве вклада в уставный капитал центральных компаний недвижимое имущество, находящееся в их хозяйственном ведении и являющееся федеральной собственностью, сдавать центральным компаниям указанное имущество в аренду и отдавать в залог.

Порядок предоставления мер поддержки разрабатывает Правительство РФ в соответствии с приоритетами в промышленной и социальной политике, заявляемыми им ежегодно одновременно с представлением проекта федерального бюджета на

соответствующий год. Оно же докладывает о результатах применения этих мер при отчете об исполнении федерального бюджета. Участникам межгосударственной финансово-промышленной группы в порядке и на условиях, установленных Правительством РФ, могут предоставляться таможенные тарифные льготы, предусмотренные Законом РФ от 21 мая 1993 г. № 5003-1 «О таможенном тарифе»¹, по товарам, перемещаемым через границу в рамках деятельности этой финансово-промышленной группы.

В практике разработки и применения законодательства возник вопрос: предоставлять льготы и преимущества каждой отдельно взятой финансово-промышленной группе, установить их одинаковыми для всех групп или идти по пути сочетания того и другого? В частности, внесена рекомендация свести все действующие и вновь образуемые группы в четыре блока в зависимости от задач, решаемых при их создании (восстановление прежних и налаживание новых хозяйственных связей, привлечение инвестиционных ресурсов и т. п.). В отношении каждого из блоков предложен свой набор льгот и преимуществ².

Безадресная огульная поддержка всех финансово-промышленных групп представляется нецелесообразной. Более эффективен индивидуальный подход, когда конкретная финансово-промышленная группа наделяется особыми льготами и преимуществами с учетом ее специфики. Данное соображение обусловлено несколькими причинами. Во-первых, различен экономический потенциал финансово-промышленных групп. Во-вторых, неодинаково их значение для народного хозяйства страны, и государство должно иметь механизм, поощряющий создание групп, имеющих реальные перспективы выхода с конкурентоспособной продукцией на внутренний и внешний рынки. В-третьих, финансово-промышленные группы не многочисленны, определение индивидуальных льгот и преимуществ для них не составляет технических трудностей. Надо лишь, чтобы льготы и преимущества были реальными, осязаемыми для потенциальных участников группы. Разрабатывать и устанавли-

¹ Ведомости РФ. 1993. № 23. Ст. 821; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3444.

² См.: *Меньшикова О., Попова Т.* Государственная поддержка ФПГ // Экономика и жизнь. 1995. № 33. С. 42.

вать их следует одновременно с прохождением процедур образования и государственной регистрации финансово-промышленной группы. Зачастую же они предоставляются гораздо позднее, когда созданная и зарегистрированная группа оказывается неспособной эффективно реализовывать свои цели.

3. Нередко государство само в лице своих высших органов власти выступает инициатором образования финансово-промышленных групп. В научной литературе по этому поводу получило распространение выражение «принудительное создание финансово-промышленной группы», когда федеральный орган государственной власти или орган государственной власти субъекта РФ принимает решение об объединении в одну финансово-промышленную группу нескольких предприятий и организаций, функционирующих соответственно на базе федеральной собственности или собственности субъекта РФ.

Порядок и условия участия государственных унитарных предприятий в финансово-промышленной группе определяет собственник их имущества. Представителем собственника на федеральном уровне могут, в частности, выступать Президент РФ, Правительство РФ и Росимущество. Постановлением Правительства РФ от 23 мая 1994 г. № 508 утвержден Порядок проведения экспертизы проектов создания финансово-промышленных групп, представляемых на рассмотрение Правительства РФ¹.

Данный документ регламентирует проведение предварительной экспертизы проектов создания групп, формируемых только из государственных федеральных предприятий, учреждений и организаций, финансируемых из федерального бюджета, а также на основе межправительственных соглашений. Предварительная экспертиза каждого проекта проводится межведомственной экспертной группой, которая имеет право получать от предприятий (организаций) — участников финансово-промышленной группы, а также от соответствующих федеральных органов исполнительной власти, других предприятий и организаций Российской Федерации любую информацию, необходимую для проведения экспертизы, по вопросам, находящимся в их ведении.

Экспертиза проектов создания финансово-промышленных групп проводится с обязательным соблюдением конфиденци-

СЗ РФ. 1994. № 5. Ст. 492; 1996. № 47. Ст. 5337.

альности и обеспечением коммерческой тайны представленных документов и материалов (в том числе без права размножения комплекта документов). По результатам проведения экспертизы представленных проектов межведомственная экспертная группа принимает заключение, содержащее обоснованный вывод о возможности создания конкретной финансово-промышленной группы. В заключении должны быть указаны сведения о размерах бюджетных средств, выделяемых создаваемой финансово-промышленной группе, порядке их использования или отсутствии потребности в них; предоставлении конкретных государственных гарантий для привлечения инвестиционных ресурсов или отсутствии необходимости в них.

В государственном акте одновременно с созданием финансово-промышленной группы предусматриваются и меры ее государственной поддержки. Так, 18 мая 1995 г. Президент РФ издал Указ № 496 «О финансово-промышленной группе «Российский авиационный консорциум»¹. В группу вошли пять крупных акционерных обществ, действующих в авиационной промышленности и на воздушном транспорте, и Промстройбанк России. Президент РФ поручил Правительству РФ принять специальную программу государственной поддержки указанной группы, предусмотрев возможность предоставления гарантий отечественным и иностранным инвесторам по инвестиционным проектам, одобренным Правительством РФ; предоставления акционерным обществам — инициаторам создания группы — отсрочки уплаты федеральных налогов и сборов; направления в течение трех лет дивидендов по акциям акционерных обществ — инициаторов создания группы, закрепленным в федеральной собственности, на финансирование технического перевооружения, реконструкции и расширения производства, развития новой авиационной техники и поддержания летной годности эксплуатируемых воздушных судов.

4. Влияние государства на финансово-промышленные группы не сводится только к регулированию и поддержке их деятельности, а органично включает и государственный контроль. Контроль выражается, с одной стороны, в подотчетности финансово-промышленных групп государству, проведении по инициативе компетентных государственных органов проверок

¹ СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1957; 1997. № 14. Ст. 1607.

их деятельности, направлении им запросов и, с другой стороны, в юридико-властном реагировании на результаты рассмотрения отчетов, проверок, ответов на запросы.

На практике контрольно-властные отношения государства с финансово-промышленными группами строятся следующим образом. Не позднее 90 дней после окончания финансового года центральная компания финансово-промышленной группы представляет всем ее участникам и полномочному государственному органу отчет о деятельности финансово-промышленной группы по форме, устанавливаемой Правительством РФ, а также публикует указанный отчет. Отчет составляется по результатам проверки деятельности финансово-промышленной группы независимым аудитором. Аудиторская проверка проводится за счет средств центральной компании финансово-промышленной группы.

Полномочный государственный орган вправе не чаще чем один раз в год потребовать текущий отчет о деятельности финансово-промышленной группы и назначить ее аудиторскую проверку. Проверка, осуществляемая по инициативе полномочного государственного органа, проводится за его счет. Участники финансово-промышленной группы обязаны предоставить полномочному государственному органу по его запросу любую информацию по отдельным вопросам ее текущей деятельности.

Согласно ст. 17 Федерального закона «О финансово-промышленных группах» по итогам годового или текущего отчета финансово-промышленной группы полномочный государственный орган обязан принять меры в случаях выявления недостоверной информации в представленных документах, уклонения от представления необходимых документов, обнаружения в деятельности финансово-промышленной группы несоответствия договору о ее создании и организационному проекту, несоответствия деятельности центральной компании финансово-промышленной группы ее уставу, злоупотребления предоставленными правами и мерами поддержки, нарушения законодательства Российской Федерации, законодательства субъекта РФ. В зависимости от характера и степени нарушения полномочный государственный орган может предложить участникам финансово-промышленной группы устранить выявленные недостатки и установить сроки их устранения; обратиться в Правительство РФ, соответствующий орган субъекта РФ с предложением о лишении финансово-промышленной группы всех или части

предоставленных ими прав или мер поддержки; принять меры к привлечению к ответственности, установленной законодательством Российской Федерации, лиц, виновных в его нарушении; обратиться в Правительство РФ с предложением о прекращении действия свидетельства о регистрации финансово-промышленной группы.

О каждом из перечисленных действий полномочный государственный орган информирует Правительство РФ. По обращению полномочного государственного органа Правительством РФ, органом государственной власти субъекта РФ принимается соответствующее решение. Например, в связи с нарушениями требований ст. 17 Федерального закона Правительство РФ издало распоряжение от 4 апреля 2000 г. № 491-р прекратить действие свидетельства о регистрации у пяти финансово-промышленных групп и исключить соответствующие записи из государственного реестра финансово-промышленных групп Российской Федерации¹.

Тема 15
ХОЛДИНГИ

§ 1. Понятие, объективные предпосылки возникновения и развития, место в системе участников предпринимательских отношений. § 2. Нормативно-правовая основа создания и деятельности холдингов. § 3. Холдинги и государство

§ 1. Понятие, объективные предпосылки возникновения и развития, место в системе участников предпринимательских отношений

1. Холдинги (от англ. *holding* — владение) — один из важных элементов предпринимательских отношений — еще 10 лет назад не были известны российской хозяйственной практике. Пришли они к нам из стран с развитой рыночной экономикой, где получили широкое распространение с конца 20-х гг. прошлого века. В то время на территории советской России целенаправленно свертывался механизм рыночных отношений и внедрялось командно-бюрократическое управление народным хозяйством, исключавшее саму возможность появления хозяйственных структур типа холдингов. Вначале остановимся лишь на самом общем представлении о холдингах. Более подробно их правовая характеристика будет дана в § 2 настоящей темы.

Под холдингом подразумевается группа участников предпринимательских отношений, связанных между собой таким образом, что один из них имеет возможность в решающей степени влиять на деятельность всех других участников этой группы. Холдинг отличаются следующие черты:

в холдинг могут входить только юридические лица, но не любые, а лишь коммерческие организации, т. е. те, у которых основная цель деятельности — извлечение прибыли;

одна из коммерческих организаций вправе управлять остальными юридическими лицами, определять принимаемые ими решения. Право одного управлять всеми есть сущность холдинговых отношений во взаимосвязях участников холдинга;

сама группа коммерческих **организаций, составляющих холдинг, не является юридическим лицом и не может рассматриваться** в качестве **организационно-правовой формы предпринимательства.**

Таким образом, холдинги **представляют собой** юридическую форму **интеграции** коммерческой деятельности, а в **экономическом** смысле — форму концентрации и централизации капитала. Однако интеграция здесь осуществляется весьма **оригинально**, не типично для рыночной экономики. Гражданское законодательство и регулируемые им рыночные отношения основываются на признании равенства участников соответствующих отношений. Глубинное же противоречие холдинга состоит в том, что внешне его участники выступают юридически самостоятельными субъектами, а фактически, на деле постоянно находятся под управляющим воздействием какого-то одного субъекта.

2. Обращение к объективным предпосылкам возникновения и развития холдингов необходимо потому, что появление каждой новой формы организации экономических отношений нуждается в строжайшей критической оценке именно с позиций того, детерминирована ли эта форма процессами, происходящими в отечественной экономике, или она, что может иметь место в данном случае, искусственно переносится из зарубежного опыта на российскую почву. Если говорить коротко, то *холдинги объективно обусловлены двумя обстоятельствами. Во-первых*, интенсивным формированием рыночной экономики, где холдинги одновременно есть и следствие, и рычаг развития рыночных, предпринимательских отношений. *Во-вторых*, из действующих в экономике двух взаимосвязанных тенденций — стремления хозяйствующих субъектов к обособлению, созданию автономных экономических структур и их стремления к интеграции, к различным формам объединения (см. об этом § 1 темы 10) — ныне в России явно преобладает последняя, что вызвано следующими факторами. В 90-е гг. XX в. при проведении экономических реформ, в частности приватизации:

а) была убрана вертикаль управления предприятиями хозяйствующими субъектами в виде министерств и ведомств. Перестали также существовать промышленные, производственные и научно-производственные объединения. Хозяйствующие субъекты оказались разрозненными и предоставленными самим себе. Избавление экономики от **излишней централизации** при-

вело к резкому снижению числа коммерческих организаций, способных в одиночку решать крупные производственные задачи и успешно конкурировать на рынке — внутреннем и внешнем;

б) качественно изменилась структура экономики, реальностью стало многообразие форм собственности. Это привело в отношениях между хозяйствующими субъектами к разрыву прежних деловых связей, к проявлениям изоляционизма и отчуждения, к отгораживанию завесами коммерческой тайны там, где, напротив, требовалось их встречное движение, с тем чтобы сообща, вместе более уверенно и надежно преодолевать бурные волны рыночной экономики;

в) возникшие многочисленные малые предприятия без объединения усилий между собой и (или) без налаживания прочных экономических связей с более крупными хозяйствующими субъектами, без поддержки последних, как правило, обрекают ся на бесперспективное мелкокустарное производство.

3. Приведенные факторы создают в нашей экономике в целом ситуацию, стимулирующую хозяйствующих субъектов к интеграции. Какие же правовые формы устанавливает законодательство для реализации данной объективной тенденции, нуждаются ли они в пополнении за счет хозяйственных структур, подобных холдингам?

В рассмотренных выше темах мы уже касались поставленного вопроса, остается лишь сделать обобщающие выводы. Самая высокая степень интеграции достигается реорганизацией юридических лиц посредством их слияния или присоединения. Государство иногда понуждает к такого рода реорганизациям, повышая для определенных хозяйствующих субъектов минимальный размер уставного (складочного) капитала и делая его тем самым непосильным для отдельно взятого юридического лица. Слияние и присоединение осуществляется на основе передачи точного акта (см. ст. 57—60 ГК РФ).

Индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации могут соединять свои вклады и совместно осуществлять предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, заключив гражданско-правовой договор простого товарищества. Внесенное ими имущество и полученные доходы признаются их общей долевой собственностью. Решения, касающиеся общих дел, в том числе о пользовании имуществом, принимаются с согласия всех товарищей. По об

щим обязательствам они несут солидарную ответственность (см. гл. 55 ГК РФ).

Коммерческие организации для координации своей предпринимательской деятельности, а также представления и защиты общих имущественных интересов могут создавать юридические лица — объединения в виде ассоциаций и союзов (к сожалению, в действующем законодательстве не раскрываются их отличительные особенности), являющихся некоммерческими организациями. Учредительные документы для ассоциаций и союзов — подписываемый их членами учредительный договор и утверждаемый ими устав (см. ст. 121 — 123 ГК РФ).

Специфическими формами интеграции выступают финансово-промышленные группы, товарные и иные биржи, торгово-промышленные палаты (см. соответственно темы 14, 16 и 17).

Как мы видим, хозяйствующие субъекты имеют богатый выбор форм объединения своих усилий начиная от слияния, присоединения, заключения договоров о совместной деятельности и кончая созданием отдельных от них самостоятельных юридических лиц для обслуживания тех или иных их интересов — ассоциаций, союзов и др. Однако среди закрепленных законодательством мы не находим форм интеграции, сходных с холдингами, а именно: построенных на экономическом или ином принуждении, имеющих в их взаимосвязях некую внутреннюю вертикаль.

Необходимость же четкого правового упорядочения холдинговых отношений очевидна. На начало 2000 г. Россией было заключено около 30 международных договоров со странами СНГ и другими государствами, в которых фигурирует термин «холдинг». «Холдинг» и различные словосочетания с ним довольно часто используются в наименованиях юридических лиц. Встречаются такие названия, как холдинг «Балтийская строительная компания», холдинговая компания «Итеррос», Госинкор-холдинг, Авиационная холдинговая компания «Сухой». Никто не подсчитал, да это сейчас и невозможно сделать, сколько холдингов имеется у нас в стране. По утверждению специалистов — многие тысячи. Например, РАО «ЕЭС России», РАО «Газпром», «ЛУКОЙЛ» кто-то расценивает как холдинги, а кто-то как фактические финансово-промышленные группы. Что же за тайна скрывается за холдингами, что они собой представляют конкретно, в чем их специфика как участников пред-

принимательских отношений? Для поиска ответов на эти вопросы надо обратиться к формирующейся нормативно-правовой основе холдингов.

§ 2. Нормативно-правовая основа создания и деятельности холдингов

1. Холдинги, прочно утвердившиеся в странах с развитой рыночной экономикой, вместе с тем не имеют сложившейся единообразной нормативно-правовой основы. Они довольно-таки жестко регулируются особым законодательством о них в США, что подчас вызывает нарекания на то, что государство тем самым сковывает инициативу предпринимателей. В ФРГ, Франции, Великобритании отсутствует специальное холдинговое законодательство, что, однако, не препятствует их созданию и деятельности с использованием других законов по аналогии — об акционерных обществах, об обществах с ограниченной ответственностью, о промышленности и т. д. В Японии и Южной Корее холдинги пока еще запрещены, но поступает информация о том, что негативное отношение к ним со стороны государств будет пересмотрено¹. В отечественном законодательстве никаких нормативно-правовых предшественников у холдингов нет, и начинать приходится с нуля, используя зарубежный опыт и свою собственную практику фактических холдинговых отношений.

Правовое регулирование холдинговых отношений формируется у нас в стране по двум направлениям. *Первое* включает акты Президента РФ. Начало ему положил Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий»², которым было утверждено Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества. Здесь, кстати, впервые на российском правовом поле появился сам термин «холдинг».

¹ См. подробнее: *Винслав Ю., Лисов В.* Становление холдинговых компаний: правовое и организационное обеспечение // Российский экономический журнал. 2000. № 5—6.

² САПП. 1992. № 21. Ст. 1731; последнюю редакцию см.: Указ Президента РФ от 26 марта 2003 г. № 370 // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1229.

Ограниченность правовых возможностей Указа вытекает уже из названия обоих документов. Согласно Указу, в частности:

регулируется процесс создания холдингов только при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества, т. е. возникающих на базе государственных предприятий;

создаются холдинговые компании с согласия федерального антимонопольного органа и в организационно-правовой форме открытых акционерных обществ. Входить в холдинг могут также лишь открытые акционерные общества;

холдинговые компании учреждаются на предприятиях, где государственная собственность составляет более 25% суммы капитала;

не допускается создание холдинговых компаний в торговле, общественном питании и бытовом обслуживании населения, сельскохозяйственном производстве и переработке сельскохозяйственной продукции, на транспорте (кроме железнодорожного и трубопроводного и предприятий, осуществляющих исключительно международные перевозки).

Таким образом, Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 входит в систему нормативных правовых актов о приватизации и не обязателен для частных предприятий. Но на этом основании его нельзя недооценивать: нормы Указа могут при необходимости применяться по аналогии и к негосударственным объединениям хозяйствующих субъектов. Важно, например, его положение о том, что создаваемые холдинговые компании не могут быть правопреемниками ранее существовавших концернов, корпораций, союзов, ассоциаций (в том числе государственных) или иных объединений предприятий, а также органов государственного управления. Данное ограничение не означает, что холдинговые компании нельзя создавать, скажем, на базе производственных объединений. Созданию лишь должна предшествовать ликвидация производственного объединения (см. ст. 61—64 ГК РФ), с тем чтобы новый хозяйствующий субъект не был связан обязательствами своего предшественника.

Второе направление включает правовое регулирование холдингов с помощью законодательства. Соответствующие нормы можно встретить в ряде федеральных законов, например «Об акционерных обществах» (ст. 48), «О банках и банковской деятельности» (ст. 4 и др.). Единого же акта высшей юридической силы о холдингах нет, что нельзя признать удовлетворитель-

ныш: неполнота, пробельность, бессистемность законодательства — одна из причин недоразумений, возникающих в холдинговых отношениях.

Попытки подготовить особый закон о холдингах предпринимаются со второй половины 90-х гг., всего Государственной Думой принято пять его вариантов. Один из них, поддержанный Советом Федерации, 20 июля 2000 г. был отклонен Президентом РФ, а вариант, выполненный с учетом замечаний Президента РФ, ровно через год, 20 июля 2001 г., не получил одобрения Совета Федерации (в дальнейшем ссылки делаются на последний проект).

Какие же проблемы возникают при государственно-правовом упорядочении холдинговых отношений, каков механизм их решения?

2. В самом начале во избежание путаницы надо четко определиться с понятийным аппаратом. Поскольку холдинг представляет группу юридических лиц, то для его правовой характеристики требуются понятия — термины, отражающие названия всей группы и входящих в нее лиц. Генетически холдинги исходят из ст. 105 ГК РФ, где речь идет об основных и дочерних хозяйственных обществах и товариществах. *Основным является хозяйственное общество или товарищество, имеющее возможность в силу преобладающего участия в капитале либо иным образом определять решения, принимаемые другим хозяйственным обществом, которое вследствие этого обстоятельства и именуется дочерним.*

Однако в действующих нормативных актах и проекте федерального закона приведенная терминология в полной мере не используется. Применительно к основному обществу употребляются словосочетания *холдинговая компания* (Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392), *головная компания* (проект федерального закона), *головная организация* (Закон «О банках и банковской деятельности»). Наиболее приемлемым представляется последнее: содержательно понятие «организация» раскрыто в ГК РФ (см. § 1 темы 4). Что касается термина «компания», то он многозначен, в ГК РФ отсутствует, иной его легальной трактовки нет. Дочернее общество в составе холдинга принято, как правило, обозначать термином «участник». Вся группа в целом, объединяющая головную организацию и участников, называется *холдингом*. Иногда ошибочно утверждается, что, например, холдинговая компания и холдинг — сино-

ними или что холдинг есть не что иное, как головная организация.

С только что рассмотренной тесно соприкасается проблема о субъектном составе холдингов. Нет споров по поводу головной организации. Ею могут быть как хозяйственные общества, так и товарищества, что прямо вытекает из ст. 105 ГК РФ. В отношении же участников высказаны две основные точки зрения: первая — ими также могут быть и хозяйственные общества, и товарищества; вторая — только хозяйственные общества, так как иное противоречило бы ст. 105 ГК РФ. Думается, интересам развития рыночных отношений больше отвечает первая точка зрения, равно как и нет достаточных оснований оставлять за «бортом» холдингов производственные кооперативы. Ссылки в ее опровержение на ст. 105 ГК РФ не убедительны — в ней холдинги не упоминаются.

Особняком стоит Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392, допускающий вхождение в холдинг физических лиц — покупателей приватизируемого государственного имущества.

3. Следующие две взаимосвязанные проблемы — *цель и основания создания холдинга*. С ними законодатель столкнулся с начала оформления нормативно-правовой основы холдинговых отношений. Действительно, так ли уж необходимо узаконивать холдинги, зачем государству вмешиваться в процедуры их создания и деятельности? Ведь никто не запрещает функционирование холдингов на базе уже имеющихся нормативных правовых актов. Одним из поводов для наложения Президентом вето на федеральный закон «О холдингах» как раз и послужило то, что при разработке закона четко не была определена экономическая и юридическая цель создания и регламентации деятельности такого образования, как холдинг, в результате чего закон содержит большое количество неясных положений, применение которых затруднено.

В Указе Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 цели создания холдинговых компаний определены емко: для содействия кооперации предприятий-смежников и осуществления ими согласованной инвестиционной политики. В последующих актах указанные цели развивались и уточнялись. Одним из первых было издано постановление Правительства РФ от 21 декабря 1993 г. № 1311 «Об учреждении лесопромышленных холдин-

говых компаний»¹, где перед ними поставлены шесть конкретных целей, в том числе увеличение экспортного потенциала, сохранение существующих технологических и производственных связей.

Из сказанного следует: *прежде чем приступать к созданию холдинга, необходимо четко сформулировать цели подобной акции.* Так, при создании Московского нефтегазового холдинга были заявлены цели: стабилизация топливного рынка столицы, повышение качества услуг и уровня экологической безопасности московских автозаправочных станций.

Достижение целей возможно при наличии добротных оснований создания холдинга и вхождения в него хозяйствующих субъектов. Но опять-таки: надо ли законодательно закреплять эти основания или они могут действовать вне специального государственного регулирования, автоматически при наступлении общих условий, предусмотренных ст. 105 ГК РФ, о которых говорилось выше?

Необходимость утвердительного ответа на поставленный вопрос обусловлена двумя причинами. Во-первых, вхождение в холдинг может иметь место: помимо воли оказавшихся в нем участников, путем поглощения головной организацией; с согласия участников, когда они добровольно, осмысленно, сознательно подчиняют себя головной организации. И в том, и в другом случае складываются совершенно различные *внутрихолдинговые отношения*, что и должно найти отражение в законодательстве. Во-вторых, в зависимости от оснований вхождения в холдинг у головной организации и его участников могут быть неодинаковыми их *внешние отношения* — с партнерами по предпринимательству, с государственными органами, в том числе налоговыми, с органами местного самоуправления, что также целесообразно учитывать в законодательстве.

4. Законодательство и предпринимательская практика выработали несколько оснований возникновения холдингов. При этом в процессе формирования любого холдинга, как правило, просматриваются два относительно самостоятельных аспекта: возникновение, наличие реальных холдинговых отношений, с

¹ САПП. 1993. № 52. Ст. 5143; см. также: Указ Президента РФ от 25 мая 1998 г. № 588 «О создании акционерной холдинговой компании «Главное всерегиональное строительное управление «Центр» // СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2409.

одной стороны, и их официальное закрепление и оформление с обязательной фиксацией момента создания холдинга — с другой.

Прежде всего, *холдинговые отношения складываются на основе преобладающего участия головной организации в уставном капитале другого юридического лица*. Подобная ситуация может возникнуть совершенно неожиданно для самого юридического лица, например в результате разовой тайной скупки его акций, что и позволяет головной организации диктовать решения юридическому лицу.

Преобладающее участие — понятие неоднозначное, степень участия в капитале, а следовательно, и в управлении другого юридического лица бывает различной. Юридическая наполняемость преобладающего участия зависит от процедуры принятия решений органами юридического лица — потенциального участника холдинга. Требования к законности решений устанавливаются законами и уставом юридического лица. Например, органами управления акционерного общества одни решения принимаются единогласно, другие — 3/4 или большинством голосов акционеров. Соответственно и преобладающее участие может выражаться в обладании всеми, 3/4 или большинством голосующих акций.

Так возникают фактические холдинговые отношения, и пока еще не выработано единое мнение о порядке их формализации через создание холдингов. Думается, не вдаваясь в дискуссию, он должен обеспечивать свободный доступ к информации о холдинге и его составе, с тем чтобы каждый — будь то партнер по предпринимательству, государственный орган или орган местного самоуправления — мог заранее знать, что он имеет дело именно с холдингом, какая из организаций холдинга является головной и какая — участником, т. е. знать, кто реально, на деле формирует, определяет волю входящих в холдинг юридических лиц. Наибольшая прозрачность достигается внесением записей, фиксирующих статус головной организации и участников холдинга, в их уставы. Соответственно, моментом создания холдинга, началом реализации прав, обязанностей и ответственности объединяемых холдингом юридических лиц будет **государственная** регистрация уставов вновь создаваемых юридических лиц или изменений в уставах, если в холдинги объединяются уже действующие организации.

Холдинги, создаваемые на основе преобладающего участия в капитале, принято называть *имущественными*. При их образовании и деятельности в особом внимании нуждается защита юридических лиц — участников холдинга, их учредителей, акционеров и других, возведение надежных юридических барьеров, не допускающих перекачку средств участников в головную организацию и их последующую потерю.

Но вот возникает вопрос: создание холдинга при наличии реальных холдинговых отношений имущественного характера есть право или обязанность организаций, связанных подобными отношениями? Действующие нормативные правовые акты ответа не дают. На наш взгляд, нормализация предпринимательских связей требует по причинам, изложенным выше, оформления таких отношений. Целесообразно установить правило о том, что юридическое лицо, ставшее преобладающим участником в капитале другого юридического лица, обязано в течение, например, шести месяцев легализовать этот юридический факт или снизить долю в капитале «чужой» организации ниже уровня, дающего возможность определять ее решения.

Далее, холдинговые отношения могут возникнуть вследствие договора о создании холдинга, заключаемого между головной организацией и организациями, пожелавшими войти в холдинг, т. е. подчинить себя головной организации. Такие холдинги, называемые *договорными*, бывают двух видов. Первый, когда головная организация сама осуществляет производственную деятельность и, кроме того, может иметь некоторое участие в капитале входящих в холдинг организаций, но не дающее ей возможности определять их решения.

Второй вид: головная организация никак не участвует в капитале объединившихся в холдинг юридических лиц, не имеет их акций, долей в имуществе и т. п. Сама она также не занимается никакой производственной деятельностью, а является чисто управленческой структурой. Возможность образования подобных холдингов предусмотрена, например, ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах», абз. 3 п. 1 которой гласит: «По решению общего собрания акционеров полномочия единоличного исполнительного органа общества могут быть переданы по договору коммерческой организации (управляющей организации)...»

Для обоих видов холдингов основным документом, регулирующим их внутренние отношения, является договор о создании хол-

динга. Высказаны различные предложения о том, какие условия необходимо в нем отразить. Наибольший интерес представляет позиция, изложенная в проекте федерального закона, которая, кстати, не оспаривается в вето Президента РФ. Условия предлагается разделить на три группы.

Первая — обязательные условия, без которых договор считается незаключенным:

наименование, цель создания и основные виды деятельности холдинга;

реквизиты головной организации и порядок осуществления функций управления холдингом;

обязательства участников холдинга по объединению их активов в целях обеспечения его деятельности;

срок действия договора, порядок вхождения в холдинг и выхода из него, порядок ликвидации холдинга.

Вторая группа — рекомендательные условия, своего рода подсказка лицам, заключающим договор;

включение расходов на содержание головной организации в части управления холдингом в себестоимость продукции (работ, услуг) участников холдинга;

согласие участников холдинга на приобретение холдингом статуса консолидированной группы налогоплательщиков по федеральным налогам.

Третья группа условий — те, которые считают нужным внести в договор в соответствии с российским законодательством его составители, исходя из специфики деятельности, целей и задач образуемого холдинга.

Договорной холдинг считается образованным с момента вступления в силу договора о его создании. Обратим внимание на срок действия договора. Для придания устойчивости новой форме интеграции предпринимателей допускается введение договором запрета участникам на выход из холдинга. Срок запрета предлагается ограничить тремя годами.

Вводить договор в действие надо в обстановке широкой гласности. Он должен быть утвержден собранием акционеров или участников юридических лиц, объединяющихся в холдинг. Необходим также механизм, делающий содержание договора доступным для других заинтересованных лиц. К этому договору не применим режим, который может быть установлен упомянутым выше договором простого товарищества. Последнее вправе наделить себя статусом негласного товарищества, когда

его существование не раскрывается для третьих лиц (ст. 1054 ГК РФ). Целесообразно запись о вхождении в договорный холдинг в качестве головной организации или участника вносить в уставы соответствующих организаций, а сам договор приобщать к уставам как приложение к ним.

Наконец, *холдинговые отношения могут возникнуть по решению собственника имущества между государственными унитарными предприятиями, а также акционерными обществами с контрольным пакетом акций, закрепленным в государственной собственности*. Холдинг считается созданным с момента внесения соответствующих записей в уставы включаемых в холдинг организаций. Такие холдинги принято называть *государственными*.

Практика свидетельствует, что управление через холдинги предприятиями, которые остаются в государственной собственности, более эффективно, чем непосредственное воздействие на них государственных структур. При этом, в частности, резко сокращается число объектов государственного управления, так как ими становятся холдинги, в состав которых входят предприятия — прежние объекты государственного воздействия; административные методы управления предприятиями все более вытесняются экономическими; создаются благоприятные условия для улучшения за счет головных организаций качественного состава управленческих кадров предприятий. Высказаны и рекомендации о том, в каких секторах народного хозяйства создание государственных холдингов было бы особенно полезным, например для интеграции науки и производства, экспортно-ориентированных предприятий, для реализации долгосрочных целевых программ. На управление через холдинги переводится оборонная промышленность.

5. Независимо от оснований создания суть любого холдинга состоит в управлении им головной организацией. *Нормативно-правовое регулирование управленческих процессов в холдинге осуществляется по двум каналам*. Во-первых, это делает, хотя и очень ограниченно, государство. Например, в Указе Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 содержатся принципиально важные нормы о циркуляции информации в холдингах: не допускается установление холдинговыми компаниями каких бы то ни было ограничений на допуск лиц, выполняющих управленческие функции у участников холдинга, к любой информации о деятельности компании, включая отнесенную к ее коммерческой тайне; холдинговые компании обязаны ежекварталь-

но публиковать в общедоступной периодической печати свои балансы, счета прибылей и убытков, а также некоторую другую информацию.

В проекте федерального закона управлению в холдинге посвящена особая статья. В ней выделено шесть крупных управленческих полномочий головной организации. Среди них — утверждение планов перспективного производственного и социального развития холдинга; определение основных технико-экономических показателей производственной деятельности холдинга; определение направлений использования прибыли и других финансовых источников участников холдинга.

Второй канал нормативно-правового регулирования управленческих процессов в холдинге — саморегуляция посредством локальных нормативных актов, разрабатываемых и принимаемых головной организацией с согласия участников холдинга и обязательных для всех занятых в нем лиц. Чем полнее будут отлажены внутрихолдинговые отношения, тем эффективнее станет деятельность холдинга. Особого внимания заслуживают локальные нормы о полномочиях органов управления холдинга и лиц, выполняющих в нем управленческие функции, о порядке подготовки, принятия и доведения управленческих решений до исполнителей, о системе контроля со стороны головной организации за деятельностью участников холдинга и организации контроля внутри самих участников — о ревизионных комиссиях, аудиторских проверках и т. д.¹

6. В холдингах остро стоит проблема ответственности за результаты хозяйственной и иной деятельности. Головная организация, пользуясь своим «руководящим» положением, способна все неблагоприятные последствия перекладывать на участников холдинга. Поэтому *в вопросе об ответственности в холдинге целесообразно полностью исключить любую самостоятельность, в том числе с привлечением локальных нормативных актов, и исходить строго из аналогии с содержащимися в законах общими императивными нормами* (см. п. 2—3 ст. 105 ГК РФ, ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах», ст. 6 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»), а именно:

¹ Доктринальные проекты отдельных локальных нормативных актов опубликованы (см., например: *Шишкина И.* Правовое регулирование холдинговых компаний внутренними документами // *Хозяйство и право.* 2000. № 1).

участники холдинга не отвечают по долгам головной организации;

головная организация, которая имеет право давать участникам холдинга обязательные для исполнения указания, отвечает солидарно с участниками холдинга по сделкам, заключенным ими во исполнение таких указаний;

в случае несостоятельности (банкротства) участника холдинга по вине головной организации последняя несет субсидиарную ответственность по его долгам. В проект федерального закона перенесено следующее положение из ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах»: несостоятельность (банкротство) участника холдинга считается происшедшей по вине головной организации только в случае, если головная организация использовала право давать участнику холдинга обязательные для исполнения им указания о совершении определенных действий, заведомо зная, что вследствие этого наступит несостоятельность (банкротство) участника холдинга. Приведенное ограничение представляется неуместным. Оно, по сути, исключает ответственность головной организации, так как практически невозможно установить в ее указаниях умысел на банкротство участника холдинга;

участник холдинга вправе требовать возмещения головной организацией убытков, причиненных по ее вине участнику холдинга.

7. Деятельность холдингов может наполняться различным конкретным содержанием. Исторически первыми в России Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 особо были выделены финансовые холдинги — организации, более 50% капитала которых составляют ценные бумаги других эмитентов и финансовые активы. В состав их активов могут входить только ценные бумаги и иные финансовые активы, а также имущество, необходимое непосредственно для обеспечения функционирования аппарата управления головной организации. Последняя вправе вести исключительно инвестиционную деятельность, другие виды деятельности для нее исключаются. Головной организации также запрещено вмешиваться в производственную и коммерческую деятельность участников холдинга.

Упомянувшимся выше постановлением Правительства РФ от 21 декабря 1993 г. № 1311 учреждены лесопромышленные холдинговые компании страны. Например, в Кировской области образованы четыре холдинга, объединяющие от 6 до 39 уча-

стников — леспромхозы, лесо- и домостроительные комбинаты, деревообрабатывающие предприятия, лесоперевалочные базы, рейды, спичечные и бумажные фабрики и т. п.

Федеральным законом от 19 июня 2001 г. № 82-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» получили законодательное оформление банковские холдинги. 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). Об образовании банковского холдинга его головная организация обязана уведомить Банк России.

Головная организация в целях управления деятельностью всех кредитных организаций, входящих в банковский холдинг, вправе создать управляющую компанию. Ею признается хозяйственное общество, основной деятельностью которого является управление деятельностью кредитных организаций, входящих в банковский холдинг. Управляющая компания не вправе заниматься страховой, банковской, производственной и торговой деятельностью.

В Федеральном законе от 19 июня 2001 г. № 82-ФЗ сделан важный акцент на взаимоотношения головной организации и управляющей компании: коммерческая организация, которая в соответствии с этим Федеральным законом может быть признана головной организацией банковского холдинга, обязана иметь возможность определять решения управляющей компании банковского холдинга по вопросам, отнесенным к компетенции собрания ее учредителей (участников), в том числе о ее реорганизации и ликвидации¹.

Банковский холдинг надо отличать от банковской группы — не являющегося юридическим лицом объединения кредитных организаций, в котором одна (головная) кредитная организация оказывает прямо или косвенно (через третье лицо) существенное

¹ Центральным банком РФ утверждено Положение о порядке представления информации о банковских холдингах от 19 сентября 2002 г. № 197-П // Российская газета. 2002. 30 окт.

влияние на решения, принимаемые органами управления другой (других) кредитной организацией (кредитных организаций)¹.

Во многих регионах в инициативном порядке создаются агропромышленные формирования холдингового типа с установлением вертикальных интеграционных связей. Опубликованы данные о том, что агропромышленные холдинги контролируют в Белгородской области, например, 80% пашни, а в Орловской — почти 100%, что служит серьезной гарантией надежного развития сельского хозяйства этих областей.

Особенность развитого рыночного сельского хозяйства в том, что предприниматель — непосредственный производитель начальной сельскохозяйственной продукции, как правило, лишен возможности сам продавать свои товары покупателям-потребителям. По объективным причинам вокруг таких производителей-предпринимателей складывается специфическая инфраструктура, включающая, с одной стороны, организации, снабжающие их необходимыми для производства материалами, а с другой — торговые организации, обеспечивающие сбыт произведенного. На базе этой системы экономических отношений и создаются правовые организационные формы в виде вертикальных холдингов, дающих возможность сосредоточить в одних руках производство товарной сельскохозяйственной продукции, ее переработку и реализацию. Холдинг выгоден для всех участников, а сама организация холдинга, взаимосвязи и взаимодействия между его участниками таковы, что исключают недоверие и обман, возможность одних противоправно обогащаться за счет других.

§ 3. Холдинги и государство

1. Эта проблема — часть более общей проблемы экономической роли государства. Государству нельзя ограничиваться лишь формированием нормативно-правовой основы холдингов. Речь ведь идет о структурной реформе, о создании в экономике новых крупных блоков, сравнимых с теми, что имелись в централизованно управляемом советском народном хозяйстве. Например, в системе холдинга «Интеррос», куда включены мно-

¹ Центральным банком РФ утверждено Положение о консолидированной отчетности от 30 июля 2002 г. № 191 -П // Российская газета. 2002. 30 окт. Консолидированная отчетность составляется и представляется головными кредитными организациями банковских холдингов. — *Примеч. авт.*

гие десятки промышленных, кредитных и страховых организаций, средства массовой информации, уже, **по экспертным** оценкам, занято более 2 млн человек. Холдинг «**Силловые машины**» контролирует свыше 60% российского рынка **продукции** энергетического машиностроения. Тем самым экономика может пойти на попятную — вернуться к **жесткой** монополизации, уйти от которой пытались в последние 15 лет. Другими **словами, от** холцингизации экономики можно ожидать как **позитивного, как и негативного** результата, что **обязывает** государство **активно** участвовать в реализации **законодательства о** холдингах, начиная с их создания. А холдинги у нас в стране весьма перспективны. В Послании 2006 г. Президент РФ обратил внимание Правительства РФ на необходимость **завершить** работу по созданию холдингов в **авиа-** и судостроении. Новые крупные холдинги должны объединить **организации**, работающие в гражданской ядерной энергетике и автомобильной промышленности. Холдинги оказались эффективной правовой формой сотрудничества города и деревни. Москва, например, в различных регионах России создала 49 **агрохолдингов**, что обеспечило более стабильное снабжение города мясом, **молоком**, овощами и иными видами продовольствия.

2. *Контроль государства за созданием холдингов призван еще на дальних подступах предупредить связанные с этим **противоправные** последствия при осуществлении предпринимательской деятельности входящими в холдинг юридическими лицами.* И первой возникает проблема — надо ли государству устанавливать какие-то **ограничения** на вхождение в холдинг. Теоретически, да и практически холдинг может охватить целую **отрасль народного** хозяйства в масштабе страны и даже несколько смежных отраслей. Механизм здесь прост. Скажем, одна организация — первая головная — получает возможность, опираясь на преобладающее участие в капитале, управлять тремя другими, каждая из которых также начинает управлять тремя организациями, добившись преобладающего участия в их капитале и тем самым став головной по отношению к ним. Каждая **из** последних трех организаций, в свою очередь, как головная управляет еще тремя и т. д. **В результате** возникает многоступенчатая зависимость, когда одно юридическое лицо, в данном случае первая головная организация, сама имея незначительное имущество, управляет, фактически владеет, пользуется и распоряжается чужим капиталом, в тысячи раз превосходящим ее собственный.

Принципиальная допустимость подобной ситуации предусмотрена Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392, где сказано: холдинговая компания (головная организация) может быть дочерним предприятием (участником) другой компании. В Указе намечены и меры против отрицательных последствий применения данной нормы: холдинговые компании создаются с согласия федерального антимонопольного органа; их создание не допускается, если это приводит к монополизации производства тех или иных видов продукции (работ, услуг); не допускается создание холдинговой компании, владеющей контрольными пакетами акций предприятий, совокупная доля которых на рынке определенной группы однородных или взаимозаменяемых продуктов составляет более 35%.

Повторим, что Указ Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 не обладает общим нормативным действием. Однако его положения необходимо учитывать при осуществлении государственного контроля в той мере, в какой создание холдингов не должно препятствовать свободе конкуренции и способствовать монополизации экономики (см. об этом тему 10).

Вторая возможная форма контроля за созданием холдингов — их государственная регистрация. По Указу Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 государственная регистрация головных организаций является обязательной. Но в нем речь идет о новых юридических лицах, создаваемых при приватизации государственных предприятий. Теперь более типично объединение в холдинги уже существующих организаций. Сами же холдинги не являются юридическими лицами, и потому Федеральный закон о государственной регистрации юридических лиц на них не распространяется.

В проектах федеральных законов о холдингах зафиксированы самые различные подходы к государственной регистрации холдингов. Например, для государственных и некоторых других холдингов вводилась обязательная регистрация, а решение вопроса о регистрации остальных передавалось на усмотрение головной организации или участников холдинга. В последнем проекте федерального закона предусматривалась лишь обязательная регистрация и подпадали под нее холдинги, приобретающие статус консолидированной группы налогоплательщиков и могущие вести сводные (консолидированные) учет, отчетность и баланс холдинга (о сути такого статуса см. § 2 темы 11). Порядок регистрации имелось в виду установить по

аналогии с тем, что действует для государственной регистрации финансово-промышленных групп (см. тему 14), с ведением единого государственного реестра холдингов.

Представляется, однако, более правильным наличие обязательной государственной регистрации всех холдингов. Иногда под предлогом искоренения проявлений ненужной бюрократизации в государственном управлении экономикой высказываются сомнения в целесообразности этой акции, с чем нельзя согласиться. Государственная регистрация отвечала бы интересам самого государства — оно вправе и обязано иметь самые точные сведения о субъектном «представительстве» экономики страны — и интересам предпринимателей, нуждающихся в достоверной гарантированной государством информации о составе холдингов.

3. Никаких особых форм государственного контроля за деятельностью холдингов ни Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392, ни проектом федерального закона не предусмотрено. *Компетентные государственные органы и органы местного самоуправления правомочны применять к деятельности холдингов те же формы контроля, что и в отношении коммерческих организаций*, о которых говорилось ранее (см., например, § 2 темы 9 и § 4 темы 10). Надо лишь подчеркнуть: холдинги, будучи совокупностью двух и более юридических лиц, нуждаются в особых методах контроля за их деятельностью. Контроль будет эффективным при условии одновременного охвата им всего комплекса, наложения контроля на все входящие в холдинг организации — головную и участников холдинга.

4. В проекте федерального закона содержится общее положение о том, что государство обеспечивает благоприятные условия для организации деятельности холдингов, в том числе для привлечения инвестиций. Приведенное положение, конечно, нуждается в конкретизации, развитии. Однако при определении особых условий для деятельности холдингов следует учитывать норму ст. 2 ГК РФ, устанавливающую, что гражданское законодательство регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Поэтому наделение холдингов и входящих в них юридических лиц как участников рыночных отношений какими-то льготами и иными преимуществами по сравнению с другими субъектами гражданского права (оборота) представляется недопустимым.

Тема 16 ТОВАРНЫЕ БИРЖИ

§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа. § 2. Учреждение биржи и управление ею. § 3. Особенности биржевой торговли. § 4. Товарные биржи и государство

§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа

1. Биржи играют важную роль в рыночной экономике, предпринимательской деятельности как специфическая форма организации торговли. Отдельные авторы называют их сердцевинной, стержнем экономики, присваивают им другие высокие «титулы». Исторические исследования свидетельствуют, что корни современных бирж уходят в далекое прошлое — Древний Рим и Древнюю Грецию. Там впервые стали формировать рынки организованной распродажи с фиксированными временем и местом торговли, порядком заключения сделок. В 1531 г. основана старейшая товарная биржа в Антверпене. В начале XVIII в. биржи появились и в России.

При оценке значения бирж необходимо подчеркнуть то обстоятельство, что их никто не «выдумывал», не навязывал волевым решением «сверху». Если же где-то подобное и случалось, то биржи не приживались и прекращали свое существование. Потребность в такого рода институтах не зависела от субъективного желания людей и государств. Биржи возникли сами, естественным путем как ответ на запросы практики рыночных отношений. Производитель находится как бы в окружении торговли. Через нее закупаются необходимые для производства компоненты (сырье, материалы, энергия и т. п.), и через торговлю же сбываются продукты производства. При этом производитель обычно имеет дело с оптовой торговлей. Рынок и призван создавать благоприятные условия для контактов производителей товаров и их покупателей, потребителей.

Внешне привлекательно выглядит ситуация, когда встречается сам товаропроизводитель непосредственно с тем, кто нуждается в его товарах. Нет посредников — нет и лишних наклад-

ных расходов, значит, меньше себестоимость и, следовательно, ниже цена. Тем самым стимулируются и производитель, и покупатель. Однако в развитых экономических системах подобные ситуации становятся невыгодными и потому имеют место нечасто. Постоянный самостоятельный поиск одной стороной путей сбыта своего товара, а другой — выгодных продавцов товаров отвлекает их от главного в своей деятельности — налаживания конкурентоспособного производства, умелого использования в предпринимательстве приобретаемых товаров, что в целом не способствует устойчивости экономики. Поэтому посредник (один или несколько) есть неизбежная фигура в экономических связях. Роль такого посредника и призвана играть биржа.

Возникновение бирж, как мы видим, вызвано потребностями развития и производства, и торговли, и потребления. При этом динамика бирж почти зеркально отражает динамику экономики: прогресс в экономическом развитии вызывает адекватные позитивные изменения в биржевой торговле и, напротив, спад, всякого рода деформации в народном хозяйстве ведут к отрицательным последствиям в биржах, спаду или полному прекращению биржевой торговли.

2. Биржа — слово нерусское и происходит от лат. *bursa* — «кошелек». Она истари служила не только местом купли-продажи собственно товаров (вещей), но также иных находящихся в рыночном обороте ценностей. Наряду с товарными известны валютные и фондовые биржи (о них см. § 2 темы 5). Самостоятельное место занимают биржи труда — государственные учреждения, где на постоянной основе осуществляется посредничество между работниками и работодателями в целях поддержания занятости, устранения безработицы: ведется учет тех, кто ищет работу, и оказывается содействие в трудоустройстве.

В данной теме речь пойдет только о товарных биржах — организациях, формирующих оптовый рынок путем организации и регулирования биржевых торгов. Она не касается также международных товарных бирж, представляющих оптовый рынок нескольких государств. Международные товарные биржи есть особая разновидность постоянно действующего рынка, где совершаются крупные сделки по купле-продаже биржевых товаров. Их ежегодный оборот по всем видам операций оценивается в 3,5—4 трлн долл. Важнейшие центры международной биржевой торговли находятся в США, Англии и Японии. На их

долю приходится около 98% международного биржевого оборота. Обращает на себя внимание чрезвычайно высокая концентрация биржевой торговли. Например, Лондонская фьючерсная и опционная биржа «ФОКС» обслуживает 75% биржевой торговли в Англии. В США биржевые сделки совершаются в основном на шести товарных биржах.

3. Биржам и биржевой торговле присущи определенные преимущества. Обобщенно они демонстрируют их как наиболее демократичную, по сравнению с другими, форму общения продавцов и покупателей. Главная отличительная черта бирж и биржевой торговли — не стихийный, спонтанный, а организованный, регулируемый характер складывающегося и функционирующего здесь рынка. *Во-первых*, торговля на биржах производится в виде гласных публичных торгов. Это значит, что биржа доступна для всех, кто нуждается в сбыте или покупке определенного товара. Сам процесс купли-продажи происходит открыто, спор, конкурентная борьба идут в присутствии, на глазах буквально всех участников торгов по принципу: пусть победит сильнейший. Все желающие могут получить нужную им информацию, например о количестве заключенных сделок и о складывающихся на бирже ценах. Такие процедуры сводят до минимума или даже полностью исключают какие бы то ни было махинации, злоупотребления, корыстный сговор и другие негативные явления. *Во-вторых*, биржевая торговля производится в заранее установленное время и заранее установленном месте. Это значит, что все, кто намерен принять участие в торгах, могут заблаговременно подготовиться к ним, учесть свои материально-финансовые возможности, просчитать все возможные варианты, подготовить ответные шаги, адекватные ходу торгов. *В-третьих*, биржа сама устанавливает правила торгов, которые по мере накопления опыта совершенствуются, обновляются и обогащаются, с тем чтобы в максимальной мере отразить интересы тех, кто придет на биржу в качестве продавцов, покупателей и иных участников биржевой торговли.

4. История и нынешнее состояние товарных бирж России характеризуются и драматичностью, и противоречивостью. Первая товарная биржа была учреждена Петром I в Петербурге (1703 г.). Долгое время она бездействовала. Лишь через сто с лишним лет, в 30—40-е гг. XIX в., появились товарные биржи в некоторых других российских городах. По-настоящему биржевое дело развернулось после реформы 1861 г., отменившей кре-

постное право. Например, в 1895 г. в Петербурге была организована первая специализированная Калашниковская хлебная биржа. К 1914 г. работало 115 бирж. С началом Первой мировой войны биржи были закрыты. В январе 1917 г. они открылись снова, но через месяц были опять закрыты.

Сразу после окончания Гражданской войны, в первые же месяцы нэпа, биржи стихийно, при отсутствии каких-либо нормативных актов новой власти, стали возобновлять свою деятельность. 23 августа 1922 г. вышло постановление Совета труда и обороны, узаконившее эту инициативу. В 1925 г. насчитывалась уже 101 товарная биржа, а в 1926 г. их уже было 114. Биржи создавались как негосударственные организации, но при строгом контроле за ними. Государство регистрировало биржи и давало заключение об их ликвидации, осуществляло надзор за деятельностью, проводило текущие проверки, получало сведения о товарообороте бирж. В феврале 1930 г. биржи были ликвидированы.

Возродились товарные биржи в России с началом нынешних реформ экономики. Пик биржевой торговли пришелся на 1991 г. Вызвано это было столкновением двух встречных интересов. Во-первых, с разрушением государственной вертикали в управлении экономикой, а позднее и с распадом СССР многие предприятия утратили гарантированные рынки сбыта, потеряли прежних партнеров. На складах скопились неиспользуемые готовая продукция, сырье, материалы и другие товары. Их было выгоднее реализовать по свободным рыночным, а не по действовавшим параллельно с ними государственно-регулируемым ценам, которые были намного ниже рыночных. Такую возможность как раз и предоставляли биржи. Во-вторых, советской экономике, по сравнению с формировавшейся рыночной экономикой, которой всегда не хватает денег, был присущ качественно иной недостаток — наличие свободных денежных средств у предприятий при возрастающем дефиците товаров, в результате чего денежный спрос постоянно превышал предложение в виде готовой продукции, а также различных компонентов производства. Предприятия, получив самостоятельность в распоряжении финансами, спешили воспользоваться открывшейся возможностью отоварить имеющуюся денежную массу, приобрести необходимые им товары. Для них биржа

также стала удобным местом для удовлетворения этих потребностей.

Встречные интересы потенциальных продавцов и покупателей «легли» на добротное материальное и кадровое обеспечение. В СССР повсеместно действовала сеть государственных органов и оптовых баз материально-технического снабжения системы Госснаба. В прежнем виде они оказались не востребованы реформируемой экономикой и прекратили свою деятельность. На базе многих из них стали создаваться товарные биржи, вобравшие в себя и имущество, и организационную структуру, и кадры прежнего Госснаба. Географическое расположение бирж обычно соответствовало территории, ранее обслуживаемой госнабовскими организациями.

Быстрому развертыванию бирж способствовала также практика, наработанная при советской власти, особенно в последние годы ее существования, проведения ярмарок. Ярмарки отличаются от бирж тем, что проводятся нерегулярно, эпизодически, обычно раз в год, например весенние, осенние, зимние ярмарки. Да и организационно они обеспечиваются иначе. Вместе с тем ярмарки роднит с биржами гласность, публичность торговли. Предметом заключаемых сделок, как правило, являются не привезенные на ярмарку конкретные товары, а их образцы, описания.

Первая биржа в современной России — Московская товарная биржа — зарегистрирована 19 мая 1990 г. За ней быстро последовали другие, многие из которых заслуженно превратились в общегосударственные центры торговли. Примечательным было создание не только крупных всероссийских бирж и бирж субъектов РФ, но также многочисленных местных, действовавших в масштабе района, города. В отдельных небольших городах имелось по нескольку бирж. К середине 1991 г. было официально зарегистрировано 110 бирж, а к концу года, по подсчетам специалистов, их насчитывалось около 500 — больше, чем во всех остальных странах мира, вместе взятых. Однако торговля на многих биржах напоминала традиционные сделки купли-продажи на оптовом рынке. На продажу выставлялись лишь товары, реально доставленные на биржу. Реализовывались мелкосерийные партии и даже единичные товары, товары в «одном экземпляре». В биржевых операциях применялись не денежные

расчеты, а использовался товарный бартер - просто менялся товар **на** товар.

В 1992 г. наметился резкий спад биржевой активности. На ступило время напомнить о себе известному принципу «мавр сделал свое дело — мавр может уходить». Биржи **в** основном выполнили выпавшую на них миссию. Это было вызвано тем, что цены на подавляющее большинство товаров перестали быть предметом государственного регулирования; свободные цены, цены договоренности оказалось возможным устанавливать помимо бирж. С помощью бирж между хозяйствующими субъектами были восстановлены прежние экономические связи или налажены новые. Надобность **в** биржах как месте **встречи** с потенциальными партнерами отпала. Услуги бирж приводили лишь к дополнительным ненужным расходам. В результате интерес к биржам утратили как товаропроизводители, так и покупатели. Ряд бирж, не выдержавших конкуренции с более крупными и сильными, разорались **и** ликвидировались или перешли под покровительство последних **сливались** с ними, становились их филиалами и т. д. Большинство же их реорганизовались в обыкновенные торговые дома и торгово-розничные предприятия.

Эта эволюция вполне объяснима конкретно-историческими условиями, в которых формировался российский товарный рынок. По оценке специалистов, существующее ныне количество реально функционирующих товарных бирж вполне способно обеспечить не только потребности национальной экономики, но и, по меньшей мере, стран ближнего зарубежья. Наряду с биржами активно развиваются другие формы организованной торговли — конкурсы, аукционы, ярмарки. Таким образом, всего за несколько лет товарные биржи России прошли путь от возникновения и быстрого роста к спаду активности, а затем **к** проведению нормальной биржевой торговли **с** преобладанием в ней типично биржевых сделок.

5. Становление и развитие бирж, как и решение многих других экономических, социальных и политических вопросов **в** России последних лет, происходило в условиях **отсутствия** адекватной **нормативно-правовой** основы, в значительной **мере** стихийно. Нормативно-правовая основа формировалась на ходу, с **заметным** отставанием от потребностей рынка. Первый нормативный акт — Временное положение **о** деятельности товарных бирж в РСФСР — был утвержден постановлением Со-

вета Министров РСФСР от 20 марта 1991 г. № 161'. Положение состояло из 13 небольших статей, а его текст занимал менее полутора страниц. В нем констатировалась необходимость создания товарных бирж, а государственные органы обязывались оказывать содействие их образованию. Учредителями бирж могли выступать предприятия, организации и отдельные граждане, а также органы государственного управления, Биржевая деятельность подлежала лицензированию. Вот, собственно, и все.

Ныне нормативно-правовая основа деятельности товарных бирж представляет собой довольно-таки стабильную систему, состоящую из трех групп актов.

Первая — акты общего характера. Они распространяют свое действие на всех участников рыночных, предпринимательских отношений, в том числе биржи. К ним относятся Конституция РФ, земельное, налоговое, трудовое и другое законодательство.

Вторую группу составляют законы и иные нормативные правовые акты, относящиеся только или преимущественно к биржам. Основополагающее значение здесь имеет Закон РФ от 20 февраля 1992 г. № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле»² (далее — Закон о товарных биржах). Некоторые нормативные акты, регулирующие статус бирж и биржевую торговлю, изданы Президентом РФ и Правительством РФ, а также министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти.

В третью группу входят нормативные акты, принимаемые и вводимые в действие самими биржами. Биржам предоставлено право самостоятельно разрабатывать учредительные документы, правила биржевой торговли, типовые договоры, положения о своих структурных подразделениях и другие внутренние документы. Это — локальные акты, они обязательны для участников биржевой торговли и работников данной биржи.

Несколько обособленное место в нормативно-правовой основе товарных бирж и биржевой торговли занимают обычаи делового оборота, которые в соответствии со ст. 5 ГК РФ также

¹ СПИ РСФСР. 1991. № 13. Ст. 170.

² Ведомости РФ. 1992. № 18. Ст. 961; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 15 апреля 2006 г. № 47-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 17. Ч. I. Ст. 1776.

участвуют в регулировании предпринимательской деятельности. Именно биржи в первую очередь имеют все необходимые условия для их формирования и деловой практической проверки. Складывающиеся и закрепляющиеся на бирже обычаи делового оборота в последующем фиксируются в различных локальных актах биржи, а наиболее удачные из них позднее получают всеобщее распространение в предпринимательстве.

6. Первые нормативные акты устанавливали одинаковый правовой режим функционирования всех бирж, их подразделения на товарные, фондовые и валютные не делалось. На товарных биржах производилась торговля как собственно товарами, так и ценными бумагами. В настоящее время товарные биржи вправе торговать ценными бумагами лишь при наличии специального разрешения (лицензии) на этот вид торговли. Фондовые отделы, где организуется торговля ценными бумагами, должны быть обособлены на товарных биржах структурно. На отношения, связанные с деятельностью фондовых и валютных бирж, фондовых и валютных секций (отделов, отделений) товарных, товарно-фондовых и универсальных бирж, не распространяется действие Закона о товарных биржах.

Сами товарные биржи по объему и содержанию деятельности неодинаковы. При их классификации на виды, кроме территориального признака (международные, всероссийские, региональные и т. п.), принимается во внимание номенклатура предметов биржевой торговли. Есть биржи универсальные, товарные, товарно-сырьевые, электронные, вторичных ресурсов, нефтяные, лесные, строительных материалов, аграрно-промышленные, аграрные, продовольственные, зерновые, военно-промышленные. Сначала преобладали универсальные биржи, которые вели торговлю по широкому кругу разнообразных товаров. К середине 1991 г. они в общем числе бирж достигли 85%. Так, на Московской товарной бирже действовали аграрно-промышленная, энерго-химическая, компьютерная секции, секция металлов, секция строительных материалов, секция приватизируемой собственности, фондовый отдел. В каждой из секций велась торговля по многим группам товаров.

Сейчас преобладает тенденция к специализации бирж по группам однородных товаров. Президент РФ в Послании 2006 г. указал на необходимость организовать на территории России

биржевую торговлю нефтью, газом с расчетом рублями. Имеется в виду осуществлять торговлю не только нефтью, но и нефтепродуктами: бензином, авиакеросином, дизельным топливом, мазутом.

ГК РФ все вещественные материальные ценности, предназначенные для продажи и обмена, объединил одним родовым понятием «товар». К товарам относятся готовая продукция, сырье, энергия, предметы личного бытового потребления и производственно-технического назначения, поставки для государственных нужд и т. д. Как следствие, членение бирж по номенклатуре предметов биржевой торговли не имеет особого правового значения. Оно сохранило значимость лишь как ориентир для предпринимателей, нуждающихся в посредничестве бирж.

Товарная биржа может иметь филиалы и другие обособленные подразделения, учреждаемые в соответствии с законодательством. Биржи могут создавать союзы, ассоциации и иные объединения. Функционируют Российский биржевой союз, Межрегиональный биржевой союз, объединяющий наиболее активные биржи страны — Межреспубликанскую универсальную товарную биржу, Московскую товарную биржу и др. Широко распространены региональные (территориальные) объединения. Организационное сближение бирж идет и по специализации. В частности, по несколько десятков бирж входят в союз «Агробиржа», Ассоциацию «Московская биржа цветных металлов» и объединение бирж «Лесное кольцо». Цель подобных объединений — координация деятельности бирж, защита интересов их членов, осуществление общих программ, в том числе организация совместных торгов.

Вместе с тем законодательство, отражая антимонопольную направленность формируемой российской рыночной экономики, предупреждает возникновение на товарных биржах могущественных конгломератов, которые представляли бы опасность для развития рынка на принципах конкуренции, свободной состязательности его участников. Запрещаются создание биржевых объединений, заключение соглашений и действия бирж, если это противоречит требованиям антимонопольного законодательства, влечет за собой устранение либо ограничение конкуренции в биржевой торговле.

7. Товарные биржи обладают статусом юридического лица со всеми присущими ему признаками начиная с наличия обособленного имущества. Однако биржи четко выделены из числа других юридических лиц. Сделано это путем введения ограничений при использовании слов «биржа» и «товарная биржа» в наименованиях коммерческих и некоммерческих организаций. Последние, а также их филиалы и иные подразделения, если они не отвечают требованиям, предъявляемым законом к правоспособности и содержанию деятельности товарной биржи, не имеют права на организацию биржевой торговли, использование в своем названии слов «биржа» или «товарная биржа» и не подлежат государственной регистрации под наименованиями, включающими эти слова в любых сочетаниях. Незаконное использование юридическим лицом в своем наименовании и (или) в рекламе слов «биржа» или «товарная биржа», а также образованных на их основе слов и словосочетаний влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда (ч. 2 ст. 14.24 КоАП РФ).

Возникает непростой вопрос: являются ли биржи коммерческими или некоммерческими организациями? Он был в центре дискуссии при воссоздании бирж в современной России, споры продолжаются и поныне. К сожалению, четкого законодательного разрешения этот вопрос не получил. Закон о товарных биржах принят, как отмечалось, в феврале 1992 г. К тому времени уже более года действовал Закон «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (декабрь 1990 г.), установивший организационно-правовые формы предприятий. Закон о товарных биржах не содержит ориентиров на то, в каких организационно-правовых формах необходимо (желательно, возможно) создание бирж. Выбор оставлен на усмотрение самих учредителей. Никаких сведений на этот счет не содержит также ПК РФ.

В принципе, по определению, сложившемуся в мировой практике, товарные биржи должны относиться к некоммерческим организациям. Ведь биржи работают не ради своей собственной выгоды. Их создают лица, заинтересованные в организации высококонкурентной торговли, выявлении объективного соотношения между спросом и предложением на рынке. Другими словами, их призвание — обслуживать участников биржевой

торговли, удовлетворять их потребности, возникающие в ходе подготовки и осуществления торговли, снижать затраты при заключении сделок. Поэтому вызывает возражение безоговорочное утверждение о том, что «биржевая деятельность представляет собой самостоятельную форму коммерческой деятельности с целью получения прибыли»¹.

К сожалению, в России с самого начала пошли по другому пути: подавляющее большинство бирж пожелали учредиться именно в качестве коммерческих организаций — товариществ, обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, акционерных обществ и т. п. В 1990—1992 гг. некоммерческими организациями были менее 3% бирж. После спада биржевого бума многие из коммерческих бирж начиная с 1993 г. сами, по собственной инициативе реорганизовывались в некоммерческие организации. Очевидна целесообразность введения дополнения в Закон о товарных биржах и установления для всех товарных бирж одинакового статуса некоммерческой организации.

Но уже сейчас биржи не являются обычными коммерческими организациями. С одной стороны, Закон предусматривает возможность выплаты членам биржи дивидендов, если они предусмотрены ее учредительными документами. Распределение прибыли между учредителями (участниками) есть признак коммерческой организации (см. ст. 50 ГК РФ). С другой стороны, действующим законодательством введены ограничения, которые не позволяют биржам отвлекаться от главного дела, ради которого они созданы, ставить свои предпринимательские интересы выше интересов обслуживаемых ими участников биржевой торговли. Биржа не может осуществлять торговую, торговую-посредническую и иную деятельность, непосредственно не связанную с организацией биржевой торговли. Биржа не вправе также осуществлять вклады, приобретать доли (паи), акции предприятий, учреждений и организаций, если указанные предприятия, учреждения и организации не ставят целью осуществление деятельности, непосредственно связанной с организацией и регулированием биржевой торговли. Это позволяет сделать вывод о том, что и теперь биржи, которые учреждены как коммерческие организации, наделены не общей, а специальной правоспособностью.

§ 2. Учреждение биржи и управление ею

1. На товарную биржу распространяется общий порядок учреждения юридических лиц с особенностями, присущими ей как организации, формирующей оптовый рынок. Учредителями товарной биржи могут быть юридические и (или) физические лица. Упомянувшееся выше Временное положение о деятельности товарных бирж в РСФСР (1991 г.) не содержало никаких ограничений, касающихся возможных учредителей бирж. Более того, оно, в частности, как бы побуждало органы государственного управления выступать учредителями этих новых экономических структур.

Закон о товарных биржах внес существенные коррективы, установив некоторые запреты. Теперь в учреждении биржи не могут участвовать органы государственной власти и управления. Запрет обусловлен причинами, выявившимися уже в самые первые месяцы функционирования товарных бирж с участием органов государственной власти и управления. Слияние последних с отдельно взятыми хозяйствующими субъектами приводило к тому, что в биржевых операциях таких товарных бирж нередко использовались финансы соответствующих государственных бюджетов, т. е. средства налогоплательщиков. Далее, к «своим» биржам органы государственной власти и управления часто принимали протекционистские меры, предоставляя им разного рода преимущества. Наконец, внутри самих товарных бирж права учредителей — негосударственных организаций фактически оказывались ограниченными по сравнению с учредителями — органами государственной власти и управления. Все это вместе взятое вело к нарушению исходного принципа рыночной экономики о равенстве участников предпринимательских отношений.

Сходными причинами объясняется и запрет на участие в учреждении товарных бирж физических лиц, которые в силу закона не могут осуществлять предпринимательскую деятельность. К числу таких лиц относятся, например, должностные лица органов государственной власти и управления.

В учреждении товарных бирж не могут участвовать банки и иные кредитные организации, получившие в установленном порядке лицензию на осуществление банковских операций; страховые и инвестиционные компании и фонды. Этот запрет вызван тем, что учреждение биржи кредитными организациями

и другими крупными финансовыми субъектами способно привести к их монополии в биржевой торговле, превращению товарных бирж в центры монополизации экономики.

Не могут быть учредителями товарных бирж общественные, религиозные и благотворительные объединения (организации) и фонды. Запрет обусловлен тем, что цели и характер деятельности данных организаций и фондов чужды деятельности товарных бирж и биржевой торговле.

Закон о товарных биржах ввел применительно к учредителям товарных бирж еще одно интересное ограничение. Доля каждого учредителя биржи в ее уставном капитале не может превышать 10%. Отсюда следует, что менее десяти не может быть и число самих учредителей. Запрет направлен на предупреждение монополизации биржевой деятельности. Иное означало бы допустимость сосредоточения биржевой торговли в руках узкой группы лиц, которые как предприниматели могли бы злоупотреблять своим исключительным (преобладающим) положением в структуре товарной биржи.

2. Учредителей необходимо отличать от других членов товарной биржи. Общее у них то, что членами биржи могут быть как юридические, так и физические лица. Для возможных членов биржи установлены те же самые запреты, что и для ее учредителей. Членами товарной биржи не вправе быть органы государственной власти и управления и должностные лица, доля одного члена биржи в ее уставном капитале не должна превышать 10% и т. д. Из этих запретов сделано лишь одно исключение. Банковские и иные кредитные организации, не имея права на членство в товарных биржах, вместе с тем могут быть членами фондовых и валютных секций (отделов, отделений) товарных бирж.

Помимо запретов, которые в равной мере распространяются на учредителей и членов товарной биржи, в отношении последней введены еще дополнительные запреты. Членами биржи не могут быть служащие данной или какой-либо другой товарной биржи; предприятия, учреждения и организации, если их руководители (заместители их руководителей или руководители их филиалов и других обособленных подразделений) являются служащими данной биржи.

Принципиальное же отличие учредителей от членов товарных бирж состоит в том, что учредители проводят всю подготовительную работу по созданию биржи: разрабатывают учреди-

гельные документы, утверждают их. **обеспечивают государственную регистрацию биржи** Члены же биржи **приходя! на псе готовое**, когда биржа уже учреждена и начала функционировать

Этим **объясняется тот факт**, что для **членов биржи**, являющихся ее учредителями, уставом биржи **могут** предусматриваться **особые** права и обязанности на бирже вне сферы биржевой торговли. Сказанное касается прав учредителей **на участие в управлении биржей**, размеров **выплачиваемых** им дивидендов и т. п. Указанные права предоставляются учредителям не более чем на три года с момента государственной регистрации биржи, после чего они как члены биржи полностью **уравниваются** с **основными** ее членами — **неучредителями**. Однако льготы учредителям не должны распространяться **на биржевую торговлю**. В биржевой торговле государство **гарантирует** равенство прав учредителей и других членов биржи.

Членство на бирже возникает **в порядке** и на условиях, установленных учредительными документами биржи. Обычно прием новых членов осуществляют исполнительные органы биржи — советы, правления и др. Членство подтверждается соответствующим документом, **выдаваемым** биржей. Отказ биржи утвердить в членстве, равно как **и** решение об исключении члена биржи или о приостановке членства по основаниям, **не** предусмотренным уставом биржи, может быть обжалован в суд.

Члены биржи имеют право: участвовать **в биржевой торговле**; участвовать **в принятии решений** на общих собраниях **членов** биржи, а также **в работе** других органов управления биржей — **в соответствии с положениями**, установленными в **учредительных документах**, и другими правилами, **действующими** на бирже; получать дивиденды, если они предусмотрены **учредительными документами** биржи.

Возможности членов биржи по участию в ее деятельности, в том числе торговле, нередко дифференцируются. На товарных биржах допустимы две категории ее **членов**: *полные члены* — с правом на участие в биржевых торгах во всех секциях (отделах, отделениях) биржи и на определенное учредительными документами биржи количество голосов **на** общем собрании членов биржи и на общих собраниях членов секций (отделов, отделений) биржи; *неполные члены* — с правом на участие в биржевых торгах в соответствующей секции (отделе, отделении) и на оп-

ределенное учредительными документами биржи количество голосов на общем собрании членов биржи и общем собрании членов секции (отдела, отделения) биржи.

3. Набор учредительных документов, необходимых для представления при государственной регистрации товарных бирж, зависит от организационно-правовой формы биржи. Если в качестве организационно-правовой формы избрано общество с ограниченной или дополнительной ответственностью, то создатели биржи обязаны заключить учредительный договор и подготовить устав, который сами же и утверждают. Учредительным документом биржи в форме акционерного общества служит устав.

Устав же является учредительным документом при создании бирж в любых организационно-правовых формах, относящихся к некоммерческим организациям. Для бирж — некоммерческих организаций наиболее подходящи, думается, три организационно-правовые формы: объединения юридических лиц (ассоциации и союзы), для создания которых необходимы учредительный договор и устав, некоммерческие партнерства и автономные некоммерческие организации, для создания которых достаточно одного устава. Учредители (участники) некоммерческих партнерств, а также автономных некоммерческих организаций вправе заключить и учредительный договор. Соответствующие документы и представляются при государственной регистрации бирж.

Таким образом, учредительным документом, обязательным для бирж всех организационно-правовых форм, является устав. Основные параметры содержания устава, независимо от организационно-правовой формы, унифицированы и предписаны Законом о товарных биржах. В уставе товарной биржи должны быть определены: структура управления и органы контроля биржи, их функции и полномочия, порядок принятия решений; размер уставного капитала; перечень и порядок формирования постоянных фондов; максимальное количество членов биржи; порядок приема в члены биржи, приостановки и прекращения членства; права и обязанности членов биржи и других участников биржевой торговли; порядок разрешения споров между участниками биржевой торговли по биржевым сделкам, деятельности биржи, ее филиалов и других обособленных подразделений.

Товарная биржа регистрируется в общем порядке, предусмотренном для государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности. Однако государственная регистрация сама по себе еще не дает права бирже на проведение торговли. Биржевая торговля может осуществляться только на основе специального разрешения — лицензии. Процедуры выдачи, аннулирования и приостановления действия лицензий на организацию биржевой торговли определяются Положением о порядке лицензирования деятельности товарных бирж на территории Российской Федерации, утвержденным постановлением Правительства РФ от 24 февраля 1994 г. № 152¹. Лицензия выдается федеральным органом исполнительной власти в области финансовых рынков. Таким органом в настоящее время является ФСФР России (см. о ней ниже § 4 настоящей темы).

Биржи ликвидируются по их собственной инициативе на основании решения высшего органа управления биржи, а также по решению суда в порядке и на условиях, предусмотренных законодательными актами Российской Федерации.

4. Управление биржами четко структурировано, строится по классической иерархической схеме. Высшим органом управления биржей является общее собрание членов биржи. Оно обеспечивает реализацию всех прав и обязанностей биржи и ее членов. Так, согласно уставу Международной универсальной биржи вторичных ресурсов, учрежденной как акционерное общество открытого типа, к исключительной компетенции общего собрания было отнесено: изменение и дополнение устава биржи; избрание совета, ревизионной комиссии, дирекции, генерального директора биржи; изменение уставного капитала; создание и ликвидация дочерних предприятий и филиалов; утверждение балансов биржи, отчетов и заключений ревизионной комиссии; утверждение порядка распределения чистой прибыли; утверждение годовых результатов деятельности биржи; определение видов оплаты вкладов, а также установление порядка и сроков внесения вкладов в уставный капитал биржи; принятие решения о прекращении деятельности биржи, назначение ликвидационной комиссии, утверждение ликвидационного баланса.

¹ САПП. 1994. № 10. Ст. 787; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 21 марта 2005 г. № 148 // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1175.

Собрания могут быть очередными и внеочередными. Очередные собрания проводятся не реже одного раза в год. Внеочередные созываются в порядке, установленном учредительными документами, например по инициативе исполнительных органов биржи, по требованию определенного числа ее членов.

Структура, компетенция, порядок формирования и деятельности других органов управления определяются внутренними документами самой биржи. Как свидетельствует опыт, в промежутках между общими собраниями роль постоянного органа управления, ведающего всеми текущими делами биржи, играет избираемый общим собранием биржевой комитет, совет, совет директоров, правление и тому подобный орган. Каждая биржа имеет избираемую общим собранием ревизионную комиссию.

Обширна информационная деятельность товарных бирж. Ограничимся одним примером. Отправной пункт в организации биржевой торговли — выставление биржевого товара на торги. Единственным основанием для этого является заявка участника биржевой торговли. Лишь по заявке товар с торгов снимается. По данным заявкам составляются бюллетени спроса и предложения и т. д. Поэтому целесообразно создание на товарной бирже информационно-издательского отдела. Необходимая составляющая нормальной работы биржи — материально-техническое и организационное обслуживание. Надо, в частности, иметь и содержать в образцовом порядке специально оборудованное для целей биржевой торговли помещение, современные средства связи, разнообразные справочные материалы. Как следствие, в структуру многих товарных бирж логично вписывается управление делами. Оно объединяет канцелярию, транспортно-экспедиционную часть, гостиницы, отделы товарных образцов, склады и иные объекты инфраструктуры.

Особые структуры создаются для производства расчетов между участниками биржевой торговли, рассмотрения споров, возникающих при заключении биржевых договоров, и совершения некоторых других операций — по усмотрению учредителей товарной биржи. Об этих структурах подробнее будет сказано в следующем параграфе настоящей темы — «Особенности биржевой торговли».

5. Эффективность товарной биржи напрямую зависит от ее служащих, их квалификации, опыта, знаний. Ими являются физические лица, не входящие в состав членов или посетите-

лей биржи. Они участвуют в деятельности товарной биржи на основе трудового договора (контракта). Последний по своему содержанию, как правило, нестандартен. В нем определяется своеобразие условий труда применительно к каждому отдельно служащему. Но в любом случае служащим биржи запрещено участвовать в биржевых сделках и создавать собственные брокерские фирмы, а также использовать служебную информацию в собственных интересах. Участие служащего биржи в биржевых сделках либо создание им собственных брокерских фирм, а также незаконное использование служащим биржи служебной информации наказывается наложением административного штрафа на граждан в размере от 10 до 25, а на должностных лиц — от 30 до 50 минимальных размеров оплаты труда (ч. 1 ст. 14.24 КоАП РФ).

Среди служащих заметно выделяются маклеры, которые подразделяются на три группы. Старший маклер обладает полномочиями вести торги в зале биржевых собраний и контролировать правильность исполнения другими — рядовыми биржевыми маклерами — своих обязанностей. Рядовые маклеры также ведут торги в зале биржевых собраний и регистрируют заключаемые на торгах сделки. Есть еще и помощники маклеров, выполняющие вспомогательные функции в зале биржевых собраний.

Товарные биржи, их союзы, ассоциации и иные объединения организуют обучение лиц — будущих служащих бирж. В последующем служащие регулярно проходят переподготовку на краткосрочных курсах, семинарах и иных формах обучения.

§ 3. Особенности биржевой торговли

1. Законодательство выделяет особенности торговли, общие для всех товарных бирж. Наряду с ними каждой бирже присущи свои особенности. Они детерминированы прежде всего тем, что биржа, организуя оптовую торговлю, вправе уточнять содержащиеся в законодательстве общие нормы с учетом конкретных условий торговли на данной бирже. Кроме того, биржа может устанавливать свои оригинальные правила, которые не известны законам и иным нормативным правовым актам.

2. Рассмотрим сначала общие особенности.

А. Они начинают просматриваться уже с товара, который может быть предметом биржевой торговли. **Биржевой товар** —

это не изъятый из оборота товар определенного рода и качества, в том числе стандартный контракт и коносамент на указанный товар, допущенный в установленном порядке биржей к биржевой торговле. Он заменимый, определяется не индивидуальными, а родовыми признаками, ему свойственны массовость, делимость, взаимозаменяемость, введение стандартизации. Все это предоставляет неограниченные возможности вести торговлю по образцам, эталонам, описаниям, сводить товар в биржевые единицы — лоты (партии однородного товара). Согласно Закону о товарных биржах не могут быть биржевым товаром недвижимое имущество и объекты интеллектуальной собственности, что значительно затруднило работу многих российских бирж, специализировавшихся на торговле такого рода товарами.

В постановлении Совета Министров — Правительства РФ от 11 мая 1993 г. № 452 «О мерах по стимулированию роста организованного товарооборота биржевых товаров через товарные биржи»¹ приведен следующий перечень групп биржевых товаров: мясо и мясопродукты, зерно, сахар, нефть и нефтепродукты, лес и лесоматериалы, хлопок, шерсть, черные металлы, цветные металлы. Обсуждается предложение отнести к биржевым товарам материальные ресурсы — нефть, нефтепродукты, зерно и др., переданные на хранение Федеральному агентству по государственному резервам. Государством в зависимости от экономической ситуации в стране принимаются меры к активизации биржевой торговли. Так было, например, осенью 2002 г., когда удалось собрать высокий урожай зерна и с целью не допустить неконтролируемого спада цен на него через биржи были организованы так называемые государственные зерновые интервенции. Сейчас обсуждается вопрос о внесении изменений в Лесной кодекс РФ, вызванных гигантским расширением «теневого» рынка леса-кругляка. Внесено предложение создать отечественную электронную биржу по торговле лесом, чтобы проводить через нее все без исключения связанные с лесом сделки, а те из них, которые миновали эту биржу, расценивать как противоправные.

В мировой практике биржевой торговли насчитывается сейчас около 65 наименований биржевых товаров. Естественно, и перечень групп этих товаров, содержащийся в постановлении Совета Министров — Правительства РФ от 11 мая 1993 г., не

¹ САПП. 1993. № 20. Ст. 1763.

является исчерпывающим. В нем приведены лишь группы товаров, наиболее типичные и распространенные на российских биржах.

По требованию участника биржевой торговли биржа обязана организовать экспертизу качества реальных товаров, реализуемых через биржевые торги.

Б. Общие особенности имеют и биржевые сделки. **Биржевой сделкой является договор (соглашение), заключаемый участниками биржевой торговли в отношении биржевого товара в ходе биржевой торговли.** В целом правовая природа биржевых сделок та же, что и сделок, заключаемых вне товарных бирж. На них распространяются нормы права о сделках, содержащиеся в части первой ГК РФ. Суть же особенностей сводится к следующему. Биржевые сделки не бывают односторонними, а во всех случаях имеют форму гражданско-правового договора (соглашения). Биржевой договор типовой, сродни договору присоединения, разрабатывается самой товарной биржей. В нем заранее изложено большинство условий. Остаются незаполненными всего несколько пунктов: имя (наименование) покупателя, количество проданного товара и его цена. На оформление такого договора хватает нескольких десятков секунд.

Заключаются сделки только на биржевых собраниях в ходе биржевых торгов. Биржевое собрание — организованная встреча членов биржи, на которой выявляются спрос и предложение на биржевые товары и заключаются сделки между участниками собрания непосредственно или через посредников. Предметом сделки является биржевой товар. Сторонами ее могут выступать лишь участники биржевой торговли. Биржевые сделки нельзя совершать от имени и за счет биржи. Введена обязательная регистрация биржевых сделок. Порядок регистрации и оформления биржевых сделок устанавливает биржа.

Сделки, совершенные на бирже, но не соответствующие вышеперечисленным требованиям, не являются биржевыми. Гарантии биржи на такие сделки не распространяются. Биржа вправе применять санкции к участникам биржевой торговли, совершающим небиржевые сделки на данной бирже.

В Законе о товарных биржах дан перечень наиболее типичных сделок, совершаемых на товарной бирже, и раскрыта их сущность. Всего выделено четыре вида биржевых сделок. *Первый вид* — сделки, связанные с взаимной передачей прав и обязанностей в отношении реального товара. *Второй* — форвард-

ные сделки по взаимной передаче прав и обязанностей в отношении реального товара с отсроченным сроком его поставки. *Третий* — фьючерсные сделки по взаимной передаче прав и обязанностей в отношении стандартных контрактов на поставку биржевого товара. *Четвертый* — опционные сделки, связанные с уступкой прав на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара. Приведенный перечень видов сделок не является исчерпывающим. Биржи в своих внутренних документах могут предусмотреть совершение также иных сделок в отношении биржевого товара, контрактов или прав.

Законодательная характеристика биржевых сделок позволяет свести их в две крупные группы. Одну составляют сделки, которые совершаются с реальным товаром. Фигурирующий в них товар уже произведен, имеется в наличии и хранится в определенном месте или находится в пути. Поэтому имеется возможность исполнить такую сделку сразу после ее заключения и по фиксированной в ней цене. К другой группе относятся сделки, заключаемые при отсутствии реального товара. Подлежащий передаче товар еще не изготовлен или продавцу предстоит его приобрести у других лиц.

За время функционирования бирж структура сделок на них заметно изменилась. Например, в 1996—1998 гг. количество биржевых сделок с реальным товаром уменьшилось почти в два раза, а с фьючерсными контрактами увеличилось в пять раз. Сейчас на долю сделок с реальным товаром приходится около 2% общего оборота. Преобладают же сделки фьючерсные, которые, как правило, заключаются не с целью покупки или продажи товара, а с целью страхования (хеджирования) сделок с реальным товаром во избежание потерь от изменения цен или получения в ходе перепродажи сделки разницы от возможного изменения цен.

Сдвиг от рынка реальных товаров к рынку прав на них означает формирование бирж нового типа — фьючерсных и опционных. В совершаемых на них сделках необходимо обращать внимание на определение цены с учетом меняющейся конъюнктуры на рынке и реальность срока их исполнения. Общее правило таково: исполнение договора оплачивается по цене, достигнутой соглашением сторон. Однако в случаях, предусмотренных законом, применяются цены, устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными орга-

нами. По соглашению сторон цены здесь устанавливаться не могут.

А каковы же юридические возможности изменить в будущем цену, определенную в договоре его сторонами? Изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке. Значит, в биржевой сделке и надлежит ее сторонам самим предусмотреть как случаи, так и условия, а коротко говоря — механизм возможного изменения цены.

Для предупреждения недоразумений и разного рода конфликтов, связанных с ценой биржевой сделки, полезно использовать рекомендации, содержащиеся в п. 2 ст. 317 ГК РФ. В денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах. В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон.

В. Наиболее ярко общие особенности биржевой торговли проявляются в субъектах, которые могут быть ее участниками. Биржевая торговля представлена весьма разнообразными участниками. Их статус неодинаков и четко определен законодательством, а также учредительными документами самой биржи. Для товарной биржи характерен непривычный для нас институт — биржевое посредничество, осуществляемое исключительно биржевыми посредниками.

Биржевое посредничество осуществляется в процессе брокерской и дилерской деятельности. *Брокерская деятельность имеет три различных варианта: совершение биржевых сделок биржевым посредником от имени клиента и за его счет; от имени клиента и за свой счет; от своего имени и за счет клиента.* Во всех трех вариантах в той или иной роли присутствует клиент — лицо, поручение которого выполняет брокер. *Дилерская деятельность, в отличие от брокерской, одновариантна. Биржевой посредник — дилер — совершает биржевые сделки от своего имени и за свой счет с целью последующей перепродажи.* Дилерская деятельность очень похожа на спекуляцию, до недавнего времени являвшуюся уголовно наказуемым деянием. Спекуля-

ция определялась как скупка и перепродажа товаров и иных предметов с целью наживы. Отличие дилера от памятного нам спекулянта главным образом состоит в том, что и покупать, и перепродавать товары дилер должен в одном и том же месте — на бирже. Кстати, термин «спекуляция» широко распространен в научной литературе при описании биржевой торговли.

Под биржевыми посредниками понимаются три различных субъекта: брокерские фирмы — организации со статусом юридического лица; брокерские конторы — филиалы или другие обособленные подразделения юридических лиц, имеющие отдельный баланс и расчетный счет; независимые брокеры — физические лица, зарегистрированные в установленном порядке как индивидуальные предприниматели, осуществляющие свою деятельность без образования юридического лица.

Непосредственными участниками биржевой торговли являются прежде всего члены товарной биржи — учредители и другие члены биржи, выступающие при этом в двух различных качествах. Во-первых, как брокерские фирмы или независимые брокеры. Это позволяет им проводить в биржевой торговле как *дилерскую деятельность* (осуществлять биржевую торговлю непосредственно от своего имени и за свой счет), так и *брокерскую* (осуществлять биржевую торговлю от имени клиента и за его счет; от своего имени за счет клиента; от имени клиента за свой счет). Во-вторых, не будучи брокерскими фирмами или независимыми брокерами. В данной ситуации возможности членов биржи несколько ограничены. Они участвуют в биржевой торговле: непосредственно от своего имени — только при торговле реальным товаром, исключительно за свой счет, без права на биржевое посредничество; через организуемые ими брокерские конторы; на договорной основе с брокерскими фирмами, брокерскими конторами и независимыми брокерами, осуществляющими свою деятельность на данной бирже.

Участие членов биржи в биржевой торговле строго персонифицировано. Уступка права на участие в биржевой торговле без передачи или продажи свидетельств (титлов) собственности на долю уставного капитала и прав на участие в управлении биржей не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законом. В порядке такого исключения члены биржи, в частности, могут сдавать в аренду (уступать на определенный договором срок) свое право на участие в биржевой торговле. Но уступать свое право они могут только одному юридическому или

физическому лицу. Соответствующий договор подлежит регистрации на бирже. Субаренда (переуступка) прав на участие в биржевой торговле не допускается.

Кроме членов биржи в биржевой торговле участвуют посетители биржевых торгов. К ним относятся юридические и физические лица — не члены биржи, имеющие в соответствии с учредительными документами биржи право на совершение биржевых сделок. Посетители могут быть постоянными и разовыми. С разовыми посетителями биржевых торгов все просто. Они имеют право на совершение сделок только на реальный товар, от своего имени и за свой счет. Иначе обстоит дело с постоянными посетителями, которые, как правило, бывают брокерскими фирмами, брокерскими конторами или независимыми брокерами. Они вправе осуществлять биржевое посредничество в порядке и на условиях, установленных для членов биржи. В отношении их установлены лишь некоторые ограничения. Число постоянных посетителей не должно превышать 30% общего числа членов биржи. Постоянные посетители не участвуют в формировании уставного капитала и управлении биржей. За право участия в биржевой торговле они обязаны вносить плату в размере, определенном биржей. Не допускается предоставление постоянному посетителю права на участие в биржевых торгах на срок более трех лет.

Таким образом, идет ли речь о членах биржи или постоянных ее посетителях, на передний план выдвигается фигура биржевого посредника. Он здесь — главное действующее лицо. Например, иностранные юридические и физические лица, не являющиеся членами бирж, могут участвовать в биржевой торговле исключительно через биржевых посредников.

Отношения между биржевыми посредниками и их клиентами определяются на основе соответствующего договора. Биржа в пределах своих полномочий также может регламентировать взаимоотношения биржевых посредников и их клиентов, применять в установленном порядке санкции к биржевым посредникам, нарушающим определенные ею правила взаимоотношений биржевых посредников с их клиентами. Биржевой же посредник вправе требовать от своих клиентов внесения гарантийных взносов на свой расчетный счет, открытый в расчетном учреждении (клиринговом центре), а также предоставления прав на распоряжение этими средствами от своего имени в соответствии с данным ему поручением.

Особая ответственность при этом ложится на биржевых брокеров. Ими являются служащие или представители организаций — членов биржи и биржевых посредников, а также независимые брокеры. Именно через них совершаются биржевые сделки в ходе биржевых торгов. Это обусловило необходимость введения дополнительных гарантий их клиентам. Пока такие гарантии распространяются на новые, ранее малоизвестные или вовсе не известные российскому законодательству и хозяйственной практике сделки — фьючерсные и опционные.

Товарные фьючерсные и опционные сделки в биржевой торговле совершаются юридическими лицами независимо от их организационно-правовой формы, а также индивидуальными предпринимателями только на основании лицензии. Правительство РФ постановлением от 9 октября 1995 г. № 981 утвердило Положение о лицензировании деятельности биржевых посредников и биржевых брокеров, совершающих товарные фьючерсные и опционные сделки в биржевой торговле¹. Положение определяет условия и порядок выдачи, приостановления и аннулирования соответствующих лицензий. Эта функция возложена на ФСФР.

При ликвидации юридического лица или прекращении действия свидетельства о государственной регистрации индивидуального предпринимателя выданная лицензия аннулируется. В случае реорганизации, изменения наименования юридического лица, изменения паспортных данных индивидуального предпринимателя, а также при утрате лицензии лицензиат обязан в 15-дневный срок подать заявление о переоформлении лицензии. Переоформление лицензии производится в порядке, установленном для ее получения. До переоформления лицензии биржевой посредник (брокер) совершает товарные фьючерсные и опционные сделки на основании ранее выданной лицензии, а в случае утраты лицензии — на основании временного разрешения.

Биржевой посредник отражает в бухгалтерской отчетности свои товарные фьючерсные и опционные сделки с дифференциацией их на совершенные за собственный счет или за счет и от имени клиентов, а также ведет отдельный учет операций по

¹ СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3982; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 21 марта 2005 г. № 148 // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1175.

каждому клиенту с указанием размера средств, полученных от него. Биржевой посредник ежегодно составляет финансовый отчет, включающий сведения о движении средств каждого клиента, и вместе с заключением аудитора о результатах ревизии его деятельности в течение трех месяцев со дня окончания финансового года представляет Комиссии по товарным биржам.

Г. Важная общая особенность биржевой торговли связана с ценой биржевых товаров. По законодательству США само существование бирж и необходимость правового регулирования их деятельности объясняются особым значением бирж в процессе ценообразования на национальном рынке. Отсюда возникает возможность злоупотреблений бирж в ценообразовательном процессе, что и требует постоянного внимания со стороны государства. Долгие годы экономика России функционировала в условиях, когда практически на все товары устанавливались государственные цены. Партнеры были лишены одного из основных элементов рыночной экономики — возможности «торговаться», договариваться о взаимовыгодной оплате за передаваемые друг другу товары, выполненные работы, оказанные услуги. Это приводило к диктату производителя над покупателем: хочешь не хочешь, а приобретай товар по предложенной (установленной государством) цене, ибо иной цены нет.

Сейчас, напротив, цены почти полностью отпущены на «волю». Федеральные власти, например, регулируют цены всего на полтора десятка видов товаров и услуг, в основном на продукцию отраслей-монополистов. Стороны свободно, без всякого внешнего давления определяют взаимосогласованную цену. Но данная свобода, если ею пользоваться произвольно, нередко оказывается мнимой, не исключает тот же диктат производителя. Необходимо еще, чтобы декларируемые принципы подкреплялись реальными рыночными механизмами, прежде всего развитием конкуренции как между товаропроизводителями, так и между покупателями.

Слабым местом отечественных бирж является получившая на них широкое распространение антирыночная по своей сути практика мены (бартера) — одновременная продажа и покупка одними и теми же лицами друг у друга различных товаров без использования денег.

Подлинная свобода при определении цен, максимальное их приближение к оптимальным как раз и достигается на товар-

ных биржах. Последние, аккумулируя в одном месте и в одно и то же время спрос и предложение, делают цену максимально приближенной к объективно существующему соотношению спроса и предложения, освобождают ее от влияния разного рода случайностей. При этом цена на каждый данный момент тем ближе к действительной, чем большие объемы спроса и предложений «встречаются» на конкретной бирже по отношению к общей массе спроса и предложений на данный товар. Тем самым только биржа может достаточно эффективно выполнять функцию ценообразования. Функция товарных бирж не ограничивается их ролью в ценообразовании на внутрисоюзном рынке. Они имеют важное значение также в выявлении цен на межгосударственных и международном (мировом) рынках.

Своеобразие биржевых цен — их непостоянство, подвижность, быстрое изменение (по нескольку раз на протяжении биржевого собрания). Сказанным объясняется существование на товарных биржах такого своеобразного института, как котировка цен. Котировка есть выявление с учетом спроса и предложения цен на товар в течение каждого дня работы биржи и фиксирование их биржей на определенный срок и дату в качестве «подсказки» продавцам и покупателям при совершении сделок. Цены регистрируются в биржевых документах и затем в той или иной форме публикуются (обнародуются). Зафиксированные биржей цены служат ориентиром для предстоящих торгов аналогичными или сходными товарами. Биржевые цены решающим образом влияют и на цены соответствующих товаров, реализуемых вне бирж.

Законодательством установлены специальные гарантии свободных цен в биржевой торговле. Биржа имеет право на самостоятельное и свободное установление: отчислений в пользу биржи от комиссионных, получаемых биржевыми посредниками в вознаграждение за посреднические операции на бирже; сборов, тарифов и других платежей, взимаемых в пользу биржи с ее членов и других участников биржевой торговли за услуги, оказываемые биржей и ее подразделениями; штрафов, взимаемых за нарушение устава биржи, правил биржевой торговли и других правил, установленных внутренними документами биржи. Однако бирже запрещается устанавливать уровни и пределы цен на биржевой товар в биржевой торговле, размеры воз-

награждения, взимаемого биржевыми посредниками за посредничество в биржевых сделках.

Д. Следующая общая особенность биржевой торговли связана с тем, что в обстановке поразивших российскую экономику неплатежей доверие к биржевой торговле и имидж самих товарных бирж во многом определяются степенью исполнения обязательств, принятых на себя участниками биржевой торговли, и прежде всего расчетной дисциплиной. Поэтому необходимо работу товарных бирж строить так, чтобы каждое заключенное на биржевых собраниях соглашение строго исполнялось всеми его сторонами. Достижению этой цели служит широкое применение в биржевой торговле зачетов взаимных требований и обязательств участников торгов. Увеличивает привлекательность биржи проводимое на ней страхование предпринимательского риска участников биржевой торговли, что дает им дополнительный шанс надежнее защищать свои интересы от возможных убытков, непредвиденной конъюнктуры на товарной бирже.

Особую значимость имеет последовательное проведение в жизнь гарантий, которые установлены законодателем в биржевой торговле при совершении типично биржевых и сравнительно новых в российской хозяйственной практике сделок — форвардных, фьючерсных и опционных. Для обеспечения исполнения названных сделок биржа обязана организовать их расчетное обслуживание путем образования расчетных учреждений (клиринговых центров), создаваемых в установленном порядке, или заключения договора с банком или иной кредитной организацией об организации расчетного (клирингового) обслуживания. Клиринговые центры могут создаваться как независимые от биржи организации биржевых посредников.

Клиринговые центры вправе: устанавливать виды, размеры и порядок взимания взносов, гарантирующих исполнение форвардных, фьючерсных и опционных сделок и возмещение ущерба, возникшего в результате полного или частичного неисполнения обязательств по этим сделкам, а также определять другие финансовые обязательства участников этих сделок; осуществлять в установленном порядке кредитование и страхование участников форвардных, фьючерсных и опционных сделок в пределах, необходимых для гарантирования этих сделок, а также возмещения ущерба в случае их неисполнения.

Е. Общая особенность биржевой торговли состоит также и в порядке разрешения споров между участниками этой торговли. На биржевую торговлю, естественно, распространяются общие процедуры рассмотрения конфликтов органами государственной власти в лице арбитражных судов и судов общей юрисдикции, куда вправе обратиться любой участник биржевой торговли. Однако и сами биржи создают для этих целей свои специальные подразделения в виде биржевых арбитражных комиссий. Главное предназначение комиссий — примирять спорящие стороны и выполнять иные функции третейского суда. Положения о названных комиссиях разрабатывают и утверждают биржи. Некоторые биржи наряду с положением издают еще специальные регламенты о порядке рассмотрения споров — своего рода локальные процессуальные кодексы. Тем самым товарные биржи создают условия не только для благоприятной торговли, но и для обеспечения в ней законности.

Пункт 1 ст. 30 Закона о товарных биржах относит к компетенции биржевых арбитражных комиссий лишь разрешение споров, связанных с заключением сделок. Указанная правовая норма обоснованно вызывает критику, так как неоправданно сужает круг споров, которые подлежат рассмотрению в структуре самой биржи. Например, биржевой арбитражной комиссии не подведомственны споры, нередко вытекающие из договоров поручения и комиссии, заключаемых клиентами с биржевыми посредниками. Не может она рассматривать также конфликты, связанные с исполнением биржевых сделок. Очевидно, правильно поступают те товарные биржи, которые принимаемыми ими локальными нормативными актами разрешают своим арбитражным комиссиям рассматривать все гражданско-правовые споры, если имеется на то согласие конфликтующих сторон. Подобные локальные нормы внешне противоречат приведенному выше положению Закона о товарных биржах. По существу же они вполне законны. Согласно ч. 6 ст. 4 АПК РФ по соглашению сторон любой возникший или могущий возникнуть спор, вытекающий из гражданских правоотношений и подведомственный арбитражному суду, до принятия последним решения может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, в том числе биржевой арбитражной комиссии. В этой связи представляется целесообразным внесение измене-

ния в ст. 30 Закона о товарных биржах и приведение ее в соответствие с более поздними законами.

Разбирательство дела арбитражной комиссией **начинается в** день поступления искового заявления. В исковом заявлении необходимо указать: дату его подачи; наименование сторон, их почтовый адрес, платежные реквизиты; цену иска, если иск подлежит денежной оценке; суть исковых требований; обязательства, на которых основаны иски, и подтверждающие их доказательства; обоснованный расчет цены иска; законодательство, на основании которого предъявляется иск; проект соглашения о гонораре арбитражной комиссии; перечень прилагаемых к заявлению документов. В Регламенте, Положении об арбитражной комиссии могут быть предусмотрены и другие требования к исковому заявлению, например обязанность заявителя до подачи искового заявления предъявить претензию непосредственно к другой стороне.

3. Специфические особенности биржевой торговли на отдельно взятой конкретной бирже устанавливаются правилами биржевой торговли, которые разрабатывает, утверждает и применяет сама биржа. В этих правилах должны быть определены:

- порядок проведения биржевых торгов;
- виды биржевых сделок;
- наименования товарных секций;
- перечень основных структурных подразделений биржи;
- порядок информирования участников биржевой торговли о предстоящих биржевых торгах;
- порядок регистрации и учета биржевых сделок;
- порядок котировки цен биржевых товаров;
- порядок информирования участников биржевой торговли о биржевых сделках на предшествующих биржевых торгах, в том числе о ценах биржевых сделок и о котировке биржевых цен;
- порядок информирования членов биржи и других участников биржевой торговли о товарных рынках и рыночной конъюнктуре биржевых товаров;
- порядок взимания расчетов членов биржи и других участников биржевой торговли при заключении биржевых сделок;
- меры по контролю над процессом ценообразования на бирже в целях недопущения резкого дневного повышения или понижения уровней цен, искусственного завышения или заниже-

ния цен, сговора или распространения ложных слухов с целью воздействия на цены;

меры, обеспечивающие порядок и дисциплину на биржевых торгах, а также порядок и условия применения этих мер;

меры, обеспечивающие соблюдение членами биржи, другими участниками биржевой торговли решений органов государственной власти и управления по вопросам, относящимся к деятельности бирж, учредительных документов биржи, правил биржевой торговли, решений общего собрания членов биржи и других органов управления биржей;

перечень нарушений, за которые биржей взыскиваются штрафы с участников биржевой торговли, а также размеры штрафов и порядок их взимания;

размеры отчислений, сборов, тарифов и других платежей и порядок их взимания биржей.

4. Нарушение биржей порядка информирования членов биржи и участников биржевой торговли о предшествовавших и предстоящих торгах, порядка осуществления контроля за механизмом ценообразования, а равно нарушение биржей положений учредительных документов о максимальном количестве членов биржи влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от 200 до 400 минимальных размеров оплаты труда (ч. 3 ст. 14.24 КоАП РФ).

§ 4. Товарные биржи и государство

1. Мировой опыт организации биржевой торговли выработал три модели товарных бирж. В одних странах биржи создаются на базе частной собственности и представляют собой негосударственные организации. В других — биржевую торговлю возглавляет государство и биржи имеют статус государственных организаций. В третьих допускается объединение тех и других элементов, т. е. товарные биржи выступают как частно-государственные организации при строго ограниченном государственном вмешательстве в их деятельность.

2. Нынешние *российские товарные биржи строятся на двух основополагающих принципах: свободе предпринимательской деятельности на рынке и государственном регулировании и контроле за этой деятельностью*. Таким образом, товарные биржи работают в условиях отсутствия прямого государственного воз-

действия на ход биржевой торговли. Однако нетрудно заметить и противоречивость между обоими принципами. Государственное регулирование и контроль могут проводиться в формах и методами, когда свобода биржевого предпринимательства окажется декларированной только на бумаге. Для устранения подобной угрозы установлены, с одной стороны, общий запрет на вмешательство высших и местных органов государственной власти и органов местного самоуправления в деятельность бирж (за исключением случаев нарушения ими законодательства), а с другой — специальные гарантии самоуправления бирж. В частности, не допускается принятие органами власти и органами местного самоуправления решений, которые могут повлечь неисполнение и (или) причинение убытков сторонам по биржевым сделкам. Такие решения признаются незаконными и отменяются в судебном порядке. Кроме того, органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также их должностные лица, действия (или бездействие) которых повлекли за собой неисполнение биржевых сделок, несут полную ответственность и возмещают нанесенные убытки (реальный ущерб и упущенную выгоду) в полном объеме. Возмещение убытков производится из соответствующих бюджетов.

3. Для осуществления контроля за деятельностью товарных бирж, биржевых посредников и биржевых брокеров была создана Комиссия по товарным биржам при федеральном антимонопольном органе. С весны 2004 г. в результате реформы федеральных органов исполнительной власти Комиссия действует при ФСФР России. Положение о Комиссии по товарным биржам при ФСФР России и ее состав были утверждены приказом руководителя ФСФР России, министра экономического развития и торговли РФ, министра сельского хозяйства РФ и руководителя ФАС России от 2 ноября 2004 г. № 04-601/пз-н/293/507/149¹.

Правительство РФ, утверждая постановлением от 30 июня 2004 г. № 317 Положение о ФСФР России, признало необходимым внести изменения в законодательство, предусматривающие передачу функций Комиссии по товарным биржам этой Федеральной службе. Соответствующие изменения внесены в

¹ Российская газета. 2004. 10 дек.

Закон о товарных биржах упоминавшимся выше Федеральным законом от 15 апреля 2006 г. № 47-ФЗ. И теперь ФСФР России выполняет функции, которые ранее принадлежали Комиссии по товарным биржам:

- 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 нарушения законодательства в биржевой торговле;
- разрабатывает и представляет в Правительство РФ предложения по совершенствованию законодательства о товарных биржах.

Для реализации этих функций ФСФР России переданы и полномочия, которыми прежде обладала Комиссия по товарным биржам. Она вправе, например:

- 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 биржи и других органов управления биржей или о прекращении деятельности, которая противоречит законодательству;
- направить в суд или арбитражный суд материалы для применения предусмотренных законом санкций к биржам и их членам, нарушившим законодательство, а в случае обнаружения признаков преступления передавать материалы в соответствующие правоохранительные органы.

Полученные ФСФР России, ее должностными лицами и служащими от биржи и (или) биржевого брокера, биржевого посредника и других участников биржевой торговли данные рассматриваются как конфиденциальные и не подлежащие оглашению без согласия последних. ФСФР России, ее должностным лицам и служащим запрещается разглашать информацию о товарных биржах и (или) биржевых брокерах, биржевых посредниках и других участниках биржевой торговли, содержащую их коммерческую тайну.

Решения ФСФР России и действия ее должностных лиц и служащих могут быть обжалованы.

4. *Непосредственный контроль за соблюдением биржей и биржевыми посредниками законодательства осуществляет государственный комиссар на бирже.* Он назначается ФСФР России и является государственным служащим. Права и обязанности государственного комиссара определяются законом и Положением о нем. Положение о государственном комиссаре на товарной бирже утверждено постановлением Правительства РФ от 24 февраля 1994 г. № 152'.

В обязанности комиссара входит: содействовать всемерному развитию конкуренции в биржевой торговле; обеспечивать соблюдение прав всех участников биржевой торговли в деятельности товарных бирж и биржевой торговле, а также в решениях органов управления товарных бирж; предотвращать любые формы дискриминации какого-либо участника биржевой торговли.

С этой целью государственный комиссар, в частности: осуществляет инспекционную проверку деятельности товарных бирж, их расчетных учреждений (клиринговых центров) и биржевой деятельности биржевых посредников, соответствия этой деятельности законодательству Российской Федерации; проверяет жалобы и заявления о нарушении товарными биржами и биржевыми посредниками законодательства Российской Федерации, в том числе жалобы на незаконность применения товарными биржами санкций; представляет в ФСФР России заключения по результатам проверок жалоб и заявлений.

Гарантией реализации полномочий государственного комиссара служит его право:

- присутствовать на биржевых торгах;
- участвовать с правом совещательного голоса в общих собраниях членов товарной биржи и общих собраниях членов отделов (отделений) товарной биржи;
- знакомиться с информацией о деятельности товарной биржи, включая протоколы и решения собраний и заседаний органов управления биржей, в том числе конфиденциального характера;
- знакомиться с учетной документацией товарных бирж и их расчетных учреждений (клиринговых центров);
- знакомиться с учетной документацией биржевых посредников о биржевых сделках;

контролировать организацию товарной биржей публичных биржевых торгов.

По материалам проверок государственный комиссар:

дает рекомендации руководству товарной биржи или биржевому посреднику об устранении обнаруженных нарушений законодательства;

направляет копию своих рекомендаций в ФСФР России либо ее территориальный орган;

вносит в ФСФР России предложения о применении санкций в связи с нарушением законодательства;

в случае обнаружения признаков преступления представляет соответствующие материалы в ФСФР России для решения вопроса о передаче их в органы прокуратуры Российской Федерации для возбуждения уголовного дела.

Вместе с тем деятельность государственных комиссаров имеет ряд ограничений. Они не могут: непосредственно или косвенно участвовать в биржевой торговле; изымать при проверке какие-либо документы или материалы товарной биржи или биржевого посредника; разглашать информацию о товарных биржах и участниках биржевой торговли, полученную в процессе проверки и содержащую их коммерческую тайну.

Разглашение полученной в процессе проверки информации, содержащей коммерческую тайну товарной биржи или биржевого посредника, дает им право на возбуждение иска о компенсации ущерба за счет государственного комиссара.

5. Федеральным законом от 15 апреля 2006 г. № 47-ФЗ изменен порядок административной ответственности за нарушения законодательства о товарных биржах и биржевой торговли, предусмотренной ст. 14.24 КоАП РФ. Федеральным органом, уполномоченным рассматривать такие дела, определена ФСФР России. Рассматривать дела от ее имени вправе руководитель ФСФР России и его заместители, а также руководители территориальных органов ФСФР России.

Тема 17 ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННЫЕ ПАЛАТЫ

§ 1. Понятие, нормативно-правовая основа и система торгово-промышленных палат. § 2. Образование и прекращение деятельности торгово-промышленных палат. Управление ими. § 3. Правовой статус торгово-промышленных палат и практика его реализации. § 4. Торгово-промышленные палаты и государство

§ 1. Понятие, нормативно-правовая основа и система торгово-промышленных палат

1. История торгово-промышленных палат в России, подобно товарным биржам, уходит в глубь веков и отмечена сходными сложностью и противоречивостью. Еще в XVIII в. императрица Екатерина I именным Указом от 24 февраля 1727 г. повелела фабрикантам съезжаться в столицу «для совету». Подготовка и проведение съездов потребовали создания соответствующих организационных механизмов — предтечи нынешних торгово-промышленных палат.

После создания советского государства, начиная с 1932 г. и вплоть до его распада, действовала сначала Всесоюзная, а с 1972 г. — Торгово-промышленная палата СССР. Она была фактически огосударствлена и входила составной частью в государственный командно-бюрократический аппарат. Ее роль сводилась главным образом к посредничеству между государственными хозяйственными структурами и иностранными субъектами экономической деятельности. Посредничество осуществлялось как внутри страны, так и за рубежом.

За десятилетия своего существования Торгово-промышленная палата СССР наладила тесное сотрудничество со **многими** зарубежными деловыми кругами, накопила полезный опыт общения с ними, пользовалась их доверием. Все положительное, что имела Торгово-промышленная палата СССР, унаследовали торгово-промышленные палаты Российской Федерации. Однако с самого начала они формировались и действовали на совпешенно иных началах.

Возрождение торгово-промышленных палат в России связано с учредительным съездом Торгово-промышленной палаты РФ (далее — ТПП РФ), состоявшимся в октябре 1991 г. Создание же их нормативно-правовой базы шло со значительным отставанием от запросов практики. Лишь 18 марта 1993 г. Президент РФ издал Указ № 351 «О Торгово-промышленной палате Российской Федерации»¹. Важной вехой в этом процессе стало принятие Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»² (далее — Закон от 7 июля 1993 г.). Некоторые нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность торгово-промышленных палат, приняты Правительством РФ, а также органами законодательной и исполнительной власти субъектов РФ.

2. *Торгово-промышленная палата является негосударственной некоммерческой организацией, объединяющей российские предприятия и российских предпринимателей.* При трактовке понятия «торгово-промышленная палата» особое внимание следует обратить на ее существенные признаки.

Во-первых, членами торгово-промышленных палат могут быть российские предприятия независимо от формы собственности и их организационно-правовой формы; индивидуальные предприниматели, зарегистрированные в порядке, установленном законодательством Российской Федерации; организации, объединяющие предприятия и предпринимателей. Общий вывод таков: члены торгово-промышленных палат есть хозяйствующие субъекты, всем им присуще свойство предпринимателя. Нынешний состав членов палат отражает качественные изменения, которые произошли за последние годы в отношении собственности. Так, подавляющую часть — более 75% — членов ТПП РФ составляют хозяйственные товарищества и общества, т. е. приватизированные и частные предприятия, около 20% приходится на государственные и муниципальные унитарные предприятия, около 3% — на некоммерческие организации. Более 67% членов палаты относится к сфере промышленности, 18% — к сфере услуг, науки и финансов, около 10% — к агропромышленному комплексу, 4,2% — к числу предприятий

¹ САПП. 1993. № 12. Ст. 996; СЗ РФ. 2000. № 15. Ст. 1576.

² Ведомости РФ. 1993. № 33. Ст. 1309; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 169-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4855.

транспорта, связи и телекоммуникаций. Весьма показательно, что более половины членов ТПП РФ — предприятия малого предпринимательства с численностью работающих от 100 до 1000 человек составляют примерно четверть. Как отмечалось в докладе президента ТПП РФ на IV съезде ТПП РФ (июнь 2002 г.), ТПП — уникальная общественная структура. Она по вертикали представляет интересы всех слоев бизнеса — малого, среднего и крупного. А по горизонтали охватывает своей деятельностью все сферы предпринимательства — промышленность, торговлю (внутреннюю и внешнюю), сельское хозяйство, финансовую систему, услуги.

Во-вторых, торгово-промышленные палаты — негосударственные организации. Это значит, что между ними и государственными органами, органами местного самоуправления нет субординации, соподчиненности, а в их отношениях имеет место взаимодействие.

В-третьих, торгово-промышленные палаты обладают статусом юридического лица. Обособление их имущества производится в форме собственности. Торгово-промышленные палаты имеют в собственности здания, сооружения, оборудование, акции, иные ценные бумаги и другое обособленное имущество, необходимое для выполнения их уставных задач, в частности образования фондов. Источниками формирования имущества торгово-промышленных палат являются вступительные и членские взносы, прибыль от хозяйственной деятельности созданных ими предприятий, иные поступления. В случае выхода из торгово-промышленной палаты ее членов уплаченные взносы не возвращаются и претензии на часть имущества торгово-промышленной палаты не принимаются. Торгово-промышленная палата отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ей имуществом, но она не отвечает по обязательствам своих членов, так же как и члены торгово-промышленной палаты не отвечают по обязательствам палаты.

В-четвертых, торгово-промышленные палаты вправе создавать свои предприятия и учреждения. Предприятия, созданные торгово-промышленными палатами, владеют, пользуются и распоряжаются закрепленным за ними имуществом на праве хозяйственного ведения в соответствии с целями и задачами, предусмотренными их уставами, а также договорами, заключаемыми торгово-промышленными палатами с указанными пред-

приятными. За учреждениями, созданными торгово-промышленными палатами, имущество закрепляется на праве оперативного управления. Торгово-промышленная палата не отвечает по обязательствам созданных ею предприятий, так же как и эти предприятия не отвечают по обязательствам торгово-промышленной палаты.

В-пятых, торгово-промышленные палаты относятся к юридическим лицам — некоммерческим организациям. Следовательно, извлечение прибыли не составляет основную цель их деятельности. Торгово-промышленная палата может заниматься предпринимательской деятельностью лишь постольку, поскольку это необходимо для выполнения ее уставных задач. Полученная прибыль между членами торгово-промышленной палаты не распределяется.

В-шестых, будучи некоммерческими организациями, торгово-промышленные палаты обладают не общей, а специальной правоспособностью. Особенность их, по сравнению с другими некоммерческими организациями, состоит в том, что цели торгово-промышленных палат исчерпывающе определены Законом от 7 июля 1993 г. Торгово-промышленные палаты создаются в целях содействия развитию экономики Российской Федерации, ее интегрированию в мировую хозяйственную систему, формированию современной промышленной, финансовой и торговой инфраструктуры, созданию благоприятных условий для предпринимательской деятельности, урегулированию отношений предпринимателей с их социальными партнерами, всемерному развитию всех видов предпринимательства, торгово-экономических и научно-технических связей предпринимателей Российской Федерации с предпринимателями зарубежных стран.

Суть специальной правоспособности торгово-промышленных палат раскрывается словом «содействие». Они не имеют никаких собственных целей, которые ограничивались бы интересами непосредственно самих торгово-промышленных палат. Назначение последних иное — помогать другим, поддерживать их. Главным, а то и единственным конкретным субъектом, вокруг которого сосредоточены поддержка, содействие торгово-промышленных палат, — предприниматели, хозяйствующие субъекты всех видов.

Для достижения стоящих перед ними целей торгово-промышленные палаты выполняют следующие задачи:

оказывают помощь российским предприятиям и предпринимателям, представляют и защищают их интересы по вопросам, связанным с осуществлением хозяйственной деятельности, в том числе и за границей;

содействуют развитию всех видов предпринимательской деятельности с учетом экономических интересов субъектов РФ, отраслей народного хозяйства и предприятий;

организуют взаимодействие между субъектами предпринимательской деятельности, их взаимодействие с государством в лице его органов, а также с социальными партнерами;

содействуют развитию системы образования и подготовки кадров для предпринимательской деятельности в Российской Федерации, участвуют в разработке и реализации государственных и межгосударственных программ в этой области;

оказывают предпринимателям, их объединениям, союзам, ассоциациям информационные услуги, содействуют в организации инфраструктуры информационного обслуживания предпринимательства;

содействуют развитию экспорта российских товаров и услуг, оказывают практическую помощь российским предприятиям и предпринимателям в проведении операций на внешнем рынке и освоении новых форм торгово-экономического и научно-технического сотрудничества;

принимают меры, в рамках предоставленных им прав, к недопущению и пресечению недобросовестной конкуренции и неделового партнерства;

содействуют урегулированию споров, возникающих между предприятиями, предпринимателями;

обеспечивают предоставление услуг, необходимых для осуществления коммерческой деятельности иностранных фирм и организаций;

выполняют другие задачи с учетом положений международных договоров Российской Федерации.

3. Российская система торгово-промышленных палат находится еще в стадии формирования. В полном соответствии с теорией систем она пополняется все новыми недостающими ей элементами, объективно продвигаясь к оформлению оптимальной структуры. Фактором, связывающим торгово-промышленные палаты России в единую систему, являются присущие всем им и объединяющие их общие цели и задачи, о которых говорилось выше. Характерно, что инициативу в образовании но-

вых торгово-промышленных палат проявляют не «сверху», а «снизу», непосредственно сами предприниматели.

Исходное правило формирования системы состоит в том, что на одной территории может действовать только одна торгово-промышленная палата. Данное правило исключает какую бы то ни было конкуренцию между ними. Разделение труда торгово-промышленных палат осуществляется не по горизонтали, а по вертикали.

В настоящее время отчетливо вырисовывается *трехуровневая система торгово-промышленных палат.* Возглавляет ее ТПП РФ (*первый уровень*) — прямая правопреемница Торгово-промышленной палаты СССР. *ТПП РФ объединяет три группы членов.* Прежде всего, ее членами являются все территориальные торгово-промышленные палаты, которые на законных основаниях образованы и действуют в России. Вторая группа — российские предприятия и предприниматели. Третья группа членов — организации, объединяющие предприятия и предпринимателей: Ассоциация российских банков, Лига содействия оборонным предприятиям, Союз нефтепромышленников, Российское агентство поддержки малого и среднего бизнеса, Российский союз страховщиков, Российский союз промышленников и предпринимателей, Российский биржевой союз, Союз фондовых бирж, Ассоциация делового сотрудничества с зарубежными странами MOST и др. Кстати, между ТПП РФ и Российским союзом промышленников и предпринимателей уже давно установлено взаимное членство.

ТПП РФ выполняет свои задачи и функции на федеральном уровне и обладает всеми правами, необходимыми для их осуществления. Она в соответствии со своим уставом и положениями Закона от 7 июля 1993 г. осуществляет представительские функции как в Российской Федерации, так и за границей, объединяет на федеральном уровне торгово-промышленные палаты, осуществляет общую координацию их деятельности.

Второй уровень составляют региональные палаты, которые действуют на территории одного или нескольких субъектов Российской Федерации.

Третий уровень — местные торгово-промышленные палаты, представленные палатами районов и городов и составляющие первичный элемент всей системы. Их пока немного. Однако число местных палат из года в год быстро увеличивается, что свидетельствует об углублении процесса образования системы,

ее стремлении дойти до каждого хозяйствующего субъекта, нуждающегося в содействии торгово-промышленной палаты.

Интенсивный процесс формирования системы торгово-промышленных палат свидетельствует о том, что создание палат как особой организационной формы объединения предпринимателей, консолидации их усилий полезно и перспективно. Они, представляя все сферы предпринимательства и все регионы России, способны полно и последовательно отстаивать интересы коммерческих организаций, индивидуальных предпринимателей и занимающихся предпринимательством некоммерческих организаций.

Система торгово-промышленных палат подвижна. На начало 2005 г. она включала 83 палаты субъектов Федерации и 85 палат муниципальных образований, более 27 тыс. предприятий и организаций различных организационно-правовых форм, 166 союзов, ассоциаций и других объединений предпринимателей — членов ТИП РФ, действующих на федеральном уровне, и около 400 объединений — членов территориальных палат, действующих на региональном уровне, 15 представительств ТПП РФ в 14 странах мира.

§ 2. Образование и прекращение деятельности торгово-промышленных палат. Управление ими

1. *Основопологающий принцип образования торгово-промышленных палат — добровольность объединения их учредителей и входящих в палаты лиц.* Минимальное число учредителей, выступающих инициаторами создания торгово-промышленной палаты, не может быть менее 15.

Торгово-промышленная палата имеет один учредительный документ — устав, который разрабатывается инициаторами ее образования. Устав должен предусматривать:

наименование, цели, задачи и функции торгово-промышленной палаты;

наименование территории, в пределах которой торгово-промышленная палата осуществляет свою деятельность;

условия и порядок приема в члены торгово-промышленной палаты и выхода из нее;

права и обязанности членов торгово-промышленной палаты;

порядок образования руководящих органов торгово-промышленной палаты и их компетенцию, сроки их полномочий и порядок принятия ими решений;

источники формирования имущества торгово-промышленной палаты;

порядок внесения изменений и дополнений в устав торгово-промышленной палаты;

порядок прекращения деятельности торгово-промышленной палаты.

В уставе могут содержаться и иные положения, относящиеся к деятельности торгово-промышленной палаты.

Законом от 7 июля 1993 г. введено специфическое требование к уставам всех торгово-промышленных палат: они не должны противоречить уставу ТПП РФ. Требование это весьма рационально. Оно направлено на достижение целостного единства системы торгово-промышленных палат, на организационное обеспечение выполнения присущих системе целей и задач всеми объединяемыми ею элементами — отдельными торгово-промышленными палатами.

Для принятия устава учредители торгово-промышленной палаты созывают учредительный съезд (конференцию) или общее собрание. Кроме принятия устава на этом форуме образуются руководящие органы торгово-промышленной палаты.

2. Установлен довольно-таки сложный порядок государственной регистрации торгово-промышленных палат. *Решение о регистрации* принимается органом юстиции: о государственной регистрации торгово-промышленной палаты, созданной на территории нескольких субъектов Российской Федерации, и ТПП РФ — федеральным органом юстиции, а созданной на территории одного субъекта Российской Федерации — территориальным органом федерального органа юстиции в соответствующем субъекте Российской Федерации.

Федеральный орган юстиции или его территориальный орган после принятия решения о государственной регистрации торгово-промышленной палаты *направляет в уполномоченный регистрирующий орган* (сейчас им является подведомственная Минфину России Федеральная налоговая служба) сведения и документы, необходимые для осуществления данным органом функций по ведению Единого государственного реестра юридических лиц. Регистрирующий орган в срок не более чем пять рабочих дней со дня получения необходимых сведений и доку-

ментов вносит в Единый государственный реестр юридических лиц соответствующую запись и не позднее рабочего дня, следующего за днем внесения записи, сообщает об этом в орган, принявший решение о государственной регистрации торгово-промышленной палаты.

Торгово-промышленная палата приобретает права юридического лица со дня внесения записи о ней в Единый государственный реестр юридических лиц. Изменения и дополнения в устав торгово-промышленной палаты подлежат государственной регистрации в том же порядке и в те же сроки, что и регистрация торгово-промышленной палаты.

Отказ в регистрации возможен лишь в случае нарушения установленного законом порядка создания торгово-промышленной палаты или несоответствия ее устава законодательству Российской Федерации. Отказ в регистрации по другим мотивам является незаконным. Об отказе в регистрации соответствующий орган обязан сообщить заявителю в письменной форме в месячный срок со дня подачи заявления с указанием положений законодательства Российской Федерации, которым противоречит представленный устав. Отказ в регистрации торгово-промышленной палаты может быть обжалован в арбитражный суд.

В законодательстве особо выделено одно конкретное основание отказа в государственной регистрации. Наименование «торгово-промышленная палата» и образованные на его основе словосочетания могут быть использованы только в названиях организаций, созданных в соответствии с положениями Закона от 7 июля 1993 г. Другие организации не вправе использовать в своих названиях словосочетания «торгово-промышленная палата», «торговая палата» или «промышленная палата» и не подлежат государственной регистрации под наименованиями, включающими эти словосочетания.

3, Порядок прекращения деятельности торгово-промышленных палат максимально приближен к общему порядку прекращения деятельности юридических лиц. Он производится путем реорганизации (слияния, присоединения, разделения, выделения) или ликвидации. Реорганизация и ликвидация торгово-промышленных палат осуществляются решениями их высших руководящих органов. Торгово-промышленные палаты могут быть ликвидированы также в случаях и порядке, установленных законодательством Российской Федерации. Федеральный орган юстиции или его территориальный орган после принятия реше-

ния о государственной регистрации торгово-промышленной палаты в связи с ее ликвидацией или торгово-промышленной палаты, создаваемой путем реорганизации, направляет в уполномоченный регистрирующий орган сведения и документы, необходимые для осуществления данным органом функций по ведению Единого государственного реестра юридических лиц. Торгово-промышленная палата считается реорганизованной или ликвидированной с момента внесения необходимых изменений в реестр юридических лиц.

В случае слияния двух или нескольких торгово-промышленных палат все имущественные права и обязанности каждой из них переходят к вновь образованной торгово-промышленной палате. При присоединении торгово-промышленной палаты к другой торгово-промышленной палате к последней переходят все имущественные права и обязанности присоединенной палаты. В случае разделения торгово-промышленной палаты к образованным в результате этого разделения торгово-промышленным палатам переходят в соответствующих частях имущественные права и обязанности реорганизованной торгово-промышленной палаты. При выделении из торгово-промышленной палаты одной или нескольких торгово-промышленных палат к каждой из них переходят в соответствующих частях имущественные права и обязанности реорганизованной торгово-промышленной палаты. Разделение имущественных прав и обязанностей утверждается высшим руководящим органом реорганизованной торгово-промышленной палаты.

Имущество ликвидированной торгово-промышленной палаты после удовлетворения претензий кредиторов направляется на цели, предусмотренные ее уставом.

4. *Структуру управления* — виды управленческих подразделений, их полномочия, порядок принятия и исполнения решений, штатное расписание, численность работников, формы и размеры оплаты труда и материального стимулирования их труда — *самостоятельно устанавливает сама торгово-промышленная палата*. Например, управление ТПП РФ, помимо съезда ее членов, осуществляет правление во главе с его председателем. В состав правления входит 56 человек — руководители региональных торгово-промышленных палат, представители предпринимательских организаций и их объединений. В целях содействия развитию различных видов предпринимательства в России, поддержки новых экономических структур, распространения отече-

ственного и зарубежного опыта их работы в условиях рыночной экономики в составе ТПП РФ создаются постоянно действующие комитеты по видам предпринимательской деятельности, в частности комитеты по правовой экспертизе и совершенствованию законодательства, деловому образованию, взаимодействию со средствами массовой информации, содействию внешнеэкономической деятельности, экологии и охране окружающей среды, вопросам социальной политики, выставочно-ярмарочной деятельности, информатике и телекоммуникациям, фондовому рынку, фермерству и другим видам предпринимательства в аграрной сфере, банковской и страховой деятельности, промышленной политике и конверсии, развитию частного предпринимательства, малого и среднего бизнеса, рекламной деятельности. Система комитетов выстраивается соответственно потребностям, возникающим в предпринимательском сообществе. Например, созданы: в 2002 г. — комитет безопасности предпринимателей, который рассматривает их обращения с просьбой о защите, а в 2005 г. — комитеты по лесной промышленности и лесному хозяйству и по предпринимательству в сфере средств массовой информации и книгоиздания. Всего создано более 30 комитетов.

Центральный аппарат палаты имеет ряд подразделений: по работе с территориальными палатами, по работе с объединениями предпринимателей, внешних связей и международных организаций, информационно-аналитическое, договорно-правовое, правовой экспертизы и совершенствования законодательства, делового образования, контроля и документации, валютно-финансовое, бухгалтерского учета и отчетности, капитального строительства и материально-технического обеспечения. В управленческую структуру ТПП РФ входит также ревизионная комиссия.

Сходным образом конструируется структура управления в региональных и местных торгово-промышленных палатах, естественно, с учетом масштабов их деятельности.

§ 3. Правовой статус торгово-промышленных палат и практика его реализации

1. Привлекательность торгово-промышленной палаты для предпринимателей определяется в первую очередь ее реальными возможностями в оказании содействия хозяйствующим субъектам. *Конкретные права торгово-промышленных палат в пределах установленной им специальной правоспособности закреп-*

ляются уставами палат. Эти права подразделяются на две группы. Первую составляют права, перечень которых приведен в ст. 12 Закона от 7 июля 1993 г. Они в уставе палаты уточняются и развиваются применительно к составу членов палаты, особенностям обслуживаемой ею территории и иным факторам. Во вторую группу входят права, которыми наделила себя сама торгово-промышленная палата, отразив их в своем уставе. Главное требование к таким правам состоит в том, чтобы они не противоречили законодательству Российской Федерации. Важность обеих групп правомочий и высокая ответственность палат за их надлежащую и полную реализацию подчеркиваются тем обстоятельством, что юридические документы, выданные торгово-промышленными палатами в пределах их компетенции, признаются на всей территории Российской Федерации.

2. В Законе от 7 июля 1993 г. названо более десятка правомочий палат. В частности, они имеют право оказывать содействие российским и иностранным предприятиям и предпринимателям в патентовании изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрации товарных знаков, знаков обслуживания и наименований мест происхождения товаров.

Торгово-промышленные палаты могут проводить по поручению российских и иностранных предприятий и предпринимателей экспертизы, контроль качества, количества и комплектности товаров. Например, на одном из вятско-полянских предприятий Кировской области, куда поступила партия итальянского оборудования, долго сомневались, стоит ли тратить деньги на экспертизу. Все же решились привлечь экспертов Вятской торгово-промышленной палаты. И, как оказалось, не зря: эксперты, выехав на место и вскрыв ящики, обнаружили негодность и большую некомплектность оборудования. Если бы этого не было сделано, предприятие понесло бы огромные убытки в валюте.

Торгово-промышленные палаты вправе удостоверить в соответствии с международной практикой сертификаты происхождения товаров, а также другие документы, связанные с осуществлением внешнеэкономической деятельности. Это их полномочие активно развивается. Если в 1993 г. палаты выдавали только два вида сертификатов по 3 тыс. экземпляров в год, то в 2005 г. — уже шесть видов сертификатов, а общее число экземпляров сертификатов приблизилось к 500 тыс.

Трудным и, пожалуй, самым рискованным в предпринимательстве является поиск подходящих партнеров, которые были бы законопослушными, предсказуемыми в своем поведении, не склонными к обману, различным авантюрам. Данная проблема — коренная в преодолении последствий экономического кризиса, она напрямую связана с инвестициями отечественных и зарубежных предпринимателей. Одна из главных причин того, что потенциальные инвесторы проявляют крайнюю осторожность во вложении капиталов в наше народное хозяйство, — неблагонадежность многих российских хозяйствующих субъектов как в сфере производства, так и в сфере обмена. Чередой разоряются считавшиеся вполне благополучными коммерческие банки, оказываются банкротами, а то и бесследно исчезают многие хозяйственные общества. Защита на российском рынке интересов инвесторов и других субъектов предпринимательства настоятельно потребовала создания особого механизма, который отслеживал бы деятельность отечественных хозяйствующих субъектов, с большей или меньшей степенью достоверности выявлял среди них заслуживающих доверия. Выбор пал на торгово-промышленные палаты. Указом Президента РФ «О Торгово-промышленной палате Российской Федерации» было принято предложение о ведении ею соответствующего реестра предприятий.

Это — оригинальное право, ранее неизвестное хозяйственной практике России. Законом от 7 июля 1993 г. оно распространено на все торгово-промышленные палаты. Всем им сейчас предоставлено право вести негосударственный реестр российских предприятий и предпринимателей, финансовое и экономическое положение которых свидетельствует об их надежности как партнеров для предпринимательской деятельности в Российской Федерации и за рубежом. Порядок ведения этого реестра определяется ТПП РФ.

К желающим попасть в реестр предъявляются достаточно жесткие требования. Претендент обязан подтвердить стабильность своего экономического положения наличием прибыли в течение последних двух лет. При этом коэффициент покрытия краткосрочных долгов должен быть не менее двух и не более четырех. Прочие требования: коэффициент срочной ликвидности, как и уровень собственного капитала, — свыше 60%, коэффициент абсолютной ликвидности — не менее 30%, отношение суммы заемных средств к сумме собственных — не свыше 70%,

отношение суммы балансовой прибыли к сумме затрат на производство должно быть больше 25%. Также необходимо иметь опережающий рост показателей на конец отчетного периода по сравнению с его начальным значением по оборачиваемости собственного капитала, рентабельности активов и продаж. Кроме того, предприятие не должно иметь просроченной задолженности по банковским кредитам и т. д.

Для внесения в реестр необходимо представить копии учредительных документов, регистрационного свидетельства, а также копии баланса и отчета о финансовых результатах, заверенные аудиторской фирмой или налоговой инспекцией, справку банка о платежеспособности и отсутствии просроченной задолженности по банковским кредитам. Регистрация действительна в течение года. Названия предприятий, внесенных в реестр, и их число — коммерческая тайна.

Хозяйствующие субъекты предъявляют повышенный спрос на правомочие торгово-промышленных палат, связанное с информационным обеспечением участников предпринимательских правоотношений. Наиболее распространенными источниками информации являются издаваемые палатами газеты, журналы и другие печатные материалы для обеспечения предпринимательской деятельности.

Среди источников этой информации следует особо выделить годовые доклады ТПП РФ, которые начали готовиться и издаваться значительным тиражом начиная с 1994 г. Они ценны тем, что освещаемая в них проблематика не носит узковедомственный характер. Годовые доклады объективно показывают широкий фон в обществе и государстве, на котором протекала деятельность торгово-промышленных палат и всех хозяйствующих субъектов в истекшем (отчетном) году, и прогнозируют социально-экономическую ситуацию, складывающуюся в предстоящем году. Обычно в докладе выделяются крупные разделы об экономическом и социальном положении страны, состоянии производства и внешнеэкономических связей, финансовом рынке, настоящем и будущем инвестиций и по другим вопросам, актуальным для эффективной предпринимательской деятельности.

Для решения задач по удовлетворению информационных потребностей предпринимателей в области деловой и коммерческой информации, законодательства, таможенного регулирования, правил внешней торговли в ТПП РФ создана Единая информационная система (ЕИС ТПП РФ). Структурно она

состоит из трех основных подсистем: локальной информационной системы, объединяющей подразделения Палаты; региональной информационной системы, объединяющей территориальные и местные торгово-промышленные палаты, включая их членов и заинтересованные предприятия регионов; международной информационной системы, позволяющей осуществить информационное взаимодействие с представительствами ТПП РФ за рубежом, международными базами данных.

ЕИС ТПП РФ обеспечивает пользователям доступ к базам данных, содержащих информацию: о российском и зарубежном законодательстве, регулирующем предпринимательскую деятельность; справочные сведения об отечественных и зарубежных предприятиях; о потенциальных партнерах; об экспортных и импортных возможностях отечественных и зарубежных предприятий; о состоянии и перспективах отечественных и международных рынков товаров и услуг; аналитическую (по запросам пользователей); о других аспектах предпринимательской деятельности.

3. Правомочия торгово-промышленных палат не ограничиваются лишь территорией России, а распространяются за ее пределы, позволяют интегрировать интересы отечественных и зарубежных предпринимателей. Законодательство предоставляет возможность российским предпринимателям через посредство торгово-промышленных палат налаживать контакты с иностранными деловыми партнерами как на территории России, так и за ее пределами. Организационно это обеспечивается прежде всего тем, что торгово-промышленные палаты вправе совместно с иностранными предприятиями и предпринимателями учреждать смешанные торгово-промышленные палаты.

Далее, торгово-промышленные палаты имеют право открывать свои филиалы и представительства не только в России, но и за границей. Палаты правомочны также создавать, реорганизовывать и ликвидировать в Российской Федерации и за границей предприятия и учреждения. В свою очередь, иностранные торговые палаты, иные предпринимательские структуры могут иметь свои представительства в России. Разрешения на открытие в Российской Федерации представительств иностранных торговых палат, смешанных торговых палат, федераций, ассоциаций и союзов предпринимателей, а также иностранных фирм и организаций, в сотрудничестве с которыми заинтересованы члены торгово-промышленных палат, выдает ТПП РФ.

Значительна роль торгово-промышленных палат в обеспечении законности и обоснованности сделок, заключаемых российскими предпринимателями с зарубежными партнерами, предупреждении возможных между ними конфликтов. Как отмечалось выше, гражданско-правовые отношения в России регулируются не только законодательством и иными правовыми актами, содержащими нормы гражданского права, но и обычаями делового оборота. Обычаи делового оборота могут органично входить в содержание договора при оформлении сделки и регулировать в последующем ее исполнение независимо от того, включены они в договор или нет. Однако кто скажет иностранцу, да и нередко нашему соотечественнику, какие обычаи сложились в той или иной сфере предпринимательства? На помощь им приходит ТПП РФ. Ей официально предоставлено право свидетельствовать торговые и портовые обычаи, принятые в Российской Федерации. Она же свидетельствует обстоятельства форсмажора в соответствии с условиями внешнеторговых сделок и международных договоров Российской Федерации.

Расширению связей и взаимопонимания российских и иностранных предпринимателей, развертыванию между ними свободной правомерной конкуренции способствует реализация торгово-промышленными палатами права организовывать международные выставки, а также обеспечивать подготовку и проведение выставок российских товаров за границей.

Укрепляет позиции российских предпринимателей во внешнеэкономических отношениях активное участие ТПП РФ в международных предпринимательских организациях. Так, она является членом Международной торговой палаты, созданной еще в 1919 г. со штаб-квартирой в Париже. Эта Палата, будучи неправительственной организацией, объединяет более 7500 предприятий и экономических ассоциаций из 130 стран. Она же имеет 60 национальных комитетов, размещенных по всему миру.

Взаимодействие российских торгово-промышленных палат с соответствующими зарубежными структурами развивается по многим направлениям. В центре внимания конечно же находятся вопросы, представляющие наибольший интерес для предпринимателей различных стран и вызывающие по тем или иным причинам их серьезную озабоченность. Например, в конце 1996 г. торгово-промышленные палаты России, Азербайджана, Армении, Белоруссии, Болгарии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Македонии, Молдавии, Таджикистана, хозяйственные

палаты Польши, Югославии и палата товаропроизводителей и предпринимателей Узбекистана подписали Соглашение о сотрудничестве в области управления предпринимательскими рисками и экономической безопасности хозяйствующих субъектов. Отдельно было подписано аналогичное Соглашение между торгово-промышленными палатами России и Латвии.

Первоочередная задача, определенная данными соглашениями, заключается в минимизации экономических и технологических рисков при вложении капитала в отдельные сферы, отрасли, регионы, предприятия, проекты и технологии. Это станет возможным благодаря проведению мониторинга политико-правовых и экономических процессов с точки зрения их влияния на инвестиционную деятельность, анализа объектов инвестирования, прогнозирования рисков, оценки надежности потенциальных партнеров.

4. Все торгово-промышленные палаты имеют право для разрешения экономических споров образовывать в соответствии с законодательством Российской Федерации третейские суды, утверждать положения о них и порядок рассмотрения споров третейскими судами. При ТПП РФ созданы и действуют Международный коммерческий арбитражный суд, Морская арбитражная комиссия и Ассоциация диспетчеров. Их деятельность регулируется законодательством Российской Федерации. В 2001 г. ТПП РФ совместно с юридическим факультетом Московского государственного университета учредили Российский центр содействия третейскому разбирательству, который проводит общественную сертификацию третейских судов и добровольную аттестацию третейских судей. С мая 2006 г. при ТПП РФ наряду с Третейским судом работает Коллегия посредников по проведению примирительных досудебных процедур. При территориальных палатах действует более 80 третейских судов.

§ 4. Торгово-промышленные палаты и государство

1. В процессе преобразования торгово-промышленных палат из командно-бюрократической структуры в негосударственные некоммерческие организации сложились, приобрели устойчивость и получили законодательное закрепление качественно новые взаимоотношения палат с органами государственной власти и органами местного самоуправления. *Эти взаимоотношения строятся на основе двух принципов. Один из них — прин-*

цип невмешательства. Вмешательство государственных органов и должностных лиц в деятельность торгово-промышленных палат, равно как и вмешательство торгово-промышленных палат в деятельность государственных органов и должностных лиц, не допускается. Данный принцип полностью распространяется и на взаимоотношения торгово-промышленных палат с органами местного самоуправления.

Однако действие принципа невмешательства не означает, что торгово-промышленные палаты находятся вне государственно-правового воздействия. Суть этого воздействия отражена во втором принципе, согласно которому соответствующие государственные органы осуществляют контроль и надзор за соблюдением торгово-промышленными палатами законодательства Российской Федерации. В пределах предоставленной компетенции контроль и надзор ведут, в частности, федеральные органы исполнительной власти (например, Федеральная антимонопольная служба, Федеральная налоговая служба), прокуратура, органы местного самоуправления.

2. По Закону от 7 июля 1993 г. государственные органы и органы местного самоуправления обязаны оказывать торгово-промышленным палатам содействие в выполнении ими всех уставных задач, реализации закрепленных в уставе прав. В столь общей формулировке фактическая их помощь палатам могла бы почти полностью зависеть от субъективного фактора — понимания руководителями органов государственной власти и органов местного самоуправления значения торгово-промышленных палат в формировании рыночной экономики, от их личных взаимоотношений с руководителями палат и т. п. Поэтому в законодательстве установлены некоторые гарантии того, чтобы органы государственной власти и органы местного самоуправления на деле проявляли заботу о палатах и их членах-предпринимателях, а также предусмотрены определенные формы взаимодействия. Например, государственные органы должны принимать меры по обеспечению торгово-промышленных палат необходимыми помещениями. Точно такая же обязанность лежит на органах местного самоуправления в случаях, когда создаются местные торгово-промышленные палаты на территориях, где функционируют эти органы, — в районах, городах.

Торгово-промышленные палаты наделены правом представлять и защищать законные интересы своих членов в государственных органах. Данное право подкреплено организационно.

Согласно постановлению Правительства РФ от 6 июля 1994 г. № 792 «О вопросах Торгово-промышленной палаты Российской Федерации»¹ были введены в состав коллегии Минэкономки РФ президент ТПП РФ и в состав коллегии Министерства внешних экономических связей РФ — вице-президент ТПП РФ (в настоящее время действует одно ведомство — Минэкономразвития России). Министерством и ведомствам Российской Федерации, отвечающим за обеспечение участия Российской Федерации в международных организациях, предложено привлекать ТПП РФ к работе в международных организациях, в том числе и к работе в составе Межведомственной комиссии по участию Российской Федерации в международных организациях системы ООН, а также межведомственных комиссий, осуществляющих координацию деятельности министерств и ведомств по участию Российской Федерации в других международных организациях.

3. *Особо тесная взаимосвязь торгово-промышленных палат с органами государственной власти и органами местного самоуправления складывается в правотворческой деятельности.* Ныне ТПП РФ лишена права законодательной инициативы. Однако она принимает участие в подготовке проектов федеральных законов, постановлений Правительства РФ, решений министерств и ведомств Российской Федерации, затрагивающих интересы предпринимателей. Правительство обязало министерства и ведомства Российской Федерации привлекать представителей ТПП РФ для участия в разработке и осуществлении государственных программ поддержки предпринимательства и развития экономики, в подготовке актов Правительства РФ по вопросам совершенствования хозяйственного механизма, предпринимательской деятельности и внешнеэкономических связей. Органам исполнительной власти субъектов РФ рекомендовано привлекать торгово-промышленные палаты, входящие в систему ТПП РФ, к подготовке нормативных актов, регулирующих хозяйственные отношения на региональном уровне, разработке и реализации программ развития экономики регионов.

Ответственное полномочие торгово-промышленных палат — осуществление независимой экспертизы проектов нормативных актов в области экономики, внешнеэкономических связей, а

¹ СЗ РФ. 1994. № 12. Ст. 1391; 2002. № 41. Ст. 3983.

также по другим вопросам, затрагивающим интересы предприятий и предпринимателей.

Сама ТПП РФ, проявляя инициативу, постоянно занимается вопросами правотворчества. Обзоры действующего законодательства и практики его применения с обоснованием предложений по совершенствованию нормативно-правовой основы предпринимательства содержатся во всех годовых докладах палаты, обсуждаются на заседаниях ее правления.

4. Эффективность содействия, которое торгово-промышленные палаты призваны оказывать предпринимателям, зависит от реальных взаимоотношений, складывающихся у каждой отдельной палаты с теми органами государственной власти и органами местного самоуправления, на территории которых она действует. А это, в свою очередь, определяется четкостью распределения ролей и степенью согласованности усилий участников взаимоотношений при решении общих задач. Как показывает опыт, высокую результативность имеют заключаемые между ними долгосрочные соглашения.

5. ТПП РФ прилагает усилия к оказанию помощи государству в решении стоящих перед ним задач, к тому, чтобы максимально полно и всесторонне представлять интересы отечественных предпринимателей в отношениях с органами власти, налаживать благоприятные для хозяйствующих субъектов связи между ними. Приведем примеры. Палата учредила благотворительный фонд «Центр помощи беспризорным детям». Фонд существует за счет взносов предпринимателей и частных пожертвований. Собранные средства расходуются для помощи детским домам. Стало традицией заключение соглашений с таможенными органами. Соглашение ТПП РФ с Федеральной таможенной службой, заключенное в 2005 г., предусматривает сотрудничество в подготовке изменений и дополнений в Таможенный кодекс РФ, в содействии экспорту российских товаров и услуг, выставочно-ярмарочной деятельности, привлечению иностранных инвестиций. В 2006 г. было заключено Соглашение с Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии, направленное на взаимопомощь сторон в разработке и внедрении технических регламентов, на развитие добровольной сертификации и стандартизации в стране.

Подобные акции на федеральном уровне служат хорошим примером для аналогичных встречных движений торгово-промышленных палат и властных структур в регионах и на местах.

Тема 18 РЕКЛАМА

*§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа рекламы.
§ 2. Правовая характеристика содержания и распространения рекламы. § 3. Саморегулирование, государственный контроль и юридическая ответственность в сфере рекламы*

§ 1. Понятие, значение и нормативно-правовая основа рекламы

1. Реклама — разновидность информации. Она обладает многими специфическими признаками, знание которых необходимо для отграничения рекламы от иной информации, что, в свою очередь, позволяет законно и обоснованно реализовывать рекламное законодательство — соблюдать, исполнять и применять его именно к рекламе, а не к каким-либо другим сходным информационным отношениям, правильно разрешать возникающие по этому поводу споры. Генетически особенность рекламы кроется в самом термине. Реклама — слово французское, означающее «выкрикивать». И реклама строится так, что она уже внешне в любых своих проявлениях выделяется из иной информации яркостью красок, необычными формой, звуком, способами распространения, с тем чтобы максимально привлечь к себе внимание тех, на восприятие кого рассчитана.

Реклама используется во всех сферах общества, а наиболее тесно соприкасается с предпринимательством. Значение здесь рекламы состоит в том, что, неся в себе информацию о физических и юридических лицах — хозяйствующих субъектах, о предлагаемых ими товарах, работах, услугах, она служит одним из эффективных средств конкурентной борьбы. Для общества, государства, граждан, для нормального функционирования рынка важно, чтобы рекламная информация не вводила в заблуждение, была достоверной, давала верное представление о конкретных предпринимателях и результатах их деятельности. Постепенно и сама реклама превратилась в самостоятельный сектор рынка и поле острой конкурентной борьбы.

2. Реклама, как вечный «спутник» рынка, расширялась по мере того, как развивались и усложнялись технические возможности распространения информации. Современная российская реклама возникла не на пустом месте. Реклама широко использовалась до Октябрьской революции 1917 г. и в первые годы советской власти в период, получивший название новой экономической политики. Реклама тогда хорошо послужила восстановлению разрушенного Первой мировой и Гражданской войнами народного хозяйства, смычке города и деревни, продвижению отечественных товаров на российский и мировой рынки. Показательно, что и в те годы в рекламе активно участвовали деятели культуры.

В последующем с утверждением командно-бюрократического управления, ликвидацией многообразия форм собственности и конкуренции, деформированием рыночных отношений свертывалась, становилась однообразной, безликой и рекламная информация. Она полностью оказалась в руках государства. Города, поселки, деревни «украшали» рекламные щиты типа «Летайте самолетами Аэрофлота», «Храните деньги в сберегательной кассе: надежно, выгодно, удобно», хотя другие самолеты не летали и не было иных мест хранения денег.

Устранение в конце 1980-х — начале 1990-х гг. государственного монополизма в народном хозяйстве, возрождение разнообразных хозяйствующих субъектов и конкуренции на рынках вызвали буквально взрыв рекламной информации. Это еще раз наглядно подтвердило ее объективную необходимость как действенного фактора социально ориентированной рыночной экономики, успешного проведения реформ, прежде всего экономических.

Реклама как объективное свойство товарного и иных рынков весьма противоречива. Наряду с отмеченными выше положительными качествами есть у нее и обратная сторона, крайне нежелательная именно для тех, на кого она рассчитана, — для потребителей рекламы: чрезвычайно высокая стоимость рекламного рынка. Известны случаи, когда цена одной минуты рекламного времени превышала миллион долларов. Оплата рекламы в российской прессе исчисляется крупными суммами за 1 кв. см используемой газетной площади. Само собой разумеется, что эти расходы компенсируются ростом цен на рекламируемые товары.

3. Из всех институтов рыночной экономики рекламу выделяет, пожалуй, самое запоздалое нормативно-правовое регулирование. *Пример рекламы убеждает, с одной стороны, в важности государственного регулирования формирующейся рыночной экономики вообще, а с другой — в необходимости делать это своевременно, в неизбежности серьезных негативных последствий отставания нормативно-правовой основы от происходящих в жизни реальных процессов, бесконтрольности за реализацией тех правовых предписаний, которые уже имеются и должны действовать.*

Можно выделить несколько относительно самостоятельных периодов становления нормативно-правовой основы российской рекламы. До 1991 г. государственно-правовое воздействие на рекламу практически отсутствовало, в законодательстве не содержалось юридических норм, которые бы прямо адресовались ей.

1991-й — первая половина 1994 г. отмечены фрагментарностью, отрывочностью нормативно-правового регулирования соответствующих общественных отношений. Относящиеся к рекламе правовые нормы были «разбросаны» по очень немногим актам и касались только тех общественных отношений, на которые распространялся тот или иной нормативный акт. Норм более или менее общего характера не было.

Первой ласточкой стал Закон о конкуренции (1991 г.), который ввел запрет на некорректные сравнения в рекламе, расценив их как одну из форм недобросовестной конкуренции. Закон РСФСР от 27 декабря 1991 г. № 2124-! «О средствах массовой информации»¹ лимитировал объем рекламы в периодических печатных изданиях и радио- и телепрограммах, не зарегистрированных в качестве специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера. Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г.² ввели запреты на рекламу неразрешенных методов лечения и лекарственных средств.

¹ Ведомости РФ. 1992. № 7. Ст. 300; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

² Ведомости РФ. 1993. № 33. Ст. 1318; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 23-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 640.

Своеобразное обобщение рекламного законодательства и практики его реализации в этот период сделала ныне упраздненная Судебная палата по информационным спорам при Президенте РФ. Поводом послужило распространение средствами массовой информации (СМИ) рекламы, опасной для жизни и здоровья людей. В первые месяцы 1994 г. на россиян со страниц многих газет и экранов телевидения обрушился буквально шквал рекламы алкогольных напитков и табачных изделий. Как следствие, в стране резко увеличилось число алкоголиков и курящих, в том числе подростков и беременных женщин, вырос уровень смертности по причине пьянства и курения.

Заслуживают внимания продолжающие оставаться актуальными и в наши дни выводы Судебной палаты по информационным спорам о мотивах, побуждающих СМИ к противоправным действиям. А мотив здесь один — деньги, получаемые от такой рекламы, которые редакции печатных изданий и телерадиокомпании обращают в свой доход. В 2006 г. объем дохода от рекламы превысил 5 млрд долл., из них 46,5% пришлось на долю телевидения.

Судебная палата 5 мая 1994 г. приняла рекомендацию, в которой обратила внимание правонарушителей на допущенное ими игнорирование законодательства. Особо она отметила необходимость ускорить подготовку закона о рекламе¹.

Важное значение в то время имел Указ Президента РФ от 10 июня 1994 г. № 1183 «О защите потребителей от недобросовестной рекламы»², положивший начало следующему периоду формирования нормативно-правовой основы рекламной деятельности. Это — первый акт столь высокого уровня, специально посвященный рекламе. Он был вызван развернувшейся к тому времени оглушительной рекламной кампанией многочисленных финансовых и страховых предпринимательских структур, агрессивной по отношению и к конкурентам, и к потребителям рекламы. 17 февраля 1995 г. был принят Указ Президента РФ № 161 «О гарантиях права граждан на охрану здоровья при распространении рекламы». Но и оба названных указа Президента далеко не решили всех проблем нормативно-правового регулирования рекламной деятельности, не устранили имевшихся существенных пробелов.

¹ Российская газета. 1994. 14 мая.

² СЗ РФ. 1994. № 7. Ст. 695.

Следующий период становления нормативно-правовой основы отношений в сфере рекламы связан с принятием Федерального закона от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе» (далее — Федеральный закон о рекламе 1995 г.). За время его действия в сфере рекламы накопилось много вопросов, ответов на которые в Законе не было. В 2001—2004 гг. в Федеральный закон о рекламе 1995 г. было внесено семь изменений и дополнений.

Однако изменяя и дополняя названный Федеральный закон, полностью преодолеть отставание нормативно-правового регулирования рекламы оказалось невозможным, он стал тормозом в развитии объективных процессов, происходящих на рекламном рынке. Новый ныне действующий Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»¹ (далее — Федеральный закон о рекламе 2006 г.) вступил в силу в основной своей части с 1 июля 2006 г., в полном объеме — с 1 января 2007 г. В связи с принятием Федерального закона о рекламе 2006 г. издан Федеральный закон от 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации...»², который коснулся более 20 таких актов.

4. Общие отличительные черты Федерального закона о рекламе 2006 г. следующие.

Во-первых, уточнен прежний и значительно пополнен используемый в нем понятийный аппарат, который более адекватно отражает реалии рекламного рынка. С изучения этого аппарата и целесообразно начинать освоение нормативно-правовой основы рекламной деятельности.

А. Ключевым понятием, пронизывающим весь понятийный аппарат и отсутствовавшим в Федеральном законе о рекламе 1995 г., является *объект рекламирования* — товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама. При этом *положения Федерального закона о рекламе 2006 г., относящиеся к изготовителю товара,*

¹ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² СЗ РФ. 2006. № 43. Ст. 4412.

распространяются также на лиц, выполняющих работы или оказывающих услуги. Таким образом, через посредство объекта рекламирования *рекламные отношения тесно переплетаются с отношениями гражданско-правовыми.* В качестве объектов рекламирования выступают субъекты гражданского права, они же субъекты предпринимательства (см. тему 4), объекты гражданских прав (см. тему 5), действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав (см. тему 8).

Б. Качественно изменена трактовка понятия рекламы. Узаконены три ее юридических признака. Это информация: 1) распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств; 2) адресованная неопределенному кругу лиц; 3) направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Первые два признака присущи любой рекламе как общему явлению, а третий указывает на особенности отдельных ее видов. В качестве последних выделены:

спонсорская реклама. Термин «спонсорство» имелся и в Федеральном законе о рекламе 1995 г., но ничего не говорилось о том, что есть спонсорская реклама и кто есть спонсор. Федеральный закон о рекламе 2006 г. четко идентифицировал *спонсорскую рекламу* как распространяемую на условии обязательного упоминания в ней об определенном лице как о спонсоре. *Спонсором* же выступает лицо, предоставившее средства либо обеспечившее предоставление средств для организации и (или) проведения спортивного, культурного либо иного мероприятия, создания и (или) трансляции теле- или радиопередачи либо создания и (или) использования иного результата творческой деятельности;

социальная реклама. В Федеральном законе о рекламе 1995 г. также речь шла о социальной рекламе, но не показывалась ее специфика, что допускало смешение социальной рекламы с другими видами рекламной информации. Федеральный закон о рекламе 2006 г. выделил две яркие особенности социальной рекламы. Первая — ее направленность на достижение благотворительных и иных общественно полезных целей. *Под благотворительной деятельностью* понимается добровольная деятельность граждан и юридических лиц по бескорыстной (безвозмездной или на льготных условиях) передаче гражданам или

юридическим лицам имущества, в том числе денежных средств, бескорыстному выполнению работ, предоставлению услуг, оказанию иной поддержки¹. Вторая особенность социальной рекламы — направленность на обеспечение интересов государства. Примерами социальной рекламы может быть распространение информации о провозглашенных Президентом РФ национальных программах — здравоохранения, образования и других и о ходе их реализации, о приглашении на контрактную службу в российскую армию и т. п. Рекламодателями социальной рекламы могут выступать физические лица, юридические лица, органы государственной власти, иные государственные органы и органы местного самоуправления, а также муниципальные органы, которые не входят в структуру органов местного самоуправления. В социальной рекламе не допускается упоминание о конкретных марках (моделях, артикулах) товаров, товарных знаках, знаках обслуживания и об иных средствах их индивидуализации, о физических и юридических лицах, за исключением упоминания о только что поименованных властных органах;

политическая реклама. Установлено, что Федеральный закон о рекламе 2006 г. на нее не распространяется. Политические отношения — качественно иные в сопоставлении с рыночными, предпринимательскими отношениями. Регулирование и тех, и других одним нормативным правовым актом недопустимо с точки зрения не только правовой, но и этической. Более того, вполне уместно поставить вопрос о целесообразности именовать информацию, используемую в политических отношениях, рекламой. Сведения о политических деятелях — руководителях государства, общественных объединений, кандидатах в органы законодательной, исполнительной и судебной власти и другая политическая информация служат целям укрепления российской политической системы вообще и государственности в частности. Оперирование ими нуждается в своем специфическом понятийном аппарате, не допускающем не только смешения, но и возникновения ассоциаций с рыночной терминологией, «обазаривающей» политические отношения.

¹ См. ст. 1 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3340; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607).

Определения политической рекламы в Федеральном законе о рекламе 2006 г. нет. Но как же распознать политическую рекламу и не допустить ее под регулирующее воздействие этого Закона? Очевидно, в оценке рекламы как политической надо исходить из постановления Центральной избирательной комиссии РФ от 20 сентября 1995 г. № 18/149-П¹. Согласно ему политическая реклама — это «распространение сведений (объявления, призывы, видеоаудиоролики и т. п.) участниками избирательного процесса через СМИ об избирательных объединениях, избирательных блоках, кандидатах в депутаты с использованием средств и приемов, отличающих рекламные материалы от других видов и жанров информации (преобладание эмоционального воздействия над смысловым, броскость, лаконизм, подчеркивание доминантного достоинства рекламируемого объекта) и признаваемых в качестве признаков рекламы федеральным законодательством и практикой СМИ, с целью формирования общественного мнения в пользу избирательных объединений, избирательных блоков, кандидатов в депутаты».

В. Конкретизированы понятия участников рекламных отношений. Изначально в рекламных отношениях участвуют три субъекта: *рекламодатель* — изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; *рекламопроизводитель* — лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; *реклама-распространитель* — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Может, конечно, сложиться ситуация, когда все три названных участника рекламных отношений выступают в одном лице (рекламодатель сам производит и распространяет рекламную информацию) или в двух лицах (рекламодатель сам лишь производит продукцию, а распространяет ее через других лиц; возможно и такое, что одно лицо по заданию рекламодателя производит и распространяет рекламную продукцию). Однако подобное случается редко, дилетантство здесь неуместно. Выдержать жесткую конкуренцию на рынке рекламы способны лишь хорошо подготовленные профессионалы, специали-

¹ Российская газета. 1995. 27 сент.

рующиеся на узком сегменте этого рынка. В настоящее время в России действуют тысячи специальных самостоятельных рекламных организаций: агентств, компаний и т. п. По оценкам специалистов, крупные рекламные агентства России обеспечивают уровень и качество рекламных услуг, соответствующие мировому стандарту. Хотя есть и хозяйствующие субъекты — акционерные общества, унитарные предприятия и другие, в структуру которых входят свои рекламные отделы. Рекламодатель, рекламопроизводитель и рекламораспространитель являются творцами рекламы, и далее в настоящей теме они объединены словосочетанием *субъекты рекламной деятельности*.

Субъекты рекламной деятельности образуют как бы одну сторону рекламных отношений. Вторая сторона, куда нацелены их объединенные усилия, — *потребители рекламы*: лица, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования направлена реклама. Именно оказание ожидаемого влияния на потребителей составляет конечную цель субъектов рекламной деятельности.

Г. В понятийном аппарате обращают на себя внимание и некоторые неудачно сформулированные положения, а именно даны легальные определения понятий «антимонопольный орган» и «товар». Между тем в Федеральном законе о защите конкуренции 2006 г. приводятся более адекватная характеристика антимонопольного органа и иная, более сжатая дефиниция товара (см. § 3 темы 10). Очевидно, что для недопущения подобных коллизий целесообразно в любом новом законе определять лишь понятия, специфичные для него, а в отношении понятий, уже истолкованных в ранее принятых законах, ограничиваться замечанием, что они используются в том же смысле, в каком это имеет место в соответствующих актах. В данном случае расхождения в раскрытии одинаковых понятий особенно недопустимы. Ведь оба названных закона регулируют одни и те же конкурентные рыночные отношения и рассчитаны на одних и тех же правоприменителей.

Во-вторых, осовременены цели Федерального закона о рекламе 2006 г., а значит, и нормативно-правового регулирования всех рекламных отношений. Ими являются развитие рынка товаров на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение

нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В-третьих, яснее очерчена *сфера применения названного Федерального закона* путем выделения объектов (см. ст. 2), на которые он не распространяется, например на сообщения властных органов, если такие сообщения не содержат сведений рекламного характера и не являются социальной рекламой; справочно-информационные и аналитические материалы (обзоры внутреннего и внешнего рынков, результаты научных исследований и испытаний), не имеющие в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой. О различных товарах и изготовителях товаров, об их достоинствах и недостатках нередко пишут писатели, поэты, драматурги и т. д., что может иметь внешнее сходство с рекламой. Ныне Федеральным законом о рекламе 2006 г. установлено: он не распространяется на упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

В-четвертых, упорядочено, стало более цивилизованным *нормативно-правовое регулирование рекламных отношений*. Здесь имеются три важные проблемы. Первая касается рекламного законодательства. Установлено, что российское законодательство о рекламе состоит из Федерального закона о рекламе 2006 г. Иные федеральные законы могут регулировать рекламные отношения только в соответствии с названным Федеральным законом.

Законодатель постоянно отслеживает положение дел на рынке рекламы, принимает меры к недопущению и (или) минимизации ее негативного влияния на общественные отношения. С этой целью вносятся изменения и дополнения в действующее законодательство о рекламе, принимаются новые законы. При формулировании в законодательстве конкретных норм права о рынке рекламы необходимо исходить из того, что он, по сути, представляет собой объективную данность. *Рынок рекламы объективен в том смысле, что отражает отношения, возникающие между участниками товарных и иных рынков. Эти же рынки, как было показано в первых темах учебника, в ходе их функционирования и развития складываются объективно, и рек-*

ламная информация не должна вносить хаос, дисгармонию в рыночные отношения.

Вторая проблема касается подзаконных нормативных правовых актов, регулирующих рекламные отношения. Их могут принимать, опять же только в соответствии с Федеральным законом о рекламе 2006 г., Президент РФ и Правительство РФ. Федеральные органы исполнительной власти, имевшие такое право по Федеральному закону о рекламе 1995 г., этого права лишены.

Третья проблема касается возможности рекламного нормотворчества субъектов Российской Федерации. Она остро встала еще в первые дни действия Федерального закона о рекламе 1995 г., ст. 3 которого не включила субъекты Федерации в число субъектов рекламного законотворчества. Между тем отдельные субъекты Федерации издали свои нормативные акты в виде законов и в иных формах, которые были направлены на регулирование рекламных отношений, что встретило возражение федерального центра. Вопрос рассматривался в Конституционном Суде РФ, принявшем по этому делу постановление от 4 марта 1997 г.¹ Оно касается соотношения федерального и регионального законодательства в регулировании как рекламных, так и рыночных отношений в целом, а потому не утратило своего значения для изучения предпринимательского права.

Конституционный Суд РФ, в частности, посчитал необходимым исходить из того, что рекламная деятельность, будучи одной из разновидностей предпринимательства, есть объект комплексного нормативного правового регулирования. В этом регулировании в зависимости от того, какие конкретно общественные отношения выступают его предметом, участвуют различные отрасли законодательства. Соответственно, различными могут быть и субъекты рекламного правотворчества — федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления.

Что касается ст. 3 Федерального закона о рекламе 1995 г., то ее действие распространялось, *во-первых*, на всю рекламную деятельность, входящую в предмет гражданского законодательства, в частности, на отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы на российских рынках товаров, работ, услуг. Именно гражданское зако-

СЗ РФ. 1997. № 11. Ст. 1372.

нодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Поскольку Конституция РФ относит гражданское законодательство к ведению Российской Федерации (п. «о» ст. 71), то законодательство о рекламе, регулирующее гражданско-правовые отношения в сфере рекламной деятельности, не может находиться ни в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов, ни в ведении субъектов Российской Федерации, и последние не вправе осуществлять собственное правовое регулирование в этой сфере.

Во-вторых, действие ст. 3 Федерального закона о рекламе 1995 г. распространялось на регулирование тех общественных отношений в рекламной деятельности, из которых складываются единство общероссийского экономического пространства и основы единого рынка. Без обеспечения здесь приоритетного, прямого действия федеральных законов и иных правовых актов федеральных органов государственной власти (в области антимонопольной политики и защиты конкуренции, ценообразования, финансового, валютного, кредитного, таможенного регулирования и т. п.) не может быть реализована на территории всего государства свобода экономической деятельности. Реклама в качестве средства продвижения товаров на общий рынок Российской Федерации как раз и призвана содействовать формированию такого рынка и единого экономического пространства. Поэтому к компетенции только федеральных органов государственной власти относится правовое регулирование рекламной деятельности в той части, в какой оно направлено на установление нормативно-правовой основы единства экономического пространства и единого рынка.

Помимо обозначенных двух групп общественных отношений оказывать нормативно-правовое воздействие на рекламную деятельность правомочны иные субъекты правотворчества. А именно: если те или иные вопросы рекламы выходят за рамки гражданско-правовых отношений, не относятся к основам единого рынка, т. е. не являются предметом ведения России-

ской Федерации, субъекты РФ могут осуществлять их законодательное регулирование в рамках, определенных Конституцией РФ, в том числе ее ст. 72, 73, 76 (ч. 2, 4—6). В силу положений ст. 130, 132 и 133 Конституции РФ органы местного самоуправления также вправе самостоятельно решать вопросы местного значения, связанные с особенностями распространения наружной рекламы, поскольку они затрагивают правомочия пользования, владения и распоряжения муниципальной собственностью.

§ 2. Правовая характеристика содержания и распространения рекламы

1. В рекламном законодательстве сформулированы конкретные нормы, призванные обеспечивать должное качество содержания и распространения рекламы с точки зрения ее соответствия целям рекламной информации. При этом действует жесткое правило: реклама, не соответствующая требованиям законодательства, является ненадлежащей. Отсюда вытекает важность того, чтобы рекламное законодательство основательно знали, единообразно понимали и реализовывали все — и субъекты рекламной деятельности, и потребители рекламы, и властные органы.

В законодательстве закреплено множество требований к рекламе, что обусловлено разнообразием ее проявлений. Требования отражают объективные потребности развития товарного, других рынков и обслуживающего их рекламного рынка, они меняются сообразно динамике, происходящей на этих рынках. Существенно модифицированы требования к рекламе и в Федеральном законе о рекламе 2006 г. По сути, в нем закреплена целая система конкретных требований к содержанию и распространению рекламы.

2. Открывают их *общие требования к содержанию рекламы*. Они распространяются на любую рекламу независимо от объектов рекламирования, видов рекламы, форм ее выражения, способов распространения.

Изложение общих требований начинается с весьма лаконичной констатации: реклама должна быть добросовестной и достоверной. Названный Федеральный закон содержательно не раскрывает, что означают понятия «добросовестная» и «достоверная» применительно к рекламе. При кажущейся очевидно-

сти их значения переводу на юридический язык, возведению в ранг неких общеобязательных норм они поддаются с трудом.

Федеральный закон о рекламе 2006 г. пошел иным путем. *Проведение в жизнь постулатов о добросовестной и достоверной рекламе он нормативно обеспечивает двумя путями: во-первых, установкой на то, что недобросовестная и недостоверная реклама не допускается, и, во-вторых, введением исчерпывающего перечня того, что конкретно признается недобросовестной, а что недостоверной рекламой.*

Недобросовестная реклама наделена четырьмя признаками (ч. 2 ст. 5). При наличии хотя бы одного из них реклама относится к недобросовестной. Особый интерес представляет признак, который прямо увязывает рекламное законодательство с законодательством о конкуренции. Недобросовестной признается реклама, которая является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством (см. выше § 3 темы 10). Таким образом, недобросовестная реклама и недобросовестная конкуренция как правонарушения по своему юридическому наполнению полностью совпадают. Следовательно, субъектам рекламной деятельности, прежде чем выпускать в свет ту или иную рекламу, надлежит убедиться, что закладываемая в нее информация не является отражением недобросовестной конкуренции, происходящей на товарном и иных рынках.

Федеральный закон о рекламе 1995 г. выделял также неэтичную рекламу, которая была весьма созвучна с рекламой недобросовестной. Ее регулирование в государственно-правовом русле оказалось еще более затруднительно, чем недобросовестной рекламы. Федеральный закон о рекламе 2006 г. от ее государственного регулирования в качестве самостоятельного рекламного отношения отказался. Оно частично слилось с регулированием недобросовестной рекламы, а в целом передано на усмотрение саморегулируемых организаций в сфере рекламы (о них см. ниже § 3).

Перечень недостоверной рекламы более внушительен, в него входит 20 конкретных признаков (ч. 3 ст. 5). Недостоверной признается, например, реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими производителями или реализуются другими продавцами; о любых характеристиках товара; о стой-

мости или цене товара, порядке его оплаты, размере скидок, тарифов и других условиях приобретения товара; о гарантийных обязательствах изготовителя или продавца товара; о правах на использование официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов) и символов международных организаций; об официальном или общественном признании, о получении медалей, призов, дипломов или иных наград; о рекомендациях физических или юридических лиц относительно объекта рекламирования либо о его одобрении физическими или юридическими лицами; о фактическом размере спроса на рекламируемый или иной товар; об изготовителе или продавце рекламируемого товара.

Федеральный закон о рекламе 1995 г. наряду с недостоверной выделял еще рекламу заведомо ложную. В Федеральный закон о рекламе 2006 г. она как особая разновидность рекламы не включена, очевидно, потому, что заведомо ложная реклама подпадает под те или иные запреты, введенные для недостоверной рекламы.

3. Вот еще некоторые общие требования к рекламе, устанавливающие запреты на определенную информацию или иным образом регулирующие ее содержание.

А. Ряд требований связан с критикой, которой ранее подвергались отдельные моменты содержания рекламной информации, и является реакцией на нее. Так, немало нареканий граждан вызывала демонстрация вредных привычек людей, антиобщественного образа жизни и тому подобных негативных явлений. Федеральный закон о рекламе 2006 г. нормативными средствами ставит заслон этому. Реклама не должна побуждать к совершению противоправных действий, призывать к насилию и жестокости, формировать негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждать таких лиц.

Названный Федеральный закон предупреждает противоправное вмешательство в рекламные отношения со стороны властных органов и их представителей, включив следующую норму: в рекламе не допускаются указания на то, что объект рекламирования одобряется органами государственной власти или органами местного самоуправления либо их должностными лицами.

Б. Остро критикуется в сфере рекламной информации ситуация, связанная с засильем иностранных слов, пренебреже-

нием словарным составом и правилами русского языка. Согласно Федеральному закону о рекламе 2006 г. в рекламе не допускается использование иностранных слов и выражений, которые могут привести к искажению смысла информации, использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации. Рекламная информация должна быть изложена на русском языке¹. По усмотрению рекламодателей в рекламе наряду с русским могут дополнительно использоваться государственные языки республик — субъектов Российской Федерации и родные языки народов России.

В. Не допускается скрытая реклама. Она нередко присутствует в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, а также в иной информации, формально распространяемой не в рекламных целях. Скрытой рекламе присуще оригинальное свойство оказывать не осознаваемое потребителем воздействие на его восприятие, в том числе путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами. Конкретная демонстрация скрытой рекламы может быть самой разнообразной. Скажем, концентрация внимания телезрителей в репортаже с правительственного приема или иного общественно значимого мероприятия с участием популярных политиков, работников науки, литературы и искусства на этикетках напитков, которые там пьют, на названиях табачных изделий, которые курят, и т. п. Широко распространенной была реклама, например, водок «Гжелка», «Смирновъ». После ее запрета тут же на телеэкранах началась демонстрация роликов, рекламирующих одноименные питьевую воду, фаршированный перец, детское питание.

Забавные эпизоды скрытой рекламы есть и в зарубежной практике. Один молодой австрийский писатель издал солидным тиражом роман, который не пользовался успехом. Тогда

¹ См.: Федеральный закон от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 23. Ст. 2199.

он поместил в газетах объявление следующего содержания: «Молодая, богатая и привлекательная женщина ищет спутника жизни, который похож на героя этого романа». В результате тираж книги разошелся за несколько дней.

Г. Помимо субъектов рекламной деятельности к общественным отношениям, связанным с рекламой, могут оказаться причастными и другие лица, результаты творчества которых используются в содержании рекламы. Вопрос о них не возникает, когда все, что включено в рекламу и сопровождает ее, сделано самими субъектами рекламной деятельности. Однако созданный *продукт в виде рекламы может полностью или частично являться объектом авторского права и смежных прав других лиц*. Часть 11 ст. 5 Федерального закона о рекламе 2006 г. содержит норму о том, что в этом случае при производстве, размещении и распространении рекламы должно соблюдаться соответствующее законодательство Российской Федерации. Законодательство это весьма обширно. Оно включает ГК РФ, законы РФ «Об авторском праве и смежных правах», «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», Патентный закон РФ и некоторые другие (см. подробнее выше § 4 темы 5).

Наиболее распространенным правонарушением здесь является производство и распространение участниками рекламных правоотношений результатов творческой деятельности без разрешения и согласия их законных владельцев, в результате чего чужая интеллектуальная собственность фактически выдается за свою. Это относится и к использованию чужих товарных знаков, чем вводятся в заблуждение потребители рекламы в отношении действительных потребительских свойств товара и места его происхождения, и к стихотворному, музыкальному, песенному сопровождению рекламной информации, чем нарушаются авторские или смежные права законных владельцев этих объектов интеллектуальной собственности.

Д. Во избежание вредного воздействия рекламы на несведущих людей Федеральный закон о рекламе 2006 г. допускает подразделение содержания рекламной информации, например при использовании в ней образов медицинских и фармацевтических работников, на два потока: один направляется любым потенциальным потребителям рекламы, а второй — только специалистам (тем же медицинским или фармацевтическим работ-

никам) или в места проведения мероприятий с их участием (см. п. 4 ч. 5 ст. 5).

4. Многие жесткие запреты при производстве рекламы обусловлены целью *защиты несовершеннолетних* от злоупотреблений их легковерностью и отсутствием у них жизненного опыта. Не допускаются: дискредитация авторитета родителей и воспитателей, подрыв доверия к ним у несовершеннолетних; побуждение несовершеннолетних к тому, чтобы они убедили родителей или других лиц приобрести рекламируемые товары; создание у несовершеннолетних впечатления о том, что обладание теми или иными товарами дает им какое-либо преимущество перед другими несовершеннолетними, а также к тому, что отсутствие этих товаров дает обратный эффект; размещение в рекламе текстовой, визуальной или звуковой информации, показывающей несовершеннолетних в опасных местах и ситуациях; преуменьшение уровня необходимых для использования товара навыков у несовершеннолетних (при этом в случае, если результаты использования товара показаны или описаны, реклама должна давать информацию о том, что реально достижимо для несовершеннолетних той возрастной группы, для которой предназначен товар); формирование у несовершеннолетних комплекса неполноценности, связанного с их внешней непривлекательностью.

5. Федеральным законом 2006 г. установлен перечень товаров, реклама которых не допускается. Перечень является исчерпывающим и не может быть расширен. Он состоит из двух групп товаров. Первая включает товары, изъятые из оборота или ограниченные в обороте: товары, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством Российской Федерации; наркотические средства, психотропные вещества и их прекурсоры; взрывчатые вещества и материалы, за исключением пиротехнических изделий; органы и (или) ткани человека в качестве объектов купли-продажи.

Во вторую группу входят товары, выпущенные в свободное обращение, однако допуск которых в рыночный оборот обусловлен теми или иными мерами государственного контроля: подлежат государственной регистрации (ее, например, должны проходить все объекты недвижимости), обязательной сертификации или иному обязательному подтверждению соответствия требованиям технических регламентов, на производство и (или) реализацию которых требуется получение лицензии или иных

специальных разрешений — в случае отсутствия соответственно регистрации, сертификации, лицензий.

6. Согласно рекламному законодательству реклама не ограничивается подачей информации о товарах, оборачивающихся на рынках, об их качестве, цене, производителях. Важный элемент содержания рекламы — ее нацеленность на налаживание и укрепление фактических правовых связей между субъектами рыночных отношений. Основной же юридической формой этих связей служит гражданско-правовой договор. Рекламное законодательство сориентировано на создание посредством рекламы благоприятных предпосылок для поиска потенциальными субъектами рекламных отношений деловых партнеров, для заключения законных и обоснованных гражданско-правовых договоров с ними.

Рекламное законодательство конкретизирует общие положения о договоре, сформулированные в ГК РФ, применительно к двум группам участников рекламных отношений. В первую входят субъекты рекламной деятельности, усилиями которых создается реклама. Их совместный труд по подготовке и выпуску на рынок столь оригинального продукта — рекламы — нуждается в четком упорядочении, что предполагает наличие государственных (правовых) и корпоративных норм, определяющих статус субъектов рекламной деятельности. Достижению такой реальности, при которой на рынках России функционировала бы реклама, надлежащая по содержанию, времени, месту и способу распространения, и до минимума была бы сведена возможность появления недобросовестной, ложной и тому подобной некачественной рекламной информации, служат закрепленные в законодательстве правила, регулирующие взаимодействие субъектов рекламной деятельности. Но этого мало. Основным юридическим документом, регламентирующим совместный труд названных субъектов, служит гражданско-правовой договор, на основании которого и строятся связи между ними. Следовательно, действует и принцип свободы договоров. Однако государство не все, что связано с рекламными договорными отношениями, оставляет на субъективное усмотрение их участников. Необходимость государственно-правового воздействия на содержание, ход заключения и реализации гражданско-правовых договоров в сфере рекламы вытекает из значения последних не только в защите интересов потребителей рекламы, но и, что тоже весьма важно, в *распределении ответственности*

ности между рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламодателем.

В Федеральном законе о рекламе 2006 г. подчеркнуто, например, что заключение договора на распространение социальной рекламы является обязательным для рекламодателя в пределах 5% годового объема распространяемой им рекламы (в том числе общего времени рекламы, распространяемой в теле- и радиопрограммах, общей рекламной площади печатного издания, общей рекламной площади рекламных конструкций). Заключение такого договора осуществляется в порядке, установленном ГК РФ.

Качество договоров и, как следствие, самой рекламы напрямую зависит от качества информации, которой располагают в момент заключения договора субъекты рекламной деятельности. Роль последних здесь не одинакова. Основным источником информации — рекламодатель. Согласно ст. 13 Федерального закона о рекламе 2006 г. он по требованию рекламодателя обязан предоставлять документально подтвержденные сведения о соответствии рекламы требованиям названного Федерального закона, в том числе сведения о наличии лицензии, об обязательной сертификации, о государственной регистрации.

Состав *второй группы* более широк. Ведь в рекламных правовых отношениях наряду с субъектами рекламной деятельности незримо присутствует четвертый, самый массовый участник — *потребитель рекламы*. Любая реклама служит тому, чтобы склонить своего потенциального потребителя к установлению гражданско-правовых договорных отношений с рекламодателями. Но к нему применен термин «незримо», потому что до поры до времени потребитель рекламы фигурирует лишь как потенциальный участник рекламных отношений. Только по свободной воле он становится участником действительным, реальным.

И здесь мы выходим на проблему, интересную теоретически и важную практически: *роль рекламы в заключении гражданско-правового договора*. По общему правилу: а) договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной; б) оферта направляется одному или нескольким конкретным лицам; в) оферта должна содержать существенные условия договора; г) оферта связывает

оферганта с момента получения ее адресатом (см. подробнее тому 8). Применительно к рекламе первой из сторон (офертантом) выступает рекламодатель, а второй (акцептантом) — потребитель рекламы.

Какие же связи существуют между приведенными общими правилами заключения гражданско-правового договора и рекламой? Казалось бы, ответ ясен. Поскольку оферта направляется конкретным субъектам, а реклама товаров, напротив, предназначена для неопределенного круга лиц, то юридической связи между ними **нет**. Однако на самом деле все не так просто. Действительно, процесс заключения гражданско-правового договора юридически не связан с рекламой, если оферта адресуется конкретным лицам. Вместе с тем законодательством предусмотрены возможности, когда реклама более или менее тесно связывает рекламодателя с потребителями рекламы.

Федеральный закон о рекламе 2006 г. устанавливает, что реклама признается офертой только в соответствии с ГК РФ. Тем самым этот Федеральный закон перебрасывает мостик между законодательством о рекламе и гражданским законодательством. Согласно же ст. 437 ГК РФ реклама признается офертой (публичной офертой), если она адресована неопределенному кругу лиц.

Сопоставление рекламного и гражданского законодательства свидетельствует о наличии двух различных ситуаций, при которых оферта юридически связывает рекламодателя и потребителей рекламы. *В первой ситуации* рекламная информация полностью соответствует требованиям, предъявляемым к публичной оферте, — содержит все существенные условия договора, недвусмысленно выражает готовность рекламодателя заключить договор с любым, кто отзовется, и т. д. (подробнее см. п. 2 ст. 437 ГК РФ). Независимо от времени, места и способа распространения, а также независимо от намерений рекламодателя подобная реклама расценивается именно как публичная оферта со всеми вытекающими отсюда последствиями, предусмотренными гражданским законодательством. Другими словами, такая реклама, хотя и предназначена для неопределенного круга лиц, юридически связывает рекламодателя с потребителем **рекламы**, пожелавшим воспользоваться сделанным в ней публичным предложением заключить договор, обязывает рекламодателя поддерживать контакты с потребителем рекламы по поводу заключения договора.

Вторая ситуация более типична для рекламы. В отличие от первой, когда от рекламодателя исходит публичное предложение о заключении договора, ответ на которое предполагается в форме акцепта потребителя рекламы, в этой ситуации реклама обращена к неопределенному кругу своих потребителей с приглашением делать оферты, нуждающиеся в акцепте рекламодателя. Такая реклама не обязывает рекламодателя вступать в преддоговорные контакты с потребителями рекламы, изъявившими желание заключить с ним договоры.

Один из сложнейших вопросов в практике применения норм права об оферте — определение срока, в течение которого она сохраняет силу, т. е. времени, в течение которого рекламодатель обязан заключить договор с откликнувшимися на рекламу. В Федеральном законе о рекламе 1995 г. этот вопрос не был решен. Сейчас закреплено правило: срок действия рекламы, признаваемой в соответствии с ГК РФ офертой, — два месяца со дня распространения рекламы при условии, что в ней не указан иной срок.

В любом гражданско-правовом договоре необходима информация о его сторонах. В отдельных случаях Федеральный закон о рекламе 2006 г. предписывает, какие сведения о себе должен указать рекламодатель. Именно так этот Федеральный закон регулирует недавно возникшее на товарных рынках явление, о котором не упоминалось в Федеральном законе о рекламе 1995 г., — рекламу товаров при дистанционном способе их продажи. В рекламе должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

В Федеральном законе о рекламе 2006 г. имеются также нормы, призванные помочь правильному разрешению споров, могущих возникнуть по поводу договоров и рекламной информации в целом между субъектами рекламной деятельности, а также между ними и потребителями рекламы. Рекламные материалы или их копии, в том числе все вносимые в них изменения, а также договоры на производство, размещение и распространение рекламы должны храниться в течение года со дня последнего распространения рекламы или со дня окончания действия таких договоров, кроме документов, в отношении ко-

торых законодательством Российской Федерации установлено иное.

7. Способы распространения рекламы (ниже в данной теме они будут называться также носителями рекламы) названным Федеральным законом сведены в семь групп: 1) реклама в телепрограммах и телепередачах; 2) реклама в радиопрограммах и радиопередачах; 3) реклама в периодических печатных изданиях; 4) реклама, распространяемая при кино- и видеообслуживании; 5) реклама, распространяемая по сетям электросвязи и размещаемая на почтовых отправлениях; 6) наружная реклама и установка рекламных конструкций; 7) реклама на транспортных средствах и с их использованием.

Реклама, размещенная на любом из носителей, создает искусственные трудности в его использовании по прямому назначению. Универсальным требованием к любому способу распространения рекламы является то, чтобы он не мешал, а точнее, максимально минимизировал помехи для использования носителей рекламы по их назначению. Здесь существует глубинное противоречие интересов субъектов рекламной деятельности и граждан. С одной стороны, частое прерывание рекламными роликами, например, телепрограмм и телепередач не только лишает телезрителей возможности нормально воспринимать передачи, включенные в программу телеканала, но и, по утверждению специалистов, способно оказать вредное влияние на их здоровье. Не случайно граждане нередко покупают кассеты (диски) с демонстрируемыми по телевидению кинофильмами, для того чтобы посмотреть их спокойно, без дерганья рекламой. С другой стороны, доходы от размещения рекламы служат важным, а то и единственным источником средств, позволяющих телекомпаниям осуществлять свою работу.

Требования законодателя, отражающие особенности отдельных способов рекламы, и подчинены тому, чтобы сгладить это противоречие установлением четких правил распространения рекламы на тех или иных ее носителях. Сравнение прошлого и действующего рекламного законодательства позволяет сделать вывод, что в правилах все больше преобладает тенденция защиты граждан за счет интересов субъектов рекламной деятельности.

Обратимся сначала к трем наиболее распространенным способам размещения рекламы, относящимся к СМИ, — телевидению, радио, периодической печати. Эти способы подразделе-

ны на две группы. Первая — теле-, радиопрограммы, которые зарегистрированы в качестве СМИ, специализирующихся именно на сообщениях и материалах рекламного характера, и транслируются на основании лицензии на вещание при условии, что в таких программах продолжительность рекламы составляет 80 и более процентов времени фактического вещания в течение суток. В таком же качестве, но без выдачи лицензии могут быть зарегистрированы периодические печатные издания, о чем указывается на их обложке и в выходных данных. Таким образом, СМИ, входящие в первую рекламную группу, можно назвать рекламными. Во вторую группу входят все остальные СМИ.

Отдельные особенности, а, по сути, речь идет о разного рода ограничениях в распространении рекламы, касаются СМИ, входящих в обе группы: при трансляции рекламы уровень ее звука не должен превышать средний уровень звука прерываемой рекламой передачи; не допускается распространение рекламы в передачах, транслируемых в соответствии с Федеральным законом от 13 января 1995 г. № 7-ФЗ «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»¹, а также в дни траура, объявленные в Российской Федерации.

Значительно больший набор ограничений рекламы касается СМИ второй группы. Вот некоторые из них: прерывание рекламой теле-, радиопрограмм или теле-, радиопередач должно предваряться сообщением о последующей трансляции рекламы, за исключением прерывания спонсорской рекламой; общая продолжительность рекламы не может превышать 15% времени телевещания в течение часа и 20% времени радиовещания в течение суток; нельзя прерывать рекламой передачи продолжительностью менее 15 мин, за исключением прерывания спонсорской рекламой; публикации рекламного характера в периодических печатных изданиях должны сопровождаться пометкой «реклама», «на правах рекламы», а объем рекламы в них должен составлять не более чем 40% одного номера издания.

8. В особо внимательном изучении нуждается правовое регулирование наружной рекламы, которое наиболее обстоятельно упорядочено Федеральным законом о рекламе 2006 г. путем предъявления повышенных требований к ней. Наружная рекла-

СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 170; 2006. № 43. Ст. 4412.

ма распространяется с использованием щитов, стендов, строительных сеток, перетяжек, электронных табло, воздушных шаров, аэростатов и иных технических средств стабильного территориального размещения (далее — рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на внешних стенах, крышах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта.

Важность выработки рациональных правил о наружной рекламе, их знания и неукоснительного соблюдения объясняется тем, что:

она все более активно формирует среду обитания людей, в частности может украшать города и иные населенные пункты, а может уродовать их, может нивелировать, скрашивать архитектурные просчеты либо подчеркивать их;

применение наружной рекламы с нарушением любых правил ее распространения чревато тяжкими последствиями. К таким последствиям приводит нарушение правил установки рекламных конструкций, в результате чего, например, возникают аварийные ситуации при движении автомобильного транспорта. Так, в Москве весной 2006 г. в ходе строительных работ по установке рекламного щита железобетонная балка пробила перекрытие туннеля метро и упала на проходящий поезд. Тяжкие последствия влечет и нарушение правил эксплуатации рекламных конструкций — на головы людей обрушиваются щиты, стенды и т. п.;

при распространении наружной рекламы непременно пересекаются интересы субъектов рекламной деятельности и властных органов — муниципальных, региональных, федеральных.

Правилами установлено, что рекламная конструкция должна использоваться только для распространения рекламы. Не допускается распространение рекламы на знаке дорожного движения, его опоре или любом ином приспособлении, предназначенном для регулирования дорожного движения.

Распространение наружной рекламы представляет собой своеобразный процесс, состоящий из ряда действий субъектов рекламной деятельности и властных органов.

А. Владельцем рекламных конструкций является рекламораспространитель, а размещаются они на объектах недвижимости, имеющих своих собственников. Владельцы конструкций и

собственники недвижимости, как правило, разные лица. Правоотношения между ними возникают на основе договора.

Б. Однако договор сам по себе не дает права на присоединение рекламной конструкции к объекту недвижимости. Необходимо еще разрешение на установку рекламной конструкции, выдаваемого органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа (далее — орган местного самоуправления), на территории которых предполагается установить рекламную конструкцию. Решение о выдате разрешения подлежит согласованию с уполномоченными органами. Ими в зависимости от того, о какой рекламной конструкции идет речь, могут быть автомобильная, санитарная инспекция и т. п. Орган местного самоуправления обязан принять решение о выдате разрешения или об отказе в нем в течение двух месяцев со дня поступления заявления с просьбой об этом. В Федеральном законе о рекламе 2006 г. приведен исчерпывающий перечень оснований для отказа (ч. 15 ст. 19). Решение об отказе может быть обжаловано в суд или арбитражный суд. Установка рекламной конструкции без разрешения расценивается как самовольная и подлежит демонтажу без решения суда, для этого достаточно предписания органа местного самоуправления.

В. Разрешение выдается сроком на пять лет, однако это вовсе не означает, что все пять лет оно сохраняет силу. Оно может быть досрочно *аннулировано решением органа местного самоуправления* по следующим основаниям: в случае, если владелец рекламной конструкции направит ему уведомление в письменной форме о своем отказе от дальнейшего использования разрешения; в случае, если собственник или иной законный владелец недвижимого имущества, к которому присоединена рекламная конструкция, направит ему документ, подтверждающий прекращение договора, заключенного между таким собственником или таким владельцем недвижимого имущества и владельцем рекламной конструкции; в случае, если в течение года со дня выдачи разрешения рекламная конструкция не установлена; в случае, если рекламная конструкция используется не в целях распространения рекламы.

Решение об аннулировании может быть обжаловано в суд или арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его получения.

Разрешение может быть *признано недействительным в судебном порядке по искам:*

органа местного самоуправления — в случаях несоответствия установки рекламной конструкции в данном месте схеме территориального планирования или генеральному плану, а также нарушения внешнего архитектурного облика сложившейся застройки поселения или городского округа;

антимонопольного органа — в случае неоднократного или грубого нарушения рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе;

органа, осуществляющего контроль за соблюдением технических регламентов, — в случае обнаружения несоответствия рекламной конструкции и ее территориального размещения требованиям технических регламентов;

органа, осуществляющего контроль за безопасностью движения транспорта, — в случае несоответствия рекламной конструкции требованиям нормативных актов по безопасности движения транспорта.

При аннулировании разрешения или признании его недействительным владелец рекламной конструкции либо собственник или иной законный владелец соответствующего недвижимого имущества, к которому такая конструкция присоединена, обязан в течение месяца осуществить демонтаж рекламной конструкции.

Г. Изложенный порядок действий по распространению наружной рекламы не является универсальным. Несколько иным он допускается в городах федерального значения — Москве и Санкт-Петербурге, где могут быть приняты нормативные акты указанных субъектов Российской Федерации, устанавливающие что полномочия органов местного самоуправления осуществляют органы государственной власти этих субъектов. Отмеченное исключение из общих правил вызвано спецификой названных городов, не терпящей того, чтобы каждый орган местного самоуправления муниципального района по-своему решал вопросы распространения наружной рекламы. В Москве, например, таких районов насчитывается более 100. Отсутствие единого подхода в размещении внешней рекламы привело к перегруженности ею многих улиц и площадей, искажению архитектурного облика города. Для устранения перекосов создан особый общегородской комитет рекламы, информации и оформления города, в котором оформляется любая рекламная конструкция;

постановлением Правительства г. Москвы утверждена Городская целевая программа развития наружной рекламы, информации и оформления города Москвы на 2005—2007 годы; почти вдвое сокращена наружная реклама.

9. Отдельные действия по распространению рекламы регулируются, наряду с Федеральным законом о рекламе 2006 г., техническими регламентами. Последние, как мы уже знаем (см. § 4 темы 9), утверждаются актом высшей юридической силы — федеральными законами. Предусмотрено несколько технических регламентов: их требованиями определяются параметры соотношения уровня звука рекламы и уровня звука прерываемой ею телепрограммы или телепередачи и прерываемой рекламной радиопрограммы или радиопередачи; требованиям технического регламента должна соответствовать рекламная конструкция и ее территориальное размещение; требованиями технического регламента определяется цветографическая окраска специальных и оперативных транспортных средств; требованиям технических регламентов должна соответствовать реклама, размещенная на любых транспортных средствах. Отсутствие соответствующих регламентов означает, что отсутствуют и требования, которые надлежит закрепить в них, а потому требования не реализуются на практике.

10. Большое место в Федеральном законе о рекламе 2006 г. отведено особенностям рекламы отдельных видов товаров, отобранных из многотысячной их номенклатуры (далее — особые товары). На рекламу таких товаров полностью распространяются названные в данном параграфе требования, обращенные ко всем товарам. Однако рассмотренные выше требования ввиду специфики особых товаров не в состоянии обеспечить право потребителей на получение всей необходимой информации об этих товарах. В зависимости от фактического состояния, складывающегося на рекламном рынке, усиливаются гарантии потребителей в отношении рекламы товаров, уже имеющих статус особых, и в число последних включаются новые виды товаров. *В Федеральном законе о рекламе 2006 г. выделено 10 видов особых товаров, включая продукцию военного назначения и оружие (в учебнике они не анализируются).*

При изучении требований к рекламе особых товаров целесообразно учитывать два обстоятельства. *Во-первых*, применительно к ряду особых товаров конкретизируются, уточняются требования, предъявляемые к рекламе всех товаров. В требова-

ниях к рекламе всех товаров предусматриваются, например, меры по защите несовершеннолетних от злоупотребления их доверием и недостатком опыта. В требованиях к рекламе большинства особых товаров дополнительно указано, что в ней нельзя обращаться к несовершеннолетним, использовать их образы.

Во-вторых, к рекламе особых товаров установлены оригинальные требования, о них и пойдет речь ниже. Как свидетельствует более чем 15-летний отечественный опыт развития рекламного рынка, необходимость наличия подобных требований и их динамика обусловлены тем, что навязываемая неквалифицированная и недостаточно регулируемая реклама особых товаров способна вызвать крайне опасную реакцию со стороны граждан, некритически прислушивающихся к ее советам. При этом просматривается некоторое сходство в негативном влиянии особых товаров на потребителей, что детерминирует соответственно и близость особенностей, выраженных в разного рода ограничениях рекламы таких товаров.

Негативные последствия рекламы могут быть двоякие: причинение вреда здоровью людей и (или) имуществу физических и юридических лиц. Обратимся сначала к первым. Вред здоровью способны нанести прежде всего три вида особых товаров, которые давно уже широко вошли в обиход: алкогольная продукция (далее — алкоголь), пиво и напитки, изготавливаемые на его основе (далее — пиво), табак, табачные изделия и курительные принадлежности (далее — табак). Попытки ограничить их рекламу, а тем самым и снизить потребление наталкиваются на ожесточенное сопротивление субъектов рекламной деятельности (производителей, продавцов, распространителей рекламы и других), получающих от реализации этих товаров огромные прибыли и способных содержать мощное лобби во властных структурах, решающих вопросы рекламы.

Остановимся лишь на требованиях, одинаковых для всех трех видов товаров. Требования касаются всей структуры рекламы — и содержания, и распространения.

Реклама не должна:

а) *содержать* утверждение о том, что употребление этих товаров безвредно или полезно для здоровья человека; напротив, в каждом случае она должна сопровождаться предупреждением о вреде их потребления, причем такому предупреждению необ-

ходимо отводить не менее чем 10% рекламной площади (пространства);

б) размещаться на первой и последней полосах газет, а также на первой и последней страницах и обложках журналов; в теле- и радиопрограммах, при кино- и видеообслуживании (алкоголя — в течение всего времени суток, а пива — в дневное время) (подробнее см. ст. 21—23).

В последние годы все чаще регистрируются факты вредного влияния на здоровье людей, особенно на психику, основанных на риске игр, пари. Федеральный закон о рекламе 2006 г. вводит ряд ограничений на рекламу игорных заведений. Она не должна создавать впечатление, что участие в основанных на риске играх, пари является способом заработка или получения иного дохода либо иным способом получения средств к существованию; содержать утверждения, которые преувеличивают вероятность получения выигрыша или преуменьшают степень риска. Ее распространение в теле- и радиопрограммах допускается лишь в ночное время (с 22 до 7 часов местного времени) (подробнее см. ст. 27).

Вред здоровью может нанести также реклама лекарственных средств, медицинской техники, изделий медицинского назначения и медицинских услуг, в том числе методов лечения (далее — медицинские услуги), биологически активных добавок (далее — биологические добавки) и пищевых добавок, продуктов детского питания. За время действия прежнего законодательства их реклама стала беспринципной, одурманивающей людей, заинтересованной лишь в одном — извлечении возможно большей прибыли ее заказчиками любой ценой, даже если ценой выступает жизнь и здоровье. По радио и телевидению на людей обрушивался поток информации о каких-то «новейших», «оригинальнейших», «ничем не заменимых» медицинских препаратах, якобы излечивающих от болезней, исчисляемых подчас десятками, с рекомендацией слушателям и зрителям немедленно приобрести и употребить их без всяких консультаций с врачами.

Вредные последствия такой рекламы усугубляются деятельностью продавцов лекарств, безоглядно окунувшихся в рынок. Лекарствами, включая поддельные, фальсифицированные, торгуют, не считаясь с мнением врачей, по принципу «чем дороже, тем лучше». Главное — деньги! В аптеках нередко свободно продаются любому желающему препараты, на упаковке которых имеется надпись: «Отпускается только по рецепту врача».

Опубликована печальная статистика: ныне агрессивная реклама лекарств становится причиной 70% отравлений, а точнее, около 60 тыс. россиян ежегодно погибает от самолечения, которое навязывается им рекламой в СМИ.

Такое положение сложилось во многом из-за отсутствия в Федеральном законе о рекламе 1995 г. норм, которые бы не позволяли обращать рекламу медицинских услуг во вред людям. Федеральный закон о рекламе 2006 г. регулирует рекламу этих услуг значительно полнее, устраняет в ней имевшиеся ранее недостатки. Реклама, в частности, не должна содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования; содержать утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройств здоровья; способствовать созданию у здорового человека впечатления о необходимости применения объекта рекламирования; создавать впечатление ненужности обращения к врачу; гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его безопасность и отсутствие побочных эффектов.

О рекламе биологических добавок никаких норм в Федеральном законе о рекламе 1995 г. не было. Их реклама часто смешивалась с рекламой медицинских услуг, наделяла их несуществующими целебными свойствами. Сейчас биологические добавки включены в число особых товаров. Их реклама не должна создавать впечатление о том, что они являются лекарственными средствами и (или) обладают лечебными свойствами; содержать ссылки на конкретные случаи излечения людей, улучшения их состояния в результате применения таких добавок; побуждать к отказу от здорового питания. Реклама продуктов детского питания не должна представлять их в качестве полноценных заменителей женского молока и содержать утверждение о преимуществах искусственного вскармливания детей (подробнее см. ст. 25).

11. Граждане и юридические лица владеют разнообразным имуществом, и все оно может быть объектом рекламирования. Но из всей необозримой массы имущества качеством особого наделены лишь три вида, имеющие узаконенные особенности их рекламы: финансовые услуги, ценные бумаги, услуги по заключению договора аренды, в том числе договора пожизненного содержания с иждивением (далее — рента). Их распростране-

ние в нашей стране связано главным образом с возникновением и развитием рыночных отношений. До сих пор для многих россиян они остаются еще мало известными, а неумелое обращение с ними часто наносит невосполнимый материальный урон.

В Федеральном законе о рекламе 1995 г. реклама этих товаров была неполной, поверхностной и недифференцированной. Все особенности рекламы «финансовых, страховых, инвестиционных услуг и ценных бумаг» вместились в несколько строк, а о ренте вообще не упоминалось. В Федеральном законе о рекламе 2006 г. отдельно указаны особенности рекламы «банковских, страховых и иных финансовых услуг» и отдельно — «ценных бумаг». В рекламе финансовых услуг следует обратить внимание на требования, отсутствие которых в прежнем законодательстве позволяло субъектам рекламной деятельности под прикрытием закона выманивать у физических и юридических лиц деньги и обращать их в свою пользу. Способ был прост: в рекламе указывалась не вся необходимая информация об условиях предоставления банками кредитов, а привлечение денежных средств физических лиц для строительства жилья рекламировалось еще до того, как сам рекламодатель получил право на осуществление такого строительства. Ныне среди многих требований к рекламе финансовых услуг зафиксировано: если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита, использованием им и погашением кредита, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие фактическую стоимость кредита для заемщика и влияющие на нее.

Реклама, связанная с привлечением денежных средств участников долевого строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, не допускается до выдачи в установленном порядке разрешения на строительство, опубликования в СМИ и (или) размещения в информационно-телекоммуникационных сетях общего пользования (в том числе в сети «Интернет») проектной декларации, государственной регистрации права собственности или права аренды на земельный участок, предоставленный для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в составе которых будут находиться объекты долевого строительства.

В рекламе ценных бумаг наряду с требованиями, относящимися к ним, выделены особые требования к рекламе эмиссионных ценных бумаг, сберегательных сертификатов, инвестиционных паев паевых инвестиционных фондов, ипотечных сертификатов участия (подробнее см. ст. 29 Федерального закона о рекламе 2006 г.; см. также ст. 34—37 Федерального закона «О рынке ценных бумаг», п. 12 темы 5 настоящего учебника).

По договору ренты одна сторона (получатель ренты) передает другой стороне (плательщику ренты) в собственность имущество, а плательщик ренты обязуется в обмен на полученное имущество периодически выплачивать получателю ренту в виде определенной денежной суммы либо предоставления средств на его содержание в иной форме. Рента может быть постоянной, пожизненной; пожизненная рента может быть установлена на условиях пожизненного содержания с иждивением. В особой осторожности нуждается реклама последней. Ведь к договору пожизненного содержания с иждивением прибегают обычно старые больные люди, которые ради выживания передают в собственность плательщика ренты последнее, что у них есть, — дом, квартиру, земельный участок, иную недвижимость. Есть у них и другой вариант: завещать кому-то недвижимость в обмен на систематическое получение материальной помощи. К сожалению, в обоих случаях выбор часто оборачивается против того, кто его сделал. Поэтому и реклама услуг по заключению договоров ренты должна быть возможно более мягкой, склонять ее потребителей к раздумью, а не принятию скоропалительных решений, в частности, не содержать: утверждение о том, что заключение таких договоров имеет преимущества перед завещанием жилого помещения или иного имущества; осуждение членов семьи и близких родственников потенциального потребителя таких услуг, якобы не заботящихся о нем; упоминание о подарках для физических лиц, принявших решение о заключении договоров ренты с рекламодателем или другим лицом.

§ 3. Саморегулирование, государственный контроль и юридическая ответственность в сфере рекламы

1. В рекламе, как и в любой другой сфере предпринимательства, важное значение имеет *определение рационального соотношения между государственным контролем и саморегулированием*

участников рекламных отношений. Мировой, да и собственный отечественный опыт подтверждает возможность наличия здесь трех вариантов.

Во-первых, регулирование может проводиться только государственными органами посредством издания общеобязательных нормативных правовых актов и контроля за их реализацией. Сами участники рекламных отношений лишаются права опосредовать свою деятельность путем собственного нормотворчества.

Во-вторых, может сложиться прямо противоположная ситуация, при которой рекламные отношения упорядочивают только их участники. Объединившись в организации по общественному регулированию рекламы, они вырабатывают правила, опосредующие рекламную деятельность, и добровольно принимают на себя обязательство соблюдать и исполнять их.

В-третьих, одновременно используются оба приведенных выше варианта, когда в регулировании рекламной деятельности существует своего рода разделение труда между органами государственной власти и организациями общественного самоуправления. Соответствующие нормативные акты и контрольные акции исходят от государства, но, кроме того, некоторые нормотворческие и контрольные функции выполняют сами организации самоуправления. Этот вариант, используемый в подавляющем большинстве государств, и внедрен в рекламную практику России.

2. *Саморегулирование рекламной деятельности* стало складываться 40—50 лет назад. Первые такие организации возникли в 60-х гг. в Великобритании, Нидерландах, Швейцарии. Примеру этих стран последовали и другие государства. В подавляющем большинстве стран Европы определились три основные задачи, которые решаются организациями саморегулирования рекламы: консультации рекомендательного характера до распространения рекламы; осуществляемый по собственной инициативе контроль после распространения рекламы; рассмотрение жалоб отдельных потребителей рекламы.

Международный опыт подтвердил достаточно высокую ответственность саморегулирования рекламы как одного из способов повышения качества рекламной продукции и устранения недоброкачественной рекламы. Практика выработала базовый принцип саморегулирования — контроль делового оборота си-

лами самих деловых кругов в целях поощрения корректного поведения и осуждения порочного поведения в предпринимательстве. Как правило, в органах саморегулирования зарубежных стран представлены все субъекты рекламной деятельности, включая сотрудников СМИ.

Зарубежная практика выявила и одно важное преимущество саморегулирования рекламы перед ее государственным регулированием. В отличие от консервативных и неповоротливых законодательных механизмов система саморегулирования продемонстрировала во многих странах возможность своевременно, гибко и с меньшими затратами регулировать отношения внутри рекламного сообщества и обеспечивать его взаимодействие с общественностью, потребителями и государством. Более того, в отличие от законодательства саморегулирование предполагает добровольное следование не только букве, но и духу своих принципов. По мере расширения в различных государствах сети общественных организаций саморегулирования, повышения их авторитета и роли шел процесс интеграции этих организаций на межгосударственном уровне.

В России движение по созданию саморегулируемых организаций в сфере рекламы началось в конце 80-х годов. Ключевым моментом в становлении и формировании системы саморегулирования явилось создание в феврале 1995 г. Общественного совета по рекламе — объединения физических и юридических лиц, представляющих рекламные агентства, СМИ, Торгово-промышленную палату РФ, общества потребителей, рекламодателей, творческие союзы. Совет как бы возглавил отечественную систему рекламной саморегуляции, придав ей необходимую внутреннюю структурированность.

В работе Общественного совета по рекламе в концентрированном виде представлено все то, чем в целом занимаются российские организации саморегулирования в области рекламы. Особенно актуальны и значимы два отчетливо выделившихся участка приложения усилий Общественного совета по рекламе. Первый — сбор, концентрация и доведение до заинтересованных лиц используемых в рекламе негосударственных социальных норм. Например, Общественный совет активно пропагандирует и внедряет в российскую рекламную практику Международный кодекс рекламной деятельности Международной торговой палаты, подготовленный и введенный в действие еще

в 1937 г.¹ Второй участок — обобщение рекламной практики, складывающейся в России, и выработка рекомендаций для участников рекламных отношений.

Саморегулируемые организации возникают не только в рекламе, но и в других предпринимательских отношениях с участием страховщиков, арбитражных управляющих и других хозяйствующих субъектов, что отражает развитие демократии в самой труднодоступной для нее сфере общества — экономической. В Государственной Думе давно уже готовится проект федерального закона о саморегулируемых организациях. Пока же правовые нормы о них можно найти в актах законодательства, регулирующих деятельность соответствующих хозяйствующих субъектов.

Нормы об органах самоуправления в сфере рекламы имелись в Федеральном законе о рекламе 1995 г. Федеральный закон о рекламе 2006 г. полностью обновил и усовершенствовал их. Во-первых, в нем впервые дано *легальное определение саморегулируемой организации* в сфере рекламы как объединения субъектов рекламной деятельности и иных лиц, созданного в форме ассоциации, союза или некоммерческого партнерства в целях представительства и защиты интересов своих членов, выработки требований соблюдения этических норм в рекламе и обеспечения контроля за их выполнением. Во-вторых, по-новому определены *права саморегулируемых организаций*, охватывающие все аспекты деятельности этих организаций. Саморегулируемая организация вправе, в частности:

регулировать состав своих членов и их деятельность — разрабатывать и устанавливать требования, предъявляемые к лицам, желающим вступить в саморегулируемую организацию; осуществлять ведение реестра лиц, являющихся членами саморегулируемой организации; разрабатывать, устанавливать и опубликовывать обязательные для выполнения всеми членами саморегулируемой организации правила профессиональной деятельности в сфере рекламы;

осуществлять контроль за профессиональной деятельностью своих членов, рассматривать жалобы на их действия, применять к ним меры ответственности;

обжаловать в арбитражный суд нормативные правовые акты органов государственной власти и местного самоуправления,

¹ См.: Вестник общественного совета по рекламе. 1996. Дек. С. 33—40.

участвовать в рассмотрении антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения членами саморегулируемой организации законодательства о рекламе (подробнее см. ст. 32).

3. Изучение нормативно-правовой основы рекламы свидетельствует о явной тенденции к *строгой централизации государственного контроля*, сосредоточению его в руках одного органа. Такая централизация представляется вполне целесообразной. Реклама не только новое, но и специфическое явление российской экономики. Она имеет свои отличительные признаки и регулируется особым набором нормативных правовых актов, что требует от контролирующих инстанций не только компетентности, но и высокого профессионализма — глубокого знания рекламы как многообразного феномена рыночной экономики и умения применять знания на практике.

Тенденция к централизации получила нормативно-правовое оформление уже в упоминавшемся выше Указе Президента РФ от 10 июня 1994 г. № 1183, возложившем контроль за рекламной деятельностью на федеральные антимонопольные органы. Это положение было закреплено в Федеральном законе о рекламе 1995 г. и развито в ныне действующем Федеральном законе о рекламе 2006 г. Исходя из понимания рекламы как информации не только изготовленной, но и распространенной, антимонопольные органы контролируют лишь рекламу уже обнародованную. Правом предварительного контроля, т. е. контроля до выхода рекламы в свет, они не наделены.

Федеральный закон о рекламе 2006 г. выделил у антимонопольных органов два основных направления контроля: а) предупреждение, выявление, пресечение нарушений законодательства о рекламе; б) возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения этого законодательства. Конкретные контрольные полномочия антимонопольных органов весьма схожи с теми, которыми они наделены по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства (см. § 3 темы 10): выдача обязательных для исполнения предписаний субъектам рекламной деятельности о прекращении нарушений законодательства о рекламе и федеральным и региональным органам исполнительной власти, органам местного самоуправления — об отмене или изменении актов, изданных ими и противоречащих законодательству о рекламе; обращение в арбитражный суд с исками и заявлениями к нарушителям законодательства о рекламе и т. д.

Решение, предписание антимонопольного органа могут быть оспорены в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения, выдачи предписания (подробнее см. ст. 33, 36, 37).

Обязательное условие успешного осуществления государственного контроля — обладание контрольными органами достаточным объемом информации о состоянии и деятельности подконтрольных субъектов. Данное условие последовательно воплощено в законодательстве. Федеральный закон о рекламе 2006 г. значительно расширил возможности антимонопольных органов по сбору информации, необходимой им для осуществления контроля за соблюдением законодательства о рекламе. Если Федеральный закон о рекламе 1995 г. обязывал представлять соответствующую информацию лишь субъектов рекламной деятельности, то Федеральный закон о рекламе 2006 г. обязывает к этому всех, кто так или иначе причастен к рекламе, — федеральные или региональные органы исполнительной власти и органы местного самоуправления и должностных лиц указанных органов, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц и их руководителей.

4. Заслужой нового рекламного законодательства является четкое *разделение юридической ответственности* между субъектами рекламной деятельности, чего не было сделано в прежних нормативных правовых актах. Как следствие, органы государственного контроля и надзора за соблюдением рекламного законодательства были лишены возможности действительно обеспечивать законность в рекламной деятельности.

Теперь непосредственно в самом Федеральном законе о рекламе 2006 г. указаны его статьи, за нарушение требований которых несет ответственность тот или иной субъект рекламной деятельности. В первую очередь ответственность возлагается на рекламодача и рекламодателя. Свообразно решен вопрос об ответственности рекламопроизводителя. Он отвечает за нарушение требований тех же статей, по которым несут ответственность оба его партнера по рекламной деятельности — рекламодаделец и рекламодатель, но только в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине (см. подробнее ст. 38). Но ведь это общее правило: любое лицо подлежит административной ответственности только за те правонарушения, в отношении которых установлена его вина (см., например, ст. 1.5 КоАП РФ).

Нынешним законодательством предусмотрены три вида юридической ответственности за правонарушения в сфере рекламы: гражданско-правовая, административная и уголовная. В предпринимательстве наиболее эффективна *гражданско-правовая ответственность*. Любые юридические лица и граждане, права и интересы которых нарушены в результате ненадлежащей рекламы, могут обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о возмещении убытков, включая упущенную выгоду; возмещении вреда, причиненного здоровью и имуществу; компенсации морального вреда; публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе). Суть контррекламы — опровержение ненадлежащей рекламы, распространяемое в целях ликвидации вызванных ею последствий. Суды рассматривают дела на основе общих норм гражданского права и процесса, в частности ст. 8—16 и 393—406 ГК РФ, предусматривающих основания ответственности и способы защиты гражданских прав.

Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе выделил особую административную ответственность. Ее несут рекламодатель, рекламопроизводитель и рекламораспространитель за ненадлежащую рекламу или отказ от контррекламы (ст. 14.3). В случае выявления антимонопольным органом факта распространения недостоверной рекламы и выдачи соответствующего предписания антимонопольный орган вправе обратиться в установленном порядке в суд или арбитражный суд с иском к рекламодателю о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе) за счет рекламодателя. При этом суд или арбитражный суд определяет форму, место и сроки размещения такого опровержения.

Дела о нарушениях законодательства о рекламе рассматривают федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы, а точнее, от их имени — руководители этих органов и их заместители. *Порядок рассмотрения дел устанавливается Правительством РФ*, ранее это делал сам федеральный антимонопольный орган.

Бичом многих крупных городов стало несанкционированное самовольное расклеивание на стенах домов, столбах, деревьях, остановках общественного транспорта и внутри самого транспорта частных объявлений рекламного характера. Такое проти-

воправное деяние может оцениваться применительно к ст. 6.4 КоАП РФ как нарушение санитарно-эпидемиологических требований к эксплуатации жилых и общественных помещений, зданий, сооружений и транспорта, влекущее наложение административного штрафа на физических лиц в размере от 5 до 10, на должностных лиц — от 10 до 20, на предпринимателей — от 10 до 20, на юридических лиц — от 100 до 200 минимальных размеров оплаты труда или административное приостановление деятельности на срок до 90 суток (ст. 23.13 КоАП РФ).

Уголовную ответственность определяет ст. 242 УК РФ. Согласно ей за незаконное изготовление в целях распространения или рекламирования, распространение, рекламирование порнографических материалов или предметов, а равно незаконную торговлю печатными изданиями, кино- или видеоматериалами, изображениями или иными предметами порнографического характера наступает различная ответственность, в том числе лишение свободы на срок до двух лет.

Тема 19
**НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО)
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ**

§ 1. Понятие, причины и нормативно-правовая основа несостоятельности (банкротства). § 2. Общая правовая характеристика банкротства и его предупреждение. § 3. Разбирательство дел о банкротстве в арбитражных судах. Наблюдение. § 4. Финансовое оздоровление. § 5. Внешнее управление. § 6. Конкурсное производство. § 7. Мировое соглашение

§ 1. Понятие, причины и нормативно-правовая основа несостоятельности (банкротства)

1. Институт несостоятельности (банкротства) — относительно новый для отечественной системы правового регулирования и практики предпринимательских отношений. С учетом его значения для современной российской экономики и перспектив ее развития каждому хозяйствующему субъекту, государственному или муниципальному служащему, да и всем гражданам полезно знать историю, теорию и современные правовые проблемы несостоятельности (банкротства).

Несостоятельность, банкротство, неплатежеспособность — явления одного порядка, характеризующие крайне неблагоприятное положение хозяйствующего субъекта, хотя и не совпадающие полностью по своему содержанию, о чем будет сказано в конце параграфа. Они есть прямое следствие участия предпринимателей в рыночных отношениях. *Юридическая суть несостоятельности (банкротства) (далее по тексту вместо двух терминов используется один из них) состоит в том, что хозяйствующий субъект оказывается не в состоянии выполнить свои обязательства, взятые на себя по доброй воле или возложенные на него в силу сложившихся обстоятельств. Не будет ошибочным утверждение, что банкротство представляет собой неизбежный и объективно обусловленный результат функционирования рыночных отношений. Часто лишь от случая зависит, что банкро-*

том в данный момент оказывается именно этот, а не какой-то другой предприниматель.

Каковы же основания для такого пессимистического вывода? Причин много, назовем лишь наиболее распространенные и очевидные. Во-первых, неумение хозяйствующего субъекта из-за отсутствия опыта, неспособности или лени вести свое предпринимательское дело. Плохое изучение конъюнктуры рынка, возможных колебаний спроса и предложений на товары, неудачный отбор вида и номенклатуры производимой продукции приводят к тому, что выпущенный товар оказывается никому не нужным и оседает мертвым грузом на складе. Естественно, понесенные затраты не возмещаются, взятые взаимобразно деньги и сырье в расчете на то, что долги будут погашены из выручки от продажи товара, возвращать нечем. Так появляется потенциальный банкрот.

Во-вторых, неспособность хозяйствующего субъекта наладить эффективное производство нужных и пользующихся спросом товаров. Непомерные издержки производства, высокая себестоимость приводят к неконкурентоспособности товара и разоряют, делают несостоятельным (банкротом) его создателя. Следовательно, подобно тому, как свобода конкуренции есть объективное свойство рыночной экономики, банкротство имманентно последней.

В-третьих, хозяйствующий субъект неизбежно вступает в гражданско-правовые отношения с другими предпринимателями: передает свои деньги на хранение в банки и другие кредитные организации, продает имеющиеся у него в наличии сырье и материалы, под заключенные договоры налаживает производство новой продукции и т. д. Партнеры же впоследствии оказываются банкротами: банки «лопаются», переданные покупателям товары не оплачиваются, а произведенные не выкупаются. В подобной ситуации может оказаться даже самый рачительный, расчетливый и осторожный хозяйствующий субъект, за чужие «грехи» пополняя ряды обанкротившихся предпринимателей.

В-четвертых, каждое общество при всех типах и формах государства сталкивается с банкротством самого государства. В казне, как правило, не хватает денег. Государственный внутренний долг подчас вырастает до огромных размеров, далеко превышающих возможности бюджета государства. В результате хозяйствующим субъектам не оплачивается произведенная ими по госу-

дарственным заказам продукция, прекращается финансирование государственных предприятий. Их работники и государственные служащие, не получая заработной платы, лишаются возможности купить произведенные для них товары, чем искусственно провоцируется снижение спроса на рынке соответствующих товаров и опять же порождается неплатежеспособность продавцов данных товаров. Несостоятельные государственные предприятия не выполняют своих обязательств перед другими хозяйствующими субъектами. Нередко при этом образуется замкнутый круг. Пытаясь покрыть свои неплатежи, государство увеличивает налоги на предпринимателей, что ведет к еще большему росту взаимных неплатежей между ними, а значит, и числа несостоятельных предпринимателей.

В-пятых, что представляет самую большую опасность для рыночной экономики, банкротство способно поразить народное хозяйство в целом и, как следствие, все общество. Банкротами оказываются все: и государство, и коммерческие и некоммерческие организации, и граждане. Сохраняются лишь редкие, пока еще успешно функционирующие, но находящиеся под постоянной угрозой упадка хозяйствующие субъекты, своего рода «оазисы» благополучия, не делающие, однако, погоды в экономике в целом. Ведь экономика — сложнейшая система, все элементы которой постоянно взаимодействуют. И выход из строя, в частности банкротство, даже одного из ее первичных элементов, того же хозяйствующего субъекта, вызывает далеко расходящуюся волну негативных последствий: у других хозяйствующих субъектов, с которыми он связан деловыми отношениями, у последних — с их партнерами; не поступают предусмотренные налоги и иные платежи в бюджеты различных уровней и так до бесконечности. А если несостоятельных предпринимателей десятки и сотни тысяч? Тогда привычным правилом становится антипод рыночных отношений, подрывающий самую глубинную их основу, — необязательность, недисциплинированность, неследование честному слову, данному своему партнеру. Выглядят «белыми воронами» и осуждаются общественным мнением в предпринимательской среде хозяйствующие субъекты, работающие с соблюдением норм права, морали и иных позитивных правил.

Перечисленные и иные причины банкротства тесно взаимосвязаны и взаимообусловлены. Их упреждение, преодоление и ликвидация негативных последствий, в том числе с помощью

норм права, в различной степени зависят от воли и возможностей каждого из участников рыночных отношений. Но действуют причины неумолимо во всех странах, в том числе с высоко-развитой рыночной экономикой. Например, в США из года в год фиксируется рост предпринимателей, которые разоряются и объявляются банкротами. За 10 лет (с 1981 по 1991 г.) число дел о несостоятельности (банкротстве) возросло более чем в два раза: с 360 до 725 тыс.¹ Заметный рост числа банкротств имеет место и сейчас.

2. Разрушительные для экономики отрицательные последствия банкротства предпринимателей, как бы последние ни назывались — ростовщиками, купцами, торговцами, банкирами, заводчиками, фермерами, остро проявились уже в момент возникновения и становления рыночных отношений. И с первых же шагов активную роль здесь стало играть государство. Все возрастающее его участие в упорядочении вопросов банкротства предпринимателей продолжается до сих пор.

Самое деятельное воздействие государства необходимо, во-первых, потому, что банкротство и разорение предпринимателей препятствуют нормальному развитию экономики, нарушают социальную и политическую стабильность, создают напряженность в обществе, чреватую бунтами и иными формами насильственного неповиновения, лишают государство возможности полнокровно выполнять свои функции. Во-вторых, стремление участников рыночных отношений самим, без постороннего вмешательства улаживать ситуации, когда оказывается невозможным осуществлять взаиморасчеты, нередко завершается мыслимыми и немислимыми по извращенности и жестокости самосудами кредиторов над несостоятельными должниками, равно как и столь же неадекватными попытками последних избавиться от назойливых кредиторов.

Правда, и государственное регулирование поначалу не отличалось особой гуманностью. Один из дошедших до наших дней древнейших памятников правовой культуры — Законы XII таблиц (источник древнеримского права, 451—449 гг. до н. э.) закрепили право кредитора на возмещение убытков от неисполнения обязательства. Но они содержали и правило, сводящееся к голой мести. Согласно им неудовлетворенные кредиторы имели право разрубить на части тело несостоятельного должника.

¹ Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.

ка. Законодательство некоторых европейских стран эпохи феодализма, «развивая» древнеримские нормы, разрешало кредитуру отрезать у несостоятельного должника какую-то часть тела. Законы Германии, принятые в 1531 и 1540 гг., приравнивали несостоятельных должников к ворам и предписывали подвергать их немедленной казни. Законы Франции тех лет повелевали применять к банкротам телесные наказания, одевать на них ошейники и привязывать к позорному столбу.

С течением времени пришло, однако, осознание того факта, что кредитуру, избившему или убившему должника, отрезавшему у него понравившуюся или, напротив, непонравившуюся часть тела, лучше не становилось, невозвращенный долг не переставал быть таковым. Постепенно законодательство качественно меняло свои установления, переносил акценты на имущественное обеспечение долга и его реальный возврат в натуре. Предприниматель, лишившись распроданного для погашения долгов имущества, но сохранив жизнь и здоровье, мог, наученный на собственных ошибках, начать все сначала — наладить новое предпринимательское дело.

Каждое государство устанавливает свои особые правила, упорядочивающие отношения по поводу банкротства предпринимателей. Роднит же все государства чрезвычайно высокий динамизм этого законодательства, частый его пересмотр, непрерывный поиск компромисса интересов несостоятельных должников, неудовлетворенных кредиторов, общества и государства.

3. *В глубь веков уходят также корни нормативно-правовой основы банкротства предпринимателей современной России.* Интересно, что еще старейший источник российского права — Русская Правда (сформировалась и действовала в Древней Руси в XI—XII вв.) закрепила дифференцированный подход к оценке несостоятельности. Она знала несчастную несостоятельность, возникшую не по вине должника, и вместе с тем вводила нормы о суровой каре за злонамеренную несостоятельность, когда должник скрывался от уплаты долгов «бегством в чужую землю» (симптоматично, что подобный способ ухода от долгов довольно-таки широко используется предпринимателями нынешней реформируемой России). По возвращении он вместе с имуществом подлежал продаже с торгов, а вырученная сумма распределялась между кредиторами пропорционально их требованиям. Любопытно также, что уже тогда вводилась очере-

ность удовлетворения требований кредиторов. Первым по очереди был князь, за ним — иностранные и иногородние купцы, а последними — местные кредиторы.

Подход к несостоятельности, обозначенный в Русской Правде, сохранился и в более позднем российском законодательстве. Менялись только приоритеты, усложнялось и расширялось само нормативно-правовое регулирование. Например, в Уложении московского царя Алексея Михайловича (1649 г.) преимущества в очередности кредиторов отдавались иностранным кредиторам и государственной казне. Примечательно появление кодифицированных нормативных актов — Банкротского Устава в 1740 г. и более совершенного Устава о банкротях в 1800 г.

По Уставу 1800 г. банкротом считалось лицо, не могущее «сполна заплатить своих долгов». Устав вводил три вида банкротства: происходящее от несчастья (пострадавший от чрезвычайного происшествия, например пожара в лавке); от небрежения и пороков (неосторожный, не следивший за движением товаров, кассой, просто халатный и т. п.); от подлога (злостный, умышленно объявивший о своем банкротстве с целью уменьшения убытков или сокращения требований кредиторов). В отношении каждого из видов банкротства принимались различные меры воздействия. В любом случае банкрот не считался «бесчестным», если не было доказано его злостное намерение. Должник, ставший несостоятельным от несчастья, освобождался от ответственности по всем своим обязательствам.

В дореволюционной России действовало разветвленное законодательство и об уголовной ответственности несостоятельных должников. Оно, например, выделяло банкротство корыстное («тяжкое») и простое («расточительную несостоятельность»). Под корыстным банкротством имелось в виду умышленное сокрытие должником, впавшим в несостоятельность, собственного имущества для получения выгоды.

4. После Октябрьской революции 1917 г. нормативно-правовое регулирование банкротства начало осуществляться с переходом к мирной жизни. Сразу после окончания Гражданской войны принимается Гражданский кодекс РСФСР (1922 г.). Он явился самым весомым элементом нормативно-правовой основы новой экономической политики, исходившей из допущения многоукладноеTM в экономике и развития рыночных отноше-

ний. Кодекс и последующее законодательство содержали указания на то, какие субъекты гражданского права (простые и полные товарищества, акционерные общества, кооперативные организации, государственные предприятия, физические лица) могут признаваться банкротами, каковы условия и последствия такого признания. Однако процедурно данный вопрос до конца не был урегулирован. Важную роль сыграло постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 28 ноября 1927 г., которым Гражданский процессуальный кодекс РСФСР был дополнен новой главой «О несостоятельности частных лиц, физических и юридических». Оно устанавливало признаки несостоятельности предприятий и организаций, физических и частных юридических лиц: прекращение ими платежей «по долгам свыше трех тысяч рублей или прекращение платежей, по которым неизбежно банкротство по состоянию дел»¹.

Однако модель банкротства существовала только в нормативных актах советского государства, на практике она не реализовывалась, фактически дела такого рода в судах не возникали и ими не рассматривались. В условиях безраздельной государственной монополии в основных отраслях народного хозяйства — промышленности, строительстве, транспорте, связи, банковской деятельности и в значительной мере сельскохозяйственном производстве — эти нормативные механизмы лишались смысла. Государство-собственник вольно было поступать со своими неплательщиками в каждом конкретном случае так, как оно считало целесообразным, не прибегая к утяжеленным процедурам судебного разбирательства. Обычной практикой было государственное дотирование убыточных отраслей народного хозяйства и отдельных предприятий.

Это же, лишь с некоторыми особенностями, имело место и в отношении субъектов негосударственной формы собственности — колхозно-кооперативной. Альтернативы им в советской экономической системе не было. Проблема преодоления банкротства негосударственных субъектов экономических отношений решалась не путем применения к ним судами правовых норм о банкротстве в порядке гражданского судопроизводства, хотя формально такие нормы и могли быть, а качественно иными административно-правовыми мерами. В частности: с хронически несостоятельных колхозов непогашенные ими

СУ РСФСР. 1927. № 23. Ст. 830.

ссуды, взятые в банках, и иные накопившиеся безнадежные неплатежи государством периодически списывались; несостоятельные колхозы объединялись с экономически более сильными и платежеспособными соседними колхозами, что нередко превращало укрупненное хозяйство в несостоятельное; несостоятельные колхозы преобразовывались в совхозы с распространением на них режима государственных дотаций для покрытия убытков.

В отношении граждан вопрос о банкротстве не возникал вовсе, так как они, за редким исключением (например, кое-где сохранились отдельные единоличные крестьянские хозяйства), не имели права заниматься самостоятельной хозяйственной деятельностью. Неплатежи по налогам взыскивались в порядке гражданского судопроизводства путем обращения взыскания на принадлежащее должнику имущество. В последние годы советской власти такие дела практически до судов не доходили.

5. С началом проведения реформ по формированию рыночной экономики проблема создания нормативно-правовой основы банкротства хозяйствующих субъектов стала неотложной практической задачей. Уже в самом первом российском экономико-реформаторском Законе «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (декабрь 1990 г.) имелась ст. 24, п. 3 которой гласил: предприятие, не выполняющее свои обязательства по расчетам, может быть в судебном порядке объявлено неплатежеспособным (банкротом) в соответствии с законодательством РСФСР. Однако Закон не применялся: соответствующий судебный порядок еще не был установлен, как и не было норм права, которые определяли бы конкретные юридические признаки банкротства.

Лишь спустя полтора года был опубликован обстоятельный нормативный правовой акт — Указ Президента РФ от 14 июня 1992 г. № 623 «О мерах по поддержке и оздоровлению несостоятельных государственных предприятий (банкротов) и применении к ним специальных процедур»¹. Указ появился в чрезвычайно сложной ситуации: начался фактический распад СССР, резко ослаблялись, а то и прекращались вообще годами складывавшиеся связи между государственными социалистическими предприятиями, теряла «власть» существовавшая многие

десятилетия вертикаль управления экономикой в лице министерств и ведомств, началась приватизация государственных и муниципальных предприятий. Быстро нарастали симптомы экономического кризиса с неизбежным разорением многих хозяйствующих субъектов. Необходимо было срочно оживить работу государственных управленческих структур, приспособить ее к новым экономическим реалиям, предупредить или хотя бы ослабить негативные последствия банкротства государственных предприятий. Указ и был издан в целях поддержки государственных предприятий, оказавшихся банкротами, а также обеспечения эффективного использования государственного имущества, закрепленного за государственными предприятиями, защиты прав и интересов государства, кредиторов и трудовых коллективов несостоятельных предприятий.

Однако Указ постигла судьба упомянутого выше п. 3 ст. 24 Закона «О предприятиях и предпринимательской деятельности»: практически он нигде не применялся и тихо ушел в историю правового регулирования российских экономических реформ. Не находил, в частности, поддержки у общественного мнения излишне упрощенный и ускоренный порядок рассмотрения дел о признании государственного предприятия банкротом. Не развернулась работа по реализации Указа еще и потому, что вскоре был принят специальный Закон РФ от 19 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»¹ (далее — Закон 1992 г.).

6. Практика применения Закона 1992 г. вскоре выявила его слабые стороны. Закон устаревал морально, переставал в полной мере отвечать складывавшимся новым экономическим отношениям. Объяснялось это тем, что принят он был до разработки новой Конституции РФ и нового ГК РФ. Весь понятийный аппарат в нем был «подогнан» под понятийный аппарат действовавшего тогда законодательства, составлявшего нормативно-правовую основу экономических реформ, в первую очередь законов «О собственности в РСФСР» и «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Конституция РФ по-новому решила вопросы собственности и ее субъектов; серьезные новеллы, касающиеся банкротства, были закреплены в части первой ГК РФ (см., например, ст. 25, 61, 65).

Ведомости РФ. 1993. № 1. Ст. 6.

Проявились и другие несовершенства Закона 1992 г. Работа по его пересмотру велась в течение нескольких лет. С 1 марта 1998 г. был введен в действие новый Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹ (далее — Федеральный закон 1998 г.).

7. Уже в самом начале правоприменительной практики у Федерального закона 1998 г. выявились еще более существенные пороки, чем те, что имелись у его предшественника. Показательно при этом, что названный Федеральный закон не удовлетворял практиков: хозяйствующих субъектов — потенциальных банкротов — и арбитражных судей, по долгу службы разбирающих дела о банкротстве.

Юридические механизмы, связанные с банкротством, должны служить тому, чтобы, во-первых, мобилизовать все ресурсы, доступные в данных конкретных условиях, для восстановления нормальной жизнедеятельности предприятия и, во-вторых, обеспечить справедливое распределение между кредиторами оставшихся у него средств.

Как обнаружилось в ходе арбитражного судопроизводства, имеющиеся в Федеральном законе 1998 г. пробелы и нестыковки в правовом опосредовании процедур банкротства позволяли использовать Федеральный закон в целях, прямо противоположных тем, на достижение которых он направлен, создавали благоприятные предпосылки для сращивания теневой экономики и теневой юстиции ради легализации очередного корыстного передела собственности, для разорения конкурентов путем всевозможных махинаций со стороны недобросовестных кредиторов и иных участников рыночных отношений, в том числе действующих через подставных лиц, и с применением разного рода других тщательно разработанных на базе несовершенного законодательства механизмов. По утверждению специалистов, треть всех банкротств — заказные.

Было ясно, что законодательство о банкротстве нуждается в неотложном обновлении, на что указал и Президент РФ в Послании 2002 г.: «Поточное» банкротство предприятий уже успело стать доходным бизнесом. Мы обязаны сделать механизм проведения процедуры банкротства и оздоровления предприятий прозрачным, рыночным, а значит — невосприимчивым к коррупции».

¹ СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

Действующий ныне Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹ (далее — Федеральный закон 2002 г.) разработан с учетом замечаний Президента РФ; постановлений Конституционного Суда РФ, касающихся банкротства; практики применения Федерального закона 1998 г., прежде всего арбитражными судами; многочисленных предложений, высказанных учеными.

8. Параллельно с общим законодательством о банкротстве развивалось специальное законодательство, отражавшее специфику банкротства отдельных видов субъектов предпринимательства: было издано два федеральных закона: от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»² (о них см. выше тему 12) (далее — Федеральный закон 1999 г.) и от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ «Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса». Последний с 1 июля 2009 г. утратит силу, а банкротство естественных монополий будет регулироваться положениями § 6 гл. IX Федерального закона 2002 г.

Соотношение Федерального закона 1999 г. и Федерального закона 2002 г. определено следующим образом: к отношениям, связанным с банкротством финансовых организаций (кредитных организаций, страховых организаций, профессиональных участников рынка ценных бумаг), Федеральный закон 2002 г. применяется с особенностями, установленными Федеральным законом 1999 г. Тем самым преимущество в нормативно-правовом регулировании банкротства кредитных организаций имеет Федеральный закон 1999 г. Но в случаях, не урегулированных им, применяется Федеральный закон 2002 г. Таким образом, в системе федеральных законов, регулирующих отношения, возникающие при банкротстве, наиболее общим является Федеральный закон 2002 г. Он в соответствии с ГК РФ устанавливает основания для признания должника банкротом, регулирует порядок и условия осуществления мер по предупреждению банкротства, порядок и условия проведения процедур банкротства

¹ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ // Российская газета. 2006. 22 дек.

² СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1097; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 247-ФЗ // Российская газета. 2006. 31 дек.

и иные отношения, возникающие при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов.

Характерная особенность Федерального закона 2002 г. состоит в том, что он вобрал в себя нормы и материального, и процессуального права, т. е. закрепил не только правила поведения участников общественных отношений по поводу банкротства, но и механизм реализации материальных норм. Некоторые нормы, устанавливающие порядок судебного рассмотрения дел этой категории, отражены в ст. 223—225 АПК РФ. Указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, иные нормативные правовые акты применяются постольку, поскольку не противоречат данному Федеральному закону. Например, Президент РФ принял специальный Указ от 2 февраля 2005 г. № 116 «О приведении некоторых актов Президента Российской Федерации в соответствие с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)»¹, которым признано утратившими силу 14 актов.

9. Значительную роль в регулировании отношений, связанных с банкротством, играют нормативные акты Правительства РФ. Остановимся лишь на двух моментах, одинаково важных в отношении по банкротству как для государства, так и для предпринимателей:

1) срочное вмешательство Правительства РФ потребовалось сразу после принятия Закона 1992 г. Государству следовало определить свое отношение к своим собственным предприятиям. Начавшиеся обвальный спад производства на них и рост всех видов неплатежей могли повлечь массовое единовременное банкротство крайне необходимых для нужд страны, включая обеспечение ее обороноспособности, государственных предприятий, их распродажу «с молотка» и, как следствие, развал народного хозяйства. В целях создания организационных, экономических и иных условий, необходимых для реализации актов о банкротстве в отношении государственных предприятий, постановлением Правительства РФ от 20 сентября 1993 г. № 926 создается Федеральное управление по делам о несостоятельности (банкротстве) при Госкомимуществе РФ². В ходе дальнейших реформ российского государственного аппарата

¹ СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 441.

² САПП. 1993. № 39. Ст. 3615; постановлением Правительства РФ от 1 июня 1998 г. № 537 признано утратившим силу (СЗ РФ. 1998. № 23. Ст. 2546).

оно было преобразовано сначала в Федеральную службу России по делам о несостоятельности и финансовому оздоровлению, а последняя в 1999 г. — в Федеральную службу России по финансовому оздоровлению и банкротству (далее — ФСФО).

Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 ФСФО упразднена. Ее функции переданы трем другим федеральным органам: Министерству экономического развития и торговли РФ — функции по принятию нормативных правовых актов в установленной сфере деятельности; Федеральной налоговой службе — функции по представлению интересов России перед кредиторами в процедуре банкротства; Федеральному агентству по управлению федеральным имуществом — осуществление полномочий собственника имущества должника — федерального государственного унитарного предприятия при проведении процедур банкротства. Полномочия этих федеральных органов исполнительной власти в отношениях, связанных с банкротством, уточнены в утвержденных Правительством РФ положениях о них;

2) серьезной проблемой стала ситуация, когда более миллиона хозяйствующих субъектов не осуществляли никакой деятельности, не платили налогов и информация о них отсутствовала. Это деформировало «связки» государство—предприниматели и предприниматели—предприниматели. Проведение банкротства таких хозяйствующих субъектов было весьма затруднено, в том числе по финансовым причинам. Постановлением Правительства РФ от 21 октября 2004 г. № 573 утверждено Положение о порядке и условиях финансирования процедур банкротства отсутствующих должников¹. Оно применяется в случаях, когда с такими заявлениями обращаются уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный орган субъекта Российской Федерации или уполномоченный орган местного самоуправления. Финансирование осуществляется за счет средств соответствующего бюджета.

10. Подводя итог сказанному в данном параграфе, следует отметить три обстоятельства.

¹ СЗ РФ. 2004. № 44. Ст. 4347; см. также: Приказ ФНС. Минэкономразвития России и Минфина России о реализации положений этого постановления от 10 марта 2005 г. № САЭ-3-19/80@/53/34н // БНА. 2005. № 17.

А. При изучении нормативно-правовой основы банкротства как нового феномена нашей экономики надлежит отчетливо уяснить *нынешнюю специфику его правового регулирования*, нашедшую отражение в ГК РФ и федеральных законах. Последние закрепили сложившуюся качественно новую систему реальных общественных отношений по поводу банкротства. По структуре и содержанию Федеральный закон 2002 г. представляет собой нормативный акт, максимально приближающийся к высшей форме систематизации норм права — кодификации. В нем отчетливо выделяются традиционные для кодексов общая и особенная части. В общей части сосредоточены положения, фиксирующие статику связанных с банкротством общественных отношений и статус возможных их участников. Особенная часть передает динамику этих отношений, поведение, деятельность соответствующих субъектов. Кроме того, в обособленную часть выделены положения об отличительных чертах банкротства некоторых категорий должников (юридических и физических лиц) и отдельных процедур банкротства.

Мы имеем дело, таким образом, с *тремя уровнями нормативно-правового регулирования банкротства*. *Первый* содержит самые общие нормы, действие которых распространяется на все связанные с банкротством общественные отношения. *Второй* включает правовые нормы, опосредующие предусмотренные Федеральным законом 2002 г. общие процедуры банкротства. *Третий* уровень устанавливает исключения из общих правил первого и второго уровней. Нормы-исключения касаются именно названных в Федеральном законе 2002 г. субъектов и процедур банкротства. Таких норм немного, сосредоточены они в заключительных главах IX—XI данного Федерального закона. В правореализующей деятельности предпочтение отдано именно этим нормам. Если ими предусмотрено иное, то более общие нормы не применяются. Другими словами, нормы первого и второго уровней «работают» при регулировании соответствующих общественных отношений только в том случае, если на возникающие вопросы нет ответа в нормах третьего уровня.

Б. Необходимо раскрыть скобки в названии Федерального закона 2002 г., т. е. вернуться к самому началу темы и, опираясь на приведенную выше нормативно-правовую информацию, попытаться все-таки ответить на вопрос: *что такое несостоятельность и что такое банкротство*, синонимы они или несут в себе различную смысловую нагрузку? Терминологического единства

по данному вопросу нет и в законодательстве зарубежных стран. Одни из них, словесно отражая рассматриваемые нами общественные отношения, используют только понятие «несостоятельность», другие — только понятие «банкротство», третьи — и то и другое, при этом наполняя их совершенно различным содержанием. По-разному толкуют соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» российские специалисты.

Своеобразную компромиссную позицию занял Федеральный закон 2002 г. Он не воспринял ни одно из многочисленных предложений, вносившихся при его подготовке, об изменении названия по сравнению с действовавшими ранее законами 1992 г. и 1998 г., устранении в названии двусмысленности. Так, в тексте Федерального закона 2002 г. до ст. 2 неоднократно после слова «несостоятельность» заключается в скобки термин «банкротство». Начиная же со ст. 2, названной «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе», скобки отброшены и «банкротство» «отпущено на свободу». Сделано это с точки зрения законодательной техники не лучшим образом. Во-первых, «банкротство», сначала заключенное в скобки, почему-то заменило собой «несостоятельность», т. е. в дальнейшем тексте вместо дублирующей терминов используется один — «банкротство». При подобной позиции законодателя было бы логичнее поступить иначе: сам Федеральный закон 2002 г. назвать «О банкротстве (несостоятельности)». Во-вторых, что, пожалуй, главное, никакого объяснения юридическому и фактическому отождествлению понятий «несостоятельность» и «банкротство» в Федеральном законе 2002 г. не дано. И остается неясным, зачем же было вначале прибегать к его двойному названию.

Попутно заметим, что введение в скобках после, надо полагать, основного термина еще какого-то другого — не лучшее достижение законодательной техники, и было бы полезно от него отказаться. Прочитав такой текст, правоприменитель или рядовой гражданин должен решить нелегкую задачу: что означают скобки, что за ними скрывается и какую связь имеет с термином, указанным до скобок. Вспомним теперь Конституции СССР и РСФСР. После слова «Конституция» нам в скобках как бы поясняли: «Основной Закон». В действующей Конституции РФ скобок нет, в самом тексте тоже нигде не говорится, что она — основной закон. Более того, согласно Конституции РФ есть только два вида законов: федеральные конституционные законы и федеральные законы. Значит, наша Конституция сей-

час не есть основной закон? Очевидно, конституция как учредительный документ по определению должна стоять в иерархии нормативных правовых актов выше любого закона. Но все еще в научной литературе, учебниках, государственных решениях часто называют Конституцию РФ Основным Законом — такова сила консервативной правовой инерции.

Или еще один пример. Многие десятилетия рабочие и служащие при поступлении на работу в соответствии с Кодексом законов о труде РФ заключали трудовой договор. Затем после слова «договор» вдруг появились скобки с термином «контракт». «Договор» — слово русское и обозначает соглашение. «Контракт» — иностранного происхождения, но обозначает то же самое: соглашение. Сразу возникли дискуссии по вопросу о том, что общего у «договора» и «контракта» и что их различает, пока сам законодатель не сказал, что это — одно и то же. Но тогда зачем и для кого «напускался туман»?

А как же быть с «несостоятельностью» и «банкротством»? Думается, что здесь ситуация другая, нежели с «договором (контрактом)». Заглянув в любой словарь, мы узнаем, что оба термина многозначны и используются не только в правовом, но также в политическом, нравственном и ином лексиконе. Их требуется адаптировать к экономическим отношениям. В уяснении смысла обоих терминов надо учесть то, что рядом с ними во всех нормативных правовых актах присутствует третий «близнец» — неплатежеспособность. И тогда «дерево» этих понятий можно выстроить следующим образом. Все начинается с неплатежеспособности. Если она оказывается вовсе непосильной для должника и последний теряет всякую возможность рассчитаться с кредиторами, то такой неплательщик тем самым приобретает новое качество — становится несостоятельным. Третье и завершающее качество на тернистом пути незадачливого предпринимателя — банкрот. Этим статусом его наделяет арбитражный суд.

Изложенная правовая ситуация сравнима с той, что имеет место в отношении лица, совершившего преступление. Он также проходит через различные «качества»: подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Но только суд вправе в своем приговоре назвать такое лицо преступником. Так и хозяйствующий субъект может быть и неплательщиком, и несостоятельным. Но единственным государственным органом, могущим официально объявить его банкротом, является арбитражный суд.

Юридический смысл и значение приведенной градации состоит в том, что несостоятельный хозяйствующий субъект при определенных условиях может вернуть себе качество простого неплательщика, продолжить предпринимательскую деятельность, «нажить богатство» и рассчитаться с долгами. Для банкротства пути назад нет. Признание судом юридического лица банкротом влечет его ликвидацию. С момента вынесения судом такого решения в отношении индивидуального предпринимателя утрачивает силу регистрация его как хозяйствующего субъекта. Поэтому с точки зрения конечного результата правового регулирования института несостоятельности (банкротства) было бы правильнее и сам закон назвать короче и яснее — «О банкротстве». Все же остальное — лишь ступеньки на пути к нему, перечисление которых в названии закона представляется излишним. В тексте темы используется терминология, адекватная Федеральному закону 2002 г.

В. При дальнейшем раскрытии темы для облегчения изучения и предупреждения ошибок в применении Федерального закона 2002 г. акцент будет сделан на трех взаимосвязанных моментах: новеллах указанного Федерального закона; сравнительно-правовом анализе норм законов 2002 и 1998 гг.; показе специфики отдельных норм Федерального закона 1999 г. В целом качественное отличие Федерального закона 2002 г. состоит в усилении защиты интересов (при всей их противоречивости) кредитора и должника, а также других причастных к банкротству лиц; повышении ответственности арбитражных управляющих и контроля за их деятельностью.

Для более углубленного изучения темы необходимо обратиться к постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 29¹, в котором дано обстоятельное разъяснение вопросов, возникающих в ходе реализации Федерального закона 2002 г.

§ 2. Общая правовая характеристика банкротства и его предупреждение

1. Развертывание механизма правового регулирования банкротства, как и любого иного общественного отношения, начинается с определения участников соответствующих обществен-

Специальное приложение к «Вестнику ВАС РФ». 2005. № 12.

ных отношений, в данном случае — лиц, на которых распространяется действие законодательства о банкротстве. Федеральный закон 2002 г., в частности, уточнил перечень и статус должников-банкротов.

А. Существенно расширен круг потенциально несостоятельных (банкротов) физических лиц. Теперь четко различаются три их категории. Как и ранее, к ним в полном соответствии со ст. 25 ГК РФ отнесен гражданин — индивидуальный предприниматель, который не в состоянии удовлетворить требования кредиторов, вытекающие из осуществляемой им предпринимательской деятельности. С момента принятия арбитражным судом решения о признании индивидуального предпринимателя банкротом утрачивает силу его государственная регистрация в качестве индивидуального предпринимателя, а также аннулируются выданные ему лицензии на осуществление отдельных видов предпринимательской деятельности. Индивидуальный предприниматель, признанный банкротом, не может быть зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя в течение одного года с момента признания его банкротом.

Кроме индивидуальных предпринимателей банкротами могут быть признаны также граждане, не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Поскольку приведенная новелла противоречит ГК РФ, она будет введена в действие только с момента вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы, прежде всего — в ГК РФ. Это полностью соответствует фундаментальному правилу, гласящему, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. Думается, в орбиту банкротства целесообразно вовлекать не поголовно всех граждан-должников, а лишь тех из них, которые в нарушение действующего законодательства фактически занимаются предпринимательством, но без надлежащего юридического оформления (в частности, без государственной регистрации). Правительством РФ обсуждаются предложения о принятии федерального закона, внесении дополнений в ГК РФ и Федеральный закон 2002 г., которые позволили бы применять процедуры банкротства к физическим лицам — не предпринимателям, в частности к тем, кто является заемщиками банков и иных кредитных организаций и не погашает взятые кредиты (см. об этом выше тему 12). Намечаемые процедуры призваны отвечать интересам не только креди-

торов, но также заемщиков-должников и быть такими, чтобы их не могли использовать недобросовестные заемщики.

Наконец, еще одну категорию физических лиц — потенциальных банкротов составляют индивидуальные предприниматели, являющиеся главами крестьянских (фермерских) хозяйств. В Законе 1992 г. о них ничего не говорилось. Причина заключалась в том, что в начале 90-х гг. XX в. фермерство только начинало внедряться в сельское хозяйство, крестьянские (фермерские) хозяйства учреждались как юридические лица и функционировали именно в таком качестве. С 1 января 1995 г. глава крестьянского (фермерского) хозяйства, осуществляющего деятельность без образования юридического лица, признается предпринимателем вследствие самого факта государственной регистрации своего хозяйства.

Особенности банкротства гражданина, индивидуального предпринимателя и крестьянского (фермерского) хозяйства отражены соответственно в § 1—3 гл. X Федерального закона 2002 г. Следует при этом подчеркнуть, что правила, регулирующие банкротство гражданина (§ 1 гл. X), применяются к отношениям, связанным с банкротством индивидуального предпринимателя и крестьянского (фермерского) хозяйства, с учетом особенностей последних (§ 2 и 3 гл. X).

В целом иерархия различных правовых норм, относящихся к банкротству граждан, в том числе зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей, установлена следующим образом. Преимущество в регулировании общественных отношений, связанных с банкротством, имеет Федеральный закон 2002 г. Что касается норм, содержащихся в иных федеральных законах, то они могут применяться только после внесения соответствующих изменений и дополнений в этот Федеральный закон.

Б. Применительно к банкротству юридических лиц Федеральный закон 2002 г. пошел значительно дальше Федерального закона 1998 г. Согласно обоим законам по решению суда может быть признано банкротом любое юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией (за исключением казенных предприятий). Их исчерпывающий перечень дан в гл. 4 ГК РФ, ни в каких иных актах организационно-правовые формы коммерческих организаций устанавливаться не могут, и все они, за исключением казенных предприятий, число которых пока незначительно, подпадают под действие механизма банкротства. Что

касается некоммерческих организаций, то банкротству, согласно Федеральному закону 1998 г., могли подвергаться лишь те из них, которые действовали в форме потребительского кооператива либо благотворительного или иного фонда. Под действие механизма банкротства не попадали из названных в ГК РФ следующие организационно-правовые формы некоммерческих организаций: общественные и религиозные организации (объединения), учреждения, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы).

Организационно-правовые формы некоммерческих организаций определяются не только ГК РФ, но и другими законами. Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹ уже дополнил их перечень, имеющийся в Кодексе, тремя новыми формами: 1) некоммерческим партнерством; 2) автономной некоммерческой организацией; 3) государственной корпорацией. Они также не могли стать банкротами.

Ограничения в отношении банкротства некоммерческих организаций вызвали обоснованную критику, в том числе в пятом издании настоящего учебника. Федеральный закон 2002 г. устранил имевшийся перекоп. Теперь банкротство не распространяется лишь на казенные предприятия, учреждения, политические партии и религиозные организации.

По Федеральному закону 1998 г. в число юридических лиц, имеющих узаконенные особенности их банкротства, входили градообразующие, сельскохозяйственные, страховые, кредитные организации, профессиональные участники рынка ценных бумаг. Федеральный закон 2002 г., сохранив в числе организаций, имеющих особенности банкротства, градообразующие и сельскохозяйственные организации, внес тем не менее две важные новеллы. Одна — формальная: страховые, кредитные организации, профессиональные участники рынка ценных бумаг сведены в одну группу под названием «финансовые организации» (см. § 4 гл. IX). Вторая новелла — по существу: установлены особенности банкротства стратегических предприятий и организаций и субъектов естественных монополий (см. соответственно § 5 и 6 гл. IX).

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145; последнюю редакцию см.: Федеральный закон от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636.

В ходе изложения темы мы при необходимости будем обращаться к некоторым из этих особенностей. Здесь же обратим внимание читателей на понятийный аппарат и другие важные моменты, знание которых обязательно для правильного уяснения статуса перечисленных юридических лиц — потенциальных банкротов:

а) необходимость проявлять осторожность при решении вопроса *о банкротстве градообразующих организаций стала* очевидной уже в первые годы применения законодательства о банкротстве. Такие градообразующие организации, например, имеет большинство поселков и многие города северных регионов нашей страны. Их банкротство (в частности, распродажа государственных предприятий и иного имущества с последующим бесконтрольным со стороны государства использованием приобретенных ценностей новым собственником) способно повлечь тяжелые экономические и социальные последствия, лишить работы и всяких средств к существованию десятки тысяч человек.

По Федеральному закону 1998 г. градообразующими организациями признавались юридические лица, численность работников которых с учетом членов их семей составляет не менее половины численности населения соответствующего населенного пункта. К градообразующим приравнены иные организации, численность работников которых превышает 5 тыс. человек.

Федеральный закон 2002 г. внес одно, но важное уточнение: **градообразующими организациями признаются юридические лица, численность работников которых составляет не менее 25% численности работающего населения соответствующего населенного пункта.** При рассмотрении дела о банкротстве градообразующей организации лицом, участвующим в деле о банкротстве, признается соответствующий орган местного самоуправления. В качестве лиц, участвующих в деле о банкротстве, арбитражным судом могут быть также привлечены федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти соответствующего субъекта РФ.

Следует также обратить внимание на то, что в целях недопущения банкротства градообразующих организаций Федеральный закон 2002 г. ввел применительно к последним институт поручительства. Под поручительством понимается односторонняя обязанность лица, давшего поручительство за должника,

отвечать за исполнение последним всех его денежных обязательств перед кредиторами, а также обязанности по уплате обязательных платежей в бюджеты и внебюджетные фонды. Поручительство по обязательствам должника может быть дано Российской Федерацией, ее субъектом или муниципальным образованием в лице их уполномоченных органов в порядке и на условиях, которые предусмотрены федеральным законом.

Поручительство по обязательствам должника предоставляется арбитражному суду в письменной форме. В заявлении о поручительстве должны быть указаны: сумма обязательств должника перед кредиторами и обязанности по уплате обязательных платежей; график погашения задолженности. К поручительству прикладываются документы, подтверждающие включение обязательств по поручительству в соответствующий бюджет на дату предоставления поручительства. Должник и его поручитель обязаны приступить к расчетам с кредиторами в соответствии с графиком погашения задолженности, предусмотренным поручительством.

Орган местного самоуправления, или привлеченный к участию в деле о банкротстве градообразующей организации соответствующий федеральный орган исполнительной власти, или орган исполнительной власти субъекта РФ, представившие поручительство по обязательствам должника, определяет требования к кандидатуре внешнего управляющего и направляет их в саморегулируемые организации арбитражных управляющих (о них см. ниже);

б) по Федеральному закону 2002 г. и Федеральному закону 1998 г. под **сельскохозяйственными организациями понимаются юридические лица, основными видами деятельности которых являются производство или производство и переработка сельскохозяйственной продукции, выручка от реализации которой составляет не менее чем 50% общей суммы выручки.** К сельскохозяйственным организациям приравнены рыболовецкие артели (колхозы), выручка которых от реализации произведенной или произведенной и переработанной сельскохозяйственной продукции и выловленных (добытых) водных биологических ресурсов составляет не менее чем 70% общей суммы выручки. При продаже имущества и имущественных прав должника — сельскохозяйственной организации арбитражный управляющий должен выставить на продажу на первых торгах предприятие должника. Преимущественное право приобретения имущества

должника имеют лица, занимающиеся производством или производством и переработкой сельскохозяйственной продукции и владеющие земельным участком, непосредственно прилегающим к земельному участку должника.

Правительство РФ еще 2 ноября 1995 г. постановлением № 1081 утвердило Положение об особенностях процедур, применяемых в отношении неплатежеспособных сельскохозяйственных организаций¹. Это было сделано в целях учета специфики условий функционирования сельскохозяйственных организаций при реализации законодательства о банкротстве, предотвращения их банкротства, исключения негативных социальных последствий, связанных с ликвидацией несостоятельных сельскохозяйственных организаций, а также стимулирования становления и развития наиболее прогрессивных форм хозяйствования и преодоления кризиса неплатежей в агропромышленном секторе экономики. Указанное постановление действует в части, не противоречащей Федеральному закону 2002 г. В частности, при принятии и реализации решений о применении процедур учитываются: необходимость сохранения целевого использования земли как основного средства производства в сельском хозяйстве; специфика земельных отношений, форм собственности на землю; сезонность производства; зависимость результатов производства от природно-климатических условий; необходимость сохранения жизнедеятельности объектов социальной сферы, находящихся на балансе организации; территориальная и технологическая взаимоувязанность основного производства и производственной инфраструктуры; градообразующий и селообразующий характер организации;

в) *страхование* осуществляется на основании договоров имущественного или личного страхования, заключаемых гражданином или юридическим лицом (страхователем) со страховой организацией (страховщиком). В качестве *страховой организации* договоры страхования могут заключать юридические лица, имеющие разрешения (лицензии) на осуществление страхования соответствующего вида. Покупателем имущественного комплекса страховой организации может выступать только страховая организация;

СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4336.

г) Федеральный закон 2002 г. отказался от получившего широкое распространение в нормативных правовых актах словосочетания «банки и иные кредитные организации», ограничившись краткой формулировкой *кредитные организации*. Разумеется, содержащиеся в названном Федеральном законе правовые нормы, которые адресованы кредитным организациям, распространяются также на банки. Таким образом, понятие «кредитные организации», вслед за Федеральным законом «О банках и банковской деятельности», используется как родовое понятие, включающее банковские и небанковские кредитные организации. Особенности банкротства последних, как уже отмечалось выше, установлены Федеральным законом 1999 г.;

д) правовая характеристика *профессиональных участников рынка ценных бумаг* дана выше (см. § 2 темы 5);

е) **под стратегическими предприятиями и организациями понимаются: федеральные государственные унитарные предприятия и открытые акционерные общества, чьи акции находятся в федеральной собственности, которые осуществляют производство продукции (работ, услуг), имеющей стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации; организации оборонно-промышленного комплекса — производственные, научно-производственные, научно-исследовательские, проектно-конструкторские, испытательные и другие организации, осуществляющие работы по обеспечению выполнения государственного оборонного заказа.** Перечень стратегических предприятий и организаций, в том числе организаций оборонно-промышленного комплекса, утверждается Правительством РФ и подлежит обязательному опубликованию;

ж) **под субъектом естественной монополии понимается организация, осуществляющая производство и (или) реализацию товаров (работ, услуг) в условиях естественной монополии.**

Стратегические предприятие и организация, а также субъект естественной монополии считаются неспособными удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанности не исполнены в течение шести месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены. Для возбуждения дела об их банкротстве принимаются во внимание требования, составляющие в сово-

купности не менее чем 500 тыс. руб. (о стратегических предприятиях и организациях и субъектах естественных монополий см. также темы 7 и 11 настоящего учебника).

В. В отечественном предпринимательстве нередко участвуют *иностранные граждане и юридические лица*, которые, естественно, могут стать участниками отношений, связанных с банкротством. Важное значение при этом имеет соотношение норм российского национального законодательства, с одной стороны, и норм международного частного права, а также иностранных государств, граждане и юридические лица которых занимаются предпринимательством в России, — с другой. Здесь установлены следующие основополагающие правила: 1) если международным договором Российской Федерации установлены правила иные, чем те, которые предусмотрены Федеральным законом 2002 г., применяются правила международного договора Российской Федерации; 2) к отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов, регулируемым Федеральным законом 2002 г., применяются его положения, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации; 3) решения судов иностранных государств по делам о банкротстве признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации; 4) при отсутствии международных договоров Российской Федерации решения судов иностранных государств по делам о банкротстве признаются на территории Российской Федерации на началах взаимности, если иное не предусмотрено Федеральным законом 2002 г.

Г. Близким к должнику, но самостоятельным участником связанных с банкротством отношений является *представитель работников должника*. Работник — физическое лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем — физическим либо юридическим лицом (организацией). Под трудовыми отношениями понимаются отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по определенной специальности, квалификации или должности), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором. Статья 29 ТК РФ к представителям работников в социальном партнерстве относит профессиональ-

ные союзы и их объединения, иные профсоюзные организации, предусмотренные уставами общероссийских, межрегиональных профсоюзов, или иных представителей, избираемых на общем собрании (конференции) работников. Целесообразно по аналогии решать и вопрос о представителе работников должника.

Причастность работников к судьбе работодателя, оказавшегося вовлеченным в процесс банкротства, вполне понятна. Они имеют специфические интересы по отстаиванию прав трудового коллектива в целом и своих персональных прав на сохранение рабочего места, получение причитающейся заработной платы, удовлетворение иных социальных потребностей, вытекающих из коллективного договора и трудового договора. Работники должника уполномочивают какое-либо лицо, названное в Федеральном законе 2002 г. «представителем работников должника», представлять их интересы при проведении процедур банкротства. Для этого оно наделено особыми полномочиями, реализуемыми (о чем подробнее будет сказано ниже) на различных стадиях рассмотрения арбитражным судом дела о банкротстве должника.

2. Непременную предпосылку реализации законодательства о банкротстве составляет наличие факта банкротства. При его определении в Федеральном законе 2002 г. за исходное взято (с некоторыми уточнениями) действовавшее ранее положение о том, что *банкротство есть признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов*. Сами эти требования сведены в две обособленные группы: 1) *денежное обязательство* — обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму по гражданско-правовой сделке и (или) по иным основаниям, предусмотренным ГК РФ; 2) *обязательные платежи* — налоги, сборы и иные обязательные взносы в бюджет соответствующего уровня и в государственные внебюджетные фонды (в частности, Пенсионный фонд РФ, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования РФ, Фонд социального страхования РФ, Государственный фонд занятости населения РФ) в порядке и на условиях, которые определяются законодательством Российской Федерации. По обоим федеральным законам (2002 и 1998 гг.) **должник (гражданин или юридическое лицо) считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по оплате обязательных платежей, если соответствующие обязанности не испол-**

нены им в течение трех месяцев с наступления даты их исполнения. Федеральный закон 1999 г. для кредитных организаций установил значительно более сокращенный срок неисполнения — 14 дней. В отношении гражданина Федеральный закон 2002 г. внес весьма существенное и разумное дополнение: банкротом он может быть признан, *если сумма его неисполненного обязательства превышает стоимость принадлежащего ему имущества.* К сожалению, законодатель не принял многочисленные рекомендации, в том числе исходившие от арбитражных судей, о целесообразности хотя бы вдвое увеличить срок, в течение которого допускается невыполнение обязательства гражданами и юридическими лицами.

Граждане, включая индивидуальных предпринимателей, и юридические лица являются участниками самых различных правоотношений, в которых как стороны этих правоотношений могут оказаться должниками. Возникают естественные вопросы: по состоянию на какое время и какие именно долги — все или только какая-то их часть — учитываются для определения наличия признаков банкротства? Федеральный закон 2002 г. определил: *состав и размер денежных обязательств и обязательных платежей, как правило, определяются на дату подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом* (подробнее см. ст. 4).

Наличие признаков банкротства само по себе еще не является достаточным основанием для запуска в арбитражном суде механизма объявления субъекта гражданского права банкротом. По Федеральному закону 1998 г. дело о банкротстве могло возбуждаться арбитражным судом, если требования к должнику — юридическому лицу в совокупности составляли не менее 500, а к должнику-гражданину — не менее 100 минимальных размеров оплаты труда. Федеральный закон 2002 г. отказался от оценок в минимальных размерах оплаты труда и установил твердые денежные суммы: *для юридического лица — не менее 100 тыс. руб. и для гражданина — не менее 10 тыс. руб.*

3. Важную роль среди общих (статических) положений о банкротстве занимают его процедуры, которые вправе применить арбитражный суд при рассмотрении дела о банкротстве. На выбор конкретной процедуры оказывают влияние не только арбитражный суд, но и лица, связанные с этим делом, начиная непосредственно с должника. Избранная арбитражным судом процедура банкротства в дальнейшем определяет поведение и

самого суда, и должника, и кредитора, и всех других имеющих отношение к банкротству участников социального общения, а также сам конечный результат дела. Поэтому, как только начинает возникать угроза банкротства, причастным к нему лицам (прежде всего должнику и кредитору) необходимо своими действиями в ходе подготовительной работы к разбирательству дела и непосредственно в суде активно добиваться применения именно той процедуры, которая в наибольшей мере отвечает их интересам.

Согласно Федеральному закону 1998 г. все процедуры банкротства были разделены на две группы. Одни применялись при рассмотрении дел о банкротстве должника — юридического лица: наблюдение, внешнее управление (судебная санация), конкурсное производство, мировое соглашение. Вторая группа процедур — конкурсное производство и мировое соглашение — применялась по делам о банкротстве должника-гражданина.

Федеральный закон 2002 г. сохранил этот общий подход, но при этом ввел одну новую процедуру (финансовое оздоровление) и уточнил содержание прежних. Теперь система процедур выглядит следующим образом: а) *наблюдение* — процедура банкротства, применяемая к должнику в целях обеспечения сохранности имущества должника, проведения анализа финансового состояния должника, составления реестра требований кредиторов и проведения первого собрания кредиторов; б) *финансовое оздоровление* — процедура банкротства, применяемая к должнику в целях восстановления его платежеспособности и погашения задолженности в соответствии с графиком погашения задолженности; в) *внешнее управление* — процедура банкротства, применяемая к должнику в целях восстановления его платежеспособности; г) *конкурсное производство* — процедура банкротства, применяемая к должнику, признанному банкротом, в целях соразмерного удовлетворения требований кредиторов; д) *мировое соглашение* — 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.

Яркая особенность Федерального закона 1999 г. та, что при банкротстве кредитных организаций к ним может быть применена только одна процедура — конкурсное производство.

4. Право обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом поставлено в прямую зависимость от ответа на вопрос: о каких неисполненных обязательствах должника — денежных обязательствах или обязательных платежах — идет речь? По Федеральному закону 2002 г. таким правом обладают: а) *должник* (гражданин, в том числе индивидуальный предприниматель, или юридическое лицо, оказавшиеся неспособными удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение срока, установленного данным Федеральным законом); б) *конкурсные кредиторы* (кредиторы 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); в) *уполномоченные органы* (федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные Правительством РФ 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 РФ, органы местного самоуправления, уполномоченные представлять в деле о банкротстве и в процедурах банкротства требования по денежным обязательствам соответственно субъектов Федерации и муниципальных образований. По Федеральному закону 1998 г. в числе обладателей такого права был особо выделен прокурор).

Право на обращение в арбитражный суд возникает у конкурсного кредитора, уполномоченного органа по денежным обязательствам по истечении 30 дней с даты направления (предъявления к исполнению) исполнительного документа в службу судебных приставов и его копии должнику, а у уполномоченного органа по обязательным платежам — по истечении 30 дней с даты принятия решения налогового органа, таможенного органа о взыскании задолженности за счет имущества должника.

Что касается должника, то ему *предоставлено не только право, но и установлена его обязанность обратиться в арбитражный суд с заявлением о своем собственном банкротстве*. Должник

вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением должника в предвидении банкротства при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что он будет не в состоянии исполнить денежные обязательства и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок.

Иначе обстоит дело, если должнику Федеральным законом 2002 г. предписано обратиться в суд. Руководитель должника (а им является единоличный исполнительный орган юридического лица или руководитель коллегиального исполнительного органа, а также иные лица, осуществляющие в соответствии с федеральным законом деятельность от имени юридического лица без доверенности) или индивидуальный предприниматель обязан обратиться, например, с заявлением должника в арбитражный суд в случае, если: а) удовлетворение требований одного кредитора или нескольких кредиторов приводит к невозможности исполнения должником денежных обязательств, обязанности по уплате обязательных платежей и (или) иных платежей в полном объеме перед другими кредиторами; б) органом должника, уполномоченным в соответствии с учредительными документами должника на принятие решения о ликвидации должника, принято решение об обращении в арбитражный суд с заявлением должника; в) органом, уполномоченным собственником имущества должника — унитарного предприятия, принято решение об обращении в арбитражный суд с заявлением должника; г) обращение взыскания на имущество должника существенно осложнит или сделает невозможной хозяйственную деятельность должника; д) в иных предусмотренных Федеральным законом 2002 г. случаях. Должник обязан также обратиться в арбитражный суд с заявлением должника, если при проведении ликвидации юридического лица установлена невозможность удовлетворения требований кредиторов в полном объеме. Во всех указанных случаях заявление должника должно быть направлено в арбитражный суд не позднее чем через месяц с даты возникновения соответствующих обстоятельств.

По Федеральному закону 1999 г. с заявлением о банкротстве кредитной организации, наряду с перечисленными выше субъектами, вправе обратиться также Банк России.

5. За неисполнение обязанности по подаче заявления должника в арбитражный суд руководитель должника и другие обязанные лица несут *юридическую ответственность*. В этой связи уместно рассмотреть общий вопрос о юридической ответствен-

ности за нарушение законодательства о банкротстве. Изучение нормативных правовых актов и практики их применения показывает, что в разного рода акциях, связанных с преодолением неплатежей, ликвидацией обанкротившихся предпринимателей, принимают участие многие субъекты — государственные органы и органы местного самоуправления, трудовые коллективы, юридические и физические лица. Их объединяет общественно значимая общая цель, отраженная и юридически закреплённая в институте банкротства. Его позитивное назначение — в исключении из гражданского оборота неплатежеспособных субъектов (в случае признания их банкротами и последующей ликвидации), что, безусловно, служит оздоровлению рынка. Кроме того, законодательство о банкротстве дает возможность ответственно действующим и добросовестным предпринимателям улучшить свои дела под контролем арбитражного суда и кредиторов и вновь достичь финансовой стабильности. В этом смысле институт банкротства служит гарантией социальной справедливости в жестких условиях рынка с его конкуренцией.

Вместе с тем каждый из участников процесса банкротства, не исключая государство в лице его органов и должностных лиц и органы местного самоуправления, в рамках общей цели преследуют свои собственные интересы, которые могут не совпадать, а то и прямо противоречить интересам других субъектов. Нередко действия, продиктованные своекорыстными и иными антиобщественными побуждениями, попытками использовать сложившуюся ситуацию с максимальной выгодой для себя, нажиться «на чужом несчастье», выходят далеко за поле, очерченное юридическими нормами, приобретают характер правонарушений. Юридическая ответственность за них определяется в зависимости от того, нормы какой отрасли права были нарушены.

Закон 1992 г. имел специальный разд. VI «Неправомерные действия должника, собственника предприятия-должника, кредитора и иных лиц». Федеральные законы о банкротстве 1998 г. и 2002 г. не пошли по пути своего предшественника. В них *вопросы юридической ответственности не выделены в отдельную главу, а рассредоточены по всему тексту*, привязаны к излагаемым в этих федеральных законах отдельным поведенческим актам участников дела о несостоятельности (банкротстве). За неправомерные действия лица, совершившие их, привлекаются к

гражданско-правовой, уголовной и административной ответственности.

Статья 10 Федерального закона 2002 г. посвящена гражданско-правовой ответственности гражданина-должника и органов управления должника. В ней закреплено общее правило: в случае нарушения руководителем должника или учредителем (участником) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия, членами органов управления должника, членами ликвидационной комиссии (ликвидатора), гражданином-должником положений этого Федерального закона указанные лица обязаны возместить убытки (прямой ущерб и упущенную выгоду), причиненные в результате такого нарушения. В частности, неподача заявления должника в арбитражный суд в установленных случаях и в срок влечет за собой субсидиарную ответственность лиц, на которых указанным Федеральным законом возложена обязанность по принятию решения о подаче заявления должника в арбитражный суд и подаче такого заявления, по обязательствам должника, возникшим после истечения установленного срока.

Руководители, учредители (участники) юридических лиц, индивидуальные предприниматели за неправомерные действия при банкротстве несут также уголовную и административную ответственность. Федеральным законом от 19 декабря 2005 г. № 161-ФЗ она расширена и значительно повышена¹.

Уголовная ответственность наступает в следующих случаях:

а) сокрытие имущества, имущественных прав или имущественных обязанностей, сведений об имуществе, о его размере, местонахождении либо иной информации об имуществе, имущественных правах или имущественных обязанностях, передача имущества во владение иным лицам, отчуждение или уничтожение имущества, а равно сокрытие, уничтожение, фальсификация бухгалтерских и иных учетных документов, отражающих экономическую деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя, если эти действия совершены при наличии признаков банкротства и причинили крупный ущерб;

б) неправомерное удовлетворение имущественных требований отдельных кредиторов за счет имущества должника — юридического лица руководителем юридического лица или его

¹ СЗ РФ. 2005. № 52. Ч. 1. Ст. 5:374.

учредителем (участником) либо индивидуальным предпринимателем заведомо в ущерб другим кредиторам, если это действие совершено при наличии признаков банкротства и причинило крупный ущерб;

в) незаконное воспрепятствование деятельности арбитражного управляющего либо временной администрации кредитной организации, в том числе уклонение или отказ от передачи арбитражному управляющему либо временной администрации кредитной организации документов, необходимых для исполнения возложенных на них обязанностей, или имущества, принадлежащего юридическому лицу либо кредитной организации, в случаях, когда функции руководителя юридического лица либо кредитной организации возложены соответственно на арбитражного управляющего или руководителя временной администрации кредитной организации, если эти действия (бездействие) причинили крупный ущерб;

г) преднамеренное банкротство, т. е. совершение руководителем или учредителем (участником) юридического лица либо индивидуальным предпринимателем действий (бездействия), заведомо влекущих неспособность юридического лица или индивидуального предпринимателя в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если эти действия (бездействие) причинили крупный ущерб;

д) фиктивное банкротство, т. е. заведомо ложное публичное объявление руководителем или учредителем (участником) юридического лица о несостоятельности данного юридического лица, а равно индивидуальным предпринимателем о своей несостоятельности, если это деяние причинило крупный ущерб.

Перечисленные составы преступлений предусмотрены ст. 195—197 УК РФ. Совершение указанных деяний влечет различные виды наказаний, включая лишение свободы на срок до трех лет.

Как мы видим, уголовная ответственность наступает в случае причинения неправомерными действиями крупного ущерба. Если признаки уголовно наказуемого деяния отсутствуют, то за сходные по составу правонарушения наступает *ответственность административная*, предусмотренная ст. 14.12 и 14.13 КоАП РФ. Подобные дела рассматривают судьи арбитражных судов единолично (ч. 1 ст. 23.1 КоАП РФ).

6. Пожалуй, *главными действующими лицами* драмы, разыгрывающейся в процессе банкротства хозяйствующих субъектов и граждан, не зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей, *выступают кредиторы*. Ведь они потеряли свое имущество и сохранили лишь надежду вернуть хоть что-то. В зависимости от обстоятельств, связанных с делом о банкротстве, они могут быть представлены одним, десятками, сотнями и многими тысячами субъектов. Но понятие «кредитор» сложно не только количественно, но и содержательно, качественно. В Федеральном законе 2002 г. оно трактуется не как однозначное.

Кредиторами именуются 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. Правом же на подачу заявления кредитора о признании должника банкротом обладают только лица, признаваемые конкурсными кредиторами. В их число не входят, например, граждане, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни и здоровью; учредители (участники) должника — по обязательствам, вытекающим из такого участия.

Кредиторы, как правило, разобщены территориально и организационно, преследуют в процессе банкротства не всегда совпадающие, а нередко и противоречащие друг другу интересы. Важно поэтому добиваться сглаживания противоречий между ними, нивелирования интересов, объединения их усилий с устремлениями других участников процесса в достижении позитивных конечных результатов, максимально удовлетворяющих всех его участников. Федеральный закон 2002 г. закрепил систему форм, как раз и призванных выразить и защитить интересы кредиторов.

7. Высшей и наиболее демократичной формой является *собрание кредиторов*. Она используется во всех процедурах банкротства. Участниками собрания кредиторов с правом голоса являются конкурсные кредиторы и уполномоченные органы. В собрании кредиторов вправе участвовать без права голоса представитель работников должника, представитель учредителей (участников) должника, представитель собственника имущества должника — унитарного предприятия, которые вправе выступать по вопросам повестки собрания кредиторов. Если в деле о банкротстве участвует единственный конкурсный креди-

тор или уполномоченный орган, решения, относящиеся к компетенции собрания кредиторов, принимает такой кредитор или уполномоченный орган. Организация и проведение собрания кредиторов осуществляются арбитражным управляющим.

Исключительная компетенция собрания кредиторов исчерпывающе закреплена в ст. 12 Федерального закона 2002 г. Это, например: принятие решения о введении и об изменении срока проведения финансового оздоровления, внешнего управления и об обращении с соответствующим ходатайством в арбитражный суд; утверждение и изменение плана внешнего управления; утверждение плана финансового оздоровления и графика погашения задолженности; утверждение требований к кандидатурам административного управляющего, внешнего управляющего, конкурсного управляющего; выбор саморегулируемой организации для представления в арбитражный суд кандидатур административного управляющего, внешнего управляющего, конкурсного управляющего; избрание представителя собрания кредиторов. Вопросы, относящиеся к исключительной компетенции собрания кредиторов, не могут быть переданы на решение иным лицам или органам.

Собрание кредиторов правомочно в случае, если на нем присутствовали конкурсные кредиторы и уполномоченные органы, включенные в реестр требований кредиторов и обладающие более чем половиной голосов от общего числа голосов конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, требования которых включены в реестр требований кредиторов. Повторно созванное собрание кредиторов при несостоявшемся первом правомочно в случае, если на нем присутствовали конкурсные кредиторы и уполномоченные органы, требования которых включены в реестр требований кредиторов и обладающие более чем 30% голосов от общего числа голосов конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, включенных в реестр требований кредиторов, при условии, что о времени и месте проведения собрания кредиторов конкурсные кредиторы и уполномоченные органы были надлежащим образом уведомлены в соответствии с указанным Федеральным законом. В ст. 13—15 Федерального закона 2002 г. обстоятельно урегулированы процедуры, связанные с надлежащим уведомлением лиц о проведении собрания, порядком созыва собрания и принятием на нем решений.

Реестр требований кредиторов ведет арбитражный управляющий или реестродержатель. Реестродержатель — фигура новая, неизвестная Федеральному закону 1998 г. Реестр требований кредиторов в качестве реестродержателя ведется профессиональными участниками рынка ценных бумаг, осуществляющими деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг. Реестродержатель обязан осуществлять свою деятельность в соответствии с общими правилами деятельности арбитражного управляющего, касающимися содержания и порядка ведения реестра требований кредиторов и утверждаемыми Правительством РФ. Решение о привлечении реестродержателя к ведению реестра требований кредиторов и выборе реестродержателя принимается собранием кредиторов. До даты проведения первого собрания кредиторов решение о привлечении реестродержателя к ведению реестра требований кредиторов и выборе реестродержателя принимается временным управляющим. Решение собрания кредиторов о выборе реестродержателя должно содержать согласованный с реестродержателем размер оплаты услуг реестродержателя.

Не позднее чем через пять дней с даты выбора собранием кредиторов реестродержателя арбитражный управляющий обязан заключить с реестродержателем соответствующий договор. Договор с реестродержателем может быть заключен только при наличии у него договора страхования ответственности на случай причинения убытков лицам, участвующим в деле о банкротстве. Информация о реестродержателе должна быть представлена арбитражным управляющим в арбитражный суд не позднее чем через пять дней с даты заключения договора (подробнее об этом см. ст. 16 Федерального закона 2002 г.).

8. Следующей формой после собрания кредиторов является *комитет кредиторов*, который представляет законные интересы конкурсных кредиторов, уполномоченных органов и осуществляет контроль за действиями арбитражного управляющего, а также реализует иные предоставленные собранием кредиторов полномочия в порядке, предусмотренном Федеральным законом 2002 г. Решения об избрании членов комитета кредиторов и определении их количественного состава (от 3 до 11 человек) принимает собрание кредиторов. Если количество конкурсных кредиторов, уполномоченных органов составляет менее 50, комитет кредиторов решением собрания кредиторов может не образовываться.

Комитет для осуществления возложенных на него функций вправе: а) требовать от арбитражного управляющего или руководителя должника предоставить информацию о финансовом состоянии должника и ходе процедур банкротства; б) обжаловать в арбитражный суд действия арбитражного управляющего; в) принимать решения о созыве собрания кредиторов; г) принимать решения об обращении к собранию кредиторов с рекомендацией об отстранении арбитражного управляющего от исполнения его обязанностей; д) принимать другие решения, а также совершать иные действия в случае предоставления собранием кредиторов таких полномочий в порядке, установленном Федеральным законом 2002 г. Комитет кредиторов для реализации своих полномочий вправе избрать своего представителя.

9. В федеральных законах 1998 г. и 2002 г. идет речь еще о так называемых заинтересованных лицах. Ими по отношению к должнику признаются, в частности: 1) юридическое лицо, которое является основным или дочерним по отношению к должнику в соответствии с гражданским законодательством; 2) руководитель должника, а также лица, входящие в совет директоров (наблюдательный совет) должника, коллегиальный исполнительный орган должника, главный бухгалтер (бухгалтер) должника, в том числе указанные лица, освобожденные от своих обязанностей в течение года до момента возбуждения производства по делу о банкротстве. Под заинтересованными лицами по отношению к гражданину понимаются его супруг, родственники по прямой восходящей и нисходящей линии, сестры и братья, а также родственники по нисходящей линии, родители, сестры и братья супруга.

10. Одним из наиболее активно действующих в процессе банкротства субъектов призван быть *арбитражный управляющий*. Он от начала и до конца выступает как некий координационный центр причастных к банкротству лиц, призванный регулировать их действия с арбитражным судом. В ходе изложения материалов темы мы убедимся, что арбитражный управляющий — центральная фигура в деле обеспечения реализации законодательства о несостоятельности (банкротстве). От его усилий, честности, опыта и знаний (прежде всего правовых) во многом зависят реальная отдача от судебных и внесудебных процедур, осуществляемых в связи с неплатежеспособностью хозяйствующих субъектов-должников, а также результаты банкротства. Поэтому к арбитражным управляющим предъявляются особо высокие требования.

Согласно Федеральному закону 2002 г. *арбитражным управляющим* может быть гражданин РФ, утверждаемый арбитражным судом для проведения процедур банкротства и осуществления иных установленных названным Федеральным законом полномочий и являющийся членом одной из саморегулируемых организаций. Арбитражный управляющий выступает в четырех различных ипостасях. Им может быть: *временный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения наблюдения; *административный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения финансового оздоровления; *внешний управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения внешнего управления и осуществления иных установленных названным Федеральным законом полномочий; *конкурсный управляющий* — арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом для проведения конкурсного производства и осуществления иных установленных названным Федеральным законом полномочий.

Арбитражному управляющему надлежит своей деятельностью отражать, согласовывать и примирять интересы должника, кредиторов, иных участников процесса банкротства и, наконец, общества и государства. Данное обстоятельство находит отражение прежде всего в особых правовых требованиях к арбитражному управляющему, которые Федеральным законом 2002 г. значительно повышены.

По общему правилу *арбитражным управляющим может быть гражданин Российской Федерации, который зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя; имеет высшее образование; имеет стаж руководящей работы не менее чем два года в совокупности; сдал теоретический экзамен по программе подготовки арбитражных управляющих¹; прошел стажировку в качестве помощника арбитражного управляющего; не имеет судимости за преступления в сфере экономики; является членом одной из саморегулируемых организаций* (более подробно о требова-

¹ Правительство РФ постановлением от 28 мая 2003 г. № 308 утвердило Правила проведения и сдачи теоретического экзамена по единой программе подготовки арбитражных управляющих (СЗ РФ. 2003. № 22. Ст. 2169; 2005. № 8. Ст. 653). На Министерство юстиции РФ возложены полномочия по формированию соответствующих комиссий.

ниях к арбитражным управляющим см. ст. 21 Федерального закона 2002 г.). Руководящей работой признается работа в качестве руководителя юридического лица или его заместителя, а также деятельность в качестве арбитражного управляющего при условии исполнения обязанностей руководителя должника, за исключением случаев проведения процедур банкротства по отношению к отсутствующему должнику.

Совершенно новыми в Федеральном законе 2002 г. являются следующие положения. Арбитражным судом не могут быть утверждены в качестве временных управляющих, административных управляющих, внешних управляющих или конкурсных управляющих арбитражные управляющие: а) которые являются заинтересованными лицами по отношению к должнику, кредиторам; б) в отношении которых введена процедура банкротства; в) которые не возместили убытки, причиненные должнику, кредиторам, третьим лицам при исполнении обязанностей арбитражного управляющего; г) которые дисквалифицированы или лишены в установленном порядке права занимать руководящие должности и (или) осуществлять предпринимательскую деятельность по управлению юридическим лицом, входить в совет директоров (наблюдательный совет) и (или) управлять делами и (или) имуществом других лиц; д) которые не имеют заключенных в соответствии с требованиями Федерального закона 2002 г. договоров страхования ответственности на случай причинения убытков лицам, участвующим в деле о банкротстве.

Документ, удостоверяющий соответствие рекомендованной для утверждения кандидатуры арбитражного управляющего установленным требованиям, представляется в арбитражный суд саморегулируемой организацией арбитражных управляющих, членом которой он является.

Договор страхования ответственности признается формой финансового обеспечения ответственности арбитражного управляющего и должен быть заключен на срок не менее года с обязательным последующим возобновлением такого договора. Минимальная сумма финансового обеспечения (страховая сумма по договору страхования) должна составлять не менее чем 3 млн руб. в год. Федеральным законом 1998 г. страхование ответственности арбитражных управляющих не предусматривалось, в результате чего интересы причастных к банкротству лиц были менее защищены.

Основная форма контроля, да и самоконтроля, арбитражного управляющего, фигурирующая во всех процедурах банкротства, — это его отчет (при процедуре финансового оздоровления — заключение). Правительство РФ постановлением от 22 мая 2003 г. № 299' утвердило Общие правила подготовки отчетов (заключений) арбитражного управляющего, представляемых им арбитражному суду и собранию (комитету) кредиторов в случаях и в сроки, предусмотренные Федеральным законом 2002 г. В постановлении сформулированы общие требования к содержанию каждого отчета (заключения) и особые — к отчету временного, внешнего, конкурсного и заключению административного управляющего. Минюст России совместно с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти разработал и утвердил типовые формы и методические рекомендации по подготовке этих отчетов (заключений).

Согласно Федеральному закону 1999 г. конкурсным управляющим при банкротстве кредитной организации (а других арбитражных управляющих в данном случае быть не может), которая имеет лицензию Банка России на привлечение денежных средств физических лиц во вклады, является Агентство по страхованию вкладов (подробнее см. ст. 50²⁰—50⁴⁴). Центральным банком РФ по согласованию с Минэкономразвития России и Минюстом России устанавливаются дополнительные требования к условиям аккредитации конкурсных управляющих при банкротстве кредитных организаций.

11. Новеллой стало введение статуса саморегулируемой организации арбитражных управляющих. *Саморегулируемая организация арбитражных управляющих* (саморегулируемая организация) — это некоммерческая организация, которая основана на членстве, создана гражданами Российской Федерации, включена в единый государственный реестр саморегулируемых организаций арбитражных управляющих, целями деятельности которой являются регулирование и обеспечение деятельности арбитражных управляющих. Указанный статус приобретает некоммерческой организацией с даты включения ее в единый реестр. Приказами Минюста России от 30 декабря 2004 г. № 202 и № 203 утверждены Положение о порядке ведения единого государственного реестра саморегулируемых организаций арбитражных управляющих и Положение о ведении реестра ар-

битражных управляющих¹. Включение некоммерческих организаций в реестр саморегулируемых организаций и регистрацию арбитражных управляющих, выражающуюся во включении их в реестр арбитражных управляющих, осуществляет Росрегистрация.

Основанием для включения является выполнение некоммерческой организацией следующих условий: а) соответствие не менее чем 100 ее членов требованиям, установленным для арбитражных управляющих, за исключением требования об обязательном членстве в саморегулируемой организации арбитражных управляющих; б) участие членов не менее чем в 100 (в совокупности) процедурах банкротства, в том числе не завершенных на дату включения в единый государственный реестр саморегулируемых организаций арбитражных управляющих, за исключением процедур банкротства по отношению к отсутствующим должникам; в) наличие компенсационного фонда или имущества у общества взаимного страхования, которые формируются исключительно в денежной форме за счет взносов членов в размере не менее чем 300 тыс. руб. на каждого члена.

Саморегулируемая организация арбитражных управляющих осуществляет следующие функции: а) обеспечение соблюдения своими членами законодательства Российской Федерации, правил профессиональной деятельности арбитражного управляющего; б) защиту прав и законных интересов своих членов; в) обеспечение информационной открытости деятельности своих членов, процедур банкротства; г) содействие повышению уровня профессиональной подготовки своих членов. Саморегулируемая организация арбитражных управляющих вправе осуществлять по отношению к своим членам также иные предусмотренные ее уставом и не противоречащие законодательству функции.

Введенные в дела о банкротстве саморегулируемые организации арбитражных управляющих, при всей кажущейся демократичности новшества, вместе с тем нуждаются в весьма «осторожном» обращении с ними из-за способности последних стать источником коррупции и возможности иных злоупотреблений с их стороны. Ведь арбитражный суд *фактически* лишен возможности влиять на выбор конкретного арбитражного управляющего с учетом особенностей конкретного дела о банкротстве и

¹ БНА. 2005. № 5.

лишь *формально* проверяет его кандидатуру на соответствие критериям, установленным Федеральным законом 2002 г.

Поэтому государство в лице своего регулирующего органа осуществляет контроль за деятельностью этих саморегулируемых организаций. Правительство РФ постановлением от 25 июня 2003 г. № 365 утвердило Положение о проведении проверки деятельности саморегулируемой организации арбитражных управляющих регулирующим органом¹, а постановлением от 3 февраля 2005 г. № 52 установило, что таким *регулирующим органом* является подведомственная Минюсту России Федеральная регистрационная служба².

12. Отдельные стороны статуса арбитражного управляющего стали предметом проверки Конституционного Суда РФ. Поводом послужила жалоба о том, что требование Федерального закона 2002 г. о членстве в одной из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих как обязательное условие утверждения арбитражным судом гражданина в должности арбитражного управляющего противоречит Конституции РФ: этим устанавливаются недопустимые по Конституции РФ запреты на осуществление профессиональной деятельности (ч. 1 ст. 37) и на принуждение к вступлению или пребыванию в каком-либо объединении (ч. 2 ст. 30). Конституционный Суд РФ постановлением от 19 декабря 2005 г. № 12-П признал (при особом мнении одного судьи) приведенное нормативное положение Федерального закона 2002 г. не противоречащим Конституции РФ³.

13. Для осуществления своих функций арбитражный управляющий наделен необходимыми правами и обязанностями. Он имеет право: созывать собрание кредиторов и комитет кредиторов; обращаться в арбитражный суд в случаях, предусмотренных Федеральным законом 2002 г.; получать вознаграждение в размере и порядке, которые установлены названным Федеральным законом; привлекать для обеспечения осуществления своих полномочий на договорной основе иных лиц с оплатой их деятельности из средств должника, если иное не установлено названным Федеральным законом или соглашением с кредиторами; подать в арбитражный суд заявление о досрочном пре-

¹ СЗ РФ. 2003. № 26. Ст. 2662.

² СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 464.

³ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335.

крашении исполнения своих обязанностей. К числу обязанностей отнесены, например: принятие мер по защите имущества должника; анализ финансового состояния должника; анализ финансовой, хозяйственной и инвестиционной деятельности должника, его положения на товарных и иных рынках; ведение реестра требований кредиторов.

Осуществляя свои права и обязанности, арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества. Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей, возложенных на арбитражного управляющего в соответствии с Федеральным законом 2002 г., правил профессиональной деятельности арбитражного управляющего, установленных Правительством РФ, является основанием для отстранения арбитражного управляющего арбитражным судом по требованию лиц, участвующих в деле о банкротстве.

Вознаграждение арбитражного управляющего за каждый месяц осуществления им своих полномочий устанавливается в размере, определяемом кредитором (собранием кредиторов) и утверждаемом арбитражным судом, если иное не установлено Федеральным законом 2002 г., и должно составлять не менее чем 10 тыс. руб. В случае отстранения арбитражного управляющего арбитражным судом в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением возложенных на него обязанностей вознаграждение арбитражному управляющему может не выплачиваться.

14. Состояние и динамика общественных отношений, связанных с банкротством хозяйствующих субъектов, во многом определяются уровнем государственного управления ими. В ст. 29 Федерального закона 2002 г. особо закреплена компетенция федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления в сфере финансового оздоровления и банкротства. Так, в целях проведения государственной политики в сфере финансового оздоровления и банкротства Правительство РФ: определяет порядок объединения и представления требований Российской Федерации по денежным обязательствам в деле о банкротстве и в процедурах банкротства; осуществляет координацию деятельности представителей федеральных органов исполнительной власти и представителей государственных вне-

бюджетных фондов как кредиторов по денежным обязательствам и обязательным платежам.

Правительству РФ поручено также утверждать правила профессиональной деятельности арбитражного управляющего и деятельности саморегулируемой организации, включая общие правила деятельности арбитражного управляющего, касающиеся содержания и порядка ведения реестра требований кредиторов, подготовки, организации и проведения собраний кредиторов и комитетов кредиторов, подготовки отчетов арбитражного управляющего; правила проведения финансового анализа; правила проверки наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства; правила проведения и сдачи теоретического экзамена; правила проведения стажировки в качестве помощника арбитражного управляющего; правила проведения проверки саморегулируемой организацией деятельности своих членов — арбитражных управляющих.

Для полноценного действия Федерального закона 2002 г. необходимо только постановлений Правительства РФ принять более 30. Многие из них уже изданы. Так, постановлением Правительства РФ от 29 мая 2004 г. № 257 утверждено Положение о порядке предъявления требований по обязательствам перед Российской Федерацией в делах о банкротстве и в процедурах банкротства¹. Положение разработано в целях обеспечения подачи уполномоченным органом заявления о признании должника банкротом; объединения и представления требований об уплате обязательных платежей и требований Российской Федерации по денежным обязательствам; координации деятельности представителей федеральных органов исполнительной власти и государственных внебюджетных фондов; учета мнения органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления при определении позиции федеральных органов исполнительной власти как кредиторов по обязательным платежам в ходе процедур банкротства.

Примечательно, что в самом Федеральном законе 2002 г. определена компетенция *регулирующего органа*, который, в частности: осуществляет контроль за соблюдением саморегулируемыми организациями арбитражных управляющих федеральных

¹ СЗ РФ. 2004. № 23. Ст. 2310; последнюю редакцию см.: Постановление Правительства РФ от 22 мая 2006 г. № 301 // СЗ РФ. 2006. № 22. Ст. 2333.

законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих деятельность саморегулируемых организаций; проводит проверки деятельности саморегулируемых организаций в порядке, установленном Правительством РФ; обращается в арбитражный суд с заявлением об исключении саморегулируемых организаций из единого государственного реестра саморегулируемых организаций арбитражных управляющих в случаях, предусмотренных названным Федеральным законом; обращается в установленном федеральным законом порядке в суд с заявлением о дисквалификации арбитражного управляющего; участвует в организации подготовки арбитражных управляющих и принятии теоретического экзамена; утверждает единую программу подготовки арбитражных управляющих; ведет единый государственный реестр саморегулируемых организаций арбитражных управляющих и реестр арбитражных управляющих; подготавливает заключения о наличии признаков фиктивного и преднамеренного банкротства.

Полномочия органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления определяются законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ и правовыми актами органов местного самоуправления, принятыми в пределах их компетенции.

15. Значительное место в Федеральном законе 2002 г. занимают вопросы открытости, гласности при реализации его положений на практике, что важно и для защиты интересов причастных к банкротству лиц, и для предупреждения разного рода злоупотреблений, случаев, связанных с коррупцией в делах о банкротстве. Сведения, подлежащие опубликованию, публикуются в официальном издании, определенном Правительством РФ. Тираж официального издания, периодичность и срок опубликования указанных сведений, порядок финансирования оказываемых услуг и цены на такие услуги устанавливаются Правительством РФ и не должны быть препятствием для быстрого и свободного доступа к указанным сведениям любого заинтересованного лица. В порядке, определенном Правительством РФ, эти сведения публикуются также в электронных средствах массовой информации.

При проведении процедур банкротства обязательному опубликованию подлежат сведения о введении наблюдения, о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства, о прекращении производства по делу о банкротстве.

В случае, если количество кредиторов должника превышает 100 или их количество не может быть определено, обязательному опубликованию подлежат также сведения о начале каждой процедуры банкротства, применяемой в отношении должника.

Как правило, опубликованные сведения должны содержать: наименование должника и его адрес; наименование арбитражного суда, принявшего судебный акт, дату принятия такого судебного акта и указание на наименование введенной процедуры банкротства, а также номер дела о банкротстве должника; фамилию, имя, отчество утвержденного арбитражного управляющего и адрес для направления ему корреспонденции, а также наименование соответствующей саморегулируемой организации и ее адрес; установленную арбитражным судом дату следующего судебного заседания по рассмотрению дела о банкротстве (подробнее об этом см. ст. 28, 54 Федерального закона 2002 г.).

До определения Правительством РФ официального издания, в котором подлежат опубликованию сведения, связанные с банкротством, указанные сведения публикуются в «Российской газете». Ранее подобная информация публиковалась в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации», что было более целесообразным.

Правительство РФ постановлением от 12 августа 2005 г. № 510 установило, что официальное издание, в котором осуществляется опубликование сведений, предусмотренных Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)», определяется по результатам конкурса между редакциями печатных средств массовой информации. Правила организации и проведения конкурса и примерный договор о порядке и условиях опубликования официальных сведений утверждаются Минэкономразвития России¹.

16. В заключение, прежде чем переходить к краткому освещению отдельных процедур банкротства, необходимо обратить внимание на следующее обстоятельство. Ни наше общество в целом, ни государство не заинтересованы в том, чтобы субъекты гражданско-правовых отношений заканчивали свою деловую активность банкротством. Факты банкротства нарушают нормальный ритм функционирования промышленности, порождают экономические кризисы, социальную и политическую нестабильность, снижают престиж России в мировом сообще-

¹ СЗ РФ. 2005. № 34. Ст. 3504.

стве, вызывают недоверие к отечественным хозяйствующим субъектам и т. д.

Поэтому одной из ведущих идей всего российского законодательства в сфере экономики является идея недопущения, предупреждения случаев банкротства хозяйствующих субъектов (и в первую очередь — коммерческих организаций). Федеральный закон 2002 г. одновременно и обязывает, и рекомендует, и убеждает всех, кто имеет право обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом: самих должников, их кредиторов, компетентные государственные органы, не доводить дело до суда, найти пути отхода от края пропасти, за которым начинается свой отсчет процесс банкротства. Интересам самих заявителей и целям эффективного проведения рыночных реформ отвечает использование малейшей возможности для возобновления нормальной безубыточной работы честного хозяйствующего субъекта. Соответствующие нормы права, обращенные законодателем к «своим» государственным органам, государственным коммерческим и некоммерческим организациям, носят непреклонный, императивный характер. Менее жестки они, когда адресуются частным организациям, что оправдано соображениями о невмешательстве государства в их внутрихозяйственную деятельность.

Так, согласно ст. 30 Федерального закона 2002 г. учредители (участники) должника, собственник имущества должника — унитарного предприятия, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления обязаны постоянно принимать своевременные меры по предупреждению банкротства организаций. Еще более строгие предписания даются применительно к случаям, когда у хозяйствующего субъекта складывается непосредственно предбанкротная ситуация. Руководитель должника обязан направить учредителям (участникам) должника, собственнику имущества должника — унитарного предприятия сведения о наличии признаков банкротства.

Наряду с изложенными выше общими правилами Федеральный закон 2002 г. сохранил конкретную форму недопущения банкротства — *досудебную санацию*. Ею охватываются меры по восстановлению платежеспособности должника с целью предупреждения банкротства. Учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия, кредиторами и иными лицами в рамках мер по предупреж-

дению банкротства должнику может быть предоставлена финансовая помощь в размере, достаточном для погашения денежных обязательств и обязательных платежей и восстановления платежеспособности должника. Предоставление финансовой помощи может сопровождаться принятием на себя должником или иными лицами обязательств в пользу лиц, предоставивших финансовую помощь.

В отношении отдельных хозяйствующих субъектов иногда предусматриваются специфические меры предупреждения их банкротства. Так, в соответствии со ст. 191 Федерального закона 2002 г. в целях предупреждения банкротства стратегических предприятий и организаций Правительство РФ в порядке, установленном федеральным законом и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, в частности: а) организует проведение учета и анализа финансового состояния стратегических предприятий и организаций и их платежеспособности; б) проводит реорганизацию стратегических предприятий и организаций; в) осуществляет погашение образовавшейся в результате несвоевременной оплаты государственного оборонного заказа задолженности федерального бюджета перед стратегическими предприятиями и организациями, являющимися исполнителями работ по государственному оборонному заказу; г) обеспечивает проведение реструктуризации задолженности (основного долга и процентов, пеней и штрафов) стратегических предприятий и организаций, являющихся исполнителями работ по государственному оборонному заказу, перед федеральным бюджетом и государственными внебюджетными фондами; д) содействует достижению соглашения стратегических предприятий и организаций с кредиторами о реструктуризации их кредиторской задолженности, в том числе путем предоставления государственных гарантий; е) проводит досудебную санацию стратегических предприятий и организаций в порядке, предусмотренном указанным Федеральным законом.

22 мая 2006 г. Правительство РФ во исполнение ст. 191 Федерального закона 2002 г. приняло постановление № 301 «О реализации мер по предупреждению банкротства стратегических предприятий и организаций, а также организаций оборонно-промышленного комплекса», которым образована соответствующая Правительственная комиссия — постоянно действующий координационный орган и утверждено Положение о

ней¹. Постановлением, в частности, намечены пути преодоления застарелого порока, когда государство, с одной стороны, не перечисляет предприятиям и организациям деньги за продукцию, произведенную по его заказу, в результате чего они лишены возможности вносить платежи в государственные бюджеты и внебюджетные фонды, а с другой — жестко наказывает их, в том числе посредством процедур банкротства, за нарушение платежной дисциплины. В Правительственной комиссии сейчас сконцентрированы все основные вопросы финансовой задолженности и юридической ответственности названных в постановлении Правительства РФ хозяйствующих субъектов: Федеральная служба по оборонному заказу сообщает Комиссии о фактах несвоевременной оплаты им работ по государственному оборонному заказу; орган, уполномоченный представлять в делах о банкротстве и в процедурах банкротства требования об уплате обязательных платежей и требования Российской Федерации по денежным обязательствам (таким органом в настоящее время является ФНС России), при получении информации о наличии у них просроченной задолженности обязан в трехдневный срок сообщать об этом Комиссии; только на основании решения Комиссии указанный орган может подать в арбитражный суд заявление о признании должника банкротом.

Согласно Федеральному закону 1999 г. со дня отзыва лицензии на осуществление банковских операций в отношении кредитных организаций, при наличии к тому оснований, реализуются следующие меры по предупреждению их банкротства: финансовое оздоровление, назначение Банком России временной администрации, реорганизация в форме слияния или присоединения.

Иногда меры, служащие предупреждению банкротства хозяйствующих субъектов в отдельных отраслях экономики, определяются особыми федеральными законами. Так, с 13 июля 2002 г. вступил в силу Федеральный закон от 9 июля 2002 г. № 83-ФЗ «О финансовом оздоровлении сельскохозяйственных товаропроизводителей»², который установил правовую основу и условия реструктуризации долгов сельскохозяйственных товаропроизводителей в целях улучшения их финансового состояния до применения процедур банкротства. Пункт 5 ст. 42 Феде-

¹ СЗ РФ. 2006. № 22. Ст. 2333.

² СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2787; 2004. № 27. Ст. 2711.

рального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» (в ред. Федерального закона от 11 июня 2003 г. № 73-ФЗ¹) предписывает, что в случае возникновения установленных законодательством признаков банкротства кооператива правление кооператива обязано:

направить запрос о проведении проверки финансово-хозяйственной деятельности кооператива в аудиторский союз, членом которого является кооператив;

ознакомить наблюдательный совет кооператива с заключением аудиторского союза о результатах проверки финансово-хозяйственной деятельности кооператива;

разработать план мероприятий по предупреждению банкротства кооператива.

§ 3. Разбирательство дел о банкротстве в арбитражных судах. Наблюдение

1. В Федеральном законе 2002 г. широко представлены процессуальные нормы, регулирующие рассмотрение дел о банкротстве арбитражными судами. Этому целиком посвящена гл. III «Разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде», которая предшествует изложению норм о конкретных процедурах банкротства, и ее нормы являются общими по отношению к последним. В указанном Федеральном законе сохранено соотношение процессуальных норм Федерального закона 1998 г. и норм АПК РФ: дела о банкротстве юридических лиц и граждан, в том числе зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей, рассматриваются арбитражным судом по правилам, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными Федеральным законом 2002 г. Дела рассматривает арбитражный суд по месту нахождения должника — юридического лица и по месту жительства гражданина. Дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение третейского суда.

Федеральный закон 2002 г. уточнил введенные его предшественником две категории лиц, привлекаемых к разбирательству дел. Первая категория — *лица, участвующие в деле о банкротстве*. Сейчас дан их исчерпывающий перечень: должник; арбитражный управляющий; конкурсные кредиторы; уполномо-

¹ СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2248.

моченные органы; федеральные органы исполнительной власти, а также органы исполнительной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления по месту нахождения должника в случаях, предусмотренных названным Федеральным законом; лицо, предоставившее обеспечение для проведения процедуры финансового оздоровления. Вторая категория — *лица, участвующие в арбитражном процессе по делу о банкротстве*: представитель должника — унитарного предприятия; представитель собственника имущества должника — унитарного предприятия; представитель собрания учредителей (участников) должника; представитель собрания кредиторов или представитель комитета кредиторов; представитель федерального органа исполнительной власти в области обеспечения безопасности в случае, если исполнение полномочий арбитражного управляющего связано с доступом к сведениям, составляющим государственную тайну; иные лица в случаях, предусмотренных АПК РФ и Федеральным законом 2002 г.

В основу классификации, очевидно, положены интересы и соответственно роль перечисленных выше лиц в рассмотрении дела о банкротстве. Лица первой категории имеют ярко выраженные самостоятельные интересы во всем деле, эти лица объективно более активны в нем, их полномочия подробно изложены в названном Федеральном законе. Что касается лиц второй категории, то их интересы производны от главного предмета разбирательства — банкротства и в значительной мере зависимы от лиц первой категории: представитель собственника имущества должника — унитарного предприятия находится в «тени» должника, интересы представителя работников должника ограничиваются возможными для работников негативными последствиями признания должника банкротом — потерей заработной платы, рабочих мест и т. п.

При всей значимости введенной градации вряд ли можно, однако, признать закрепленный в названном Федеральном законе соответствующий понятийный аппарат вполне совершенным. И в законодательстве, и в правореализации, и при изучении законодательства о банкротстве необходимо иметь понятие, которое бы объединяло обе категории лиц в одно родовое понятие. В данном учебнике в качестве такового используется понятие «*лица, причастные к банкротству (причастные к банкротству лица)*». Кроме того, вызывает возражение незавершенность градации лиц второй категории. Их перечень остался открытым, что неизбежно породит некоторые трудности и спо-

ры при отнесении причастных к банкротству лиц к этой категории.

2. Новым в названном Федеральном законе является официальное закрепление представительства в деле о банкротстве. В частности, представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей и организаций, являющихся лицами, участвующими в деле о банкротстве, или лицами, участвующими в арбитражном процессе по делу о банкротстве, могут выступать любые дееспособные граждане, имеющие надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела о банкротстве, в том числе аудиторы, оценщики, экономисты и иные специалисты (подробнее см. ст. 36).

3. Основанием возбуждения производства по делу о банкротстве служит заявление о признании должника банкротом, поданное в арбитражный суд лицом, имеющим на это право (см. выше). В Федеральном законе 2002 г. подробно сформулированы требования к форме, содержанию и реквизитам заявлений. Покажем это на наиболее типичном и распространенном примере — заявлении конкурсного кредитора (ст. 39).

Заявление подается в арбитражный суд в письменной форме. Заявление кредитора — юридического лица подписывается его руководителем или представителем (о нем см. ст. 36 названного Федерального закона), а заявление кредитора-гражданина — этим гражданином или его представителем. В заявлении, в частности, должны быть указаны: размер требований конкурсного кредитора к должнику с указанием размера подлежащих уплате процентов и неустоек (штрафов, пени); обязательство должника перед конкурсным кредитором, из которого возникло требование, а также срок его исполнения; вступившее в законную силу решение суда, арбитражного суда, третейского суда, рассматривавших требования конкурсного кредитора к должнику; доказательства направления (предъявления к исполнению) исполнительного документа в службу судебных приставов и его копии должнику; наименование и адрес саморегулируемой организации, из числа членов которой должен быть утвержден временный управляющий; размер вознаграждения арбитражного управляющего; перечень прилагаемых к заявлению кредитора документов. Конкурсный кредитор в своем заявлении вправе указать профессиональные требования к кандидатуре временного управляющего. Конкурсный кредитор обязан направить копию заявления кредитора должнику.

Заявление конкурсного кредитора может быть основано на объединенной задолженности по различным обязательствам. Конкурсные кредиторы вправе объединить свои требования к должнику и обратиться в суд с одним заявлением кредитора. Такое заявление подписывается кредиторами, объединившими свои требования.

Прилагаемые к исковому заявлению документы подразделяются на две группы. Первую составляют те, которые предусмотрены АПК РФ. Это документы, подтверждающие: уплату государственной пошлины в установленном порядке и размере; направление копии заявления должнику и другим лицам, участвующим в деле; обстоятельства, на которых истец основывает свои требования, и некоторые другие (ст. 104 АПК РФ). Во вторую группу входят документы, названные в Федеральном законе 2002 г., в частности подтверждающие обязательства должника перед конкурсным кредитором, а также наличие и размер задолженности по указанным обязательствам (ст. 40).

При изучении ст. 39—41 названного Федерального закона особое внимание следует обратить на принципиально новое положение о том, что до *постановки вопроса о банкротстве должника, не исполнившего денежное обязательство, конкурсные кредиторы, уполномоченные органы должны сначала в общеисковом порядке обратиться в суд с соответствующими требованиями к должнику и попытаться исполнить решение суда через службу судебных приставов, о чем представляют доказательства в арбитражный суд.*

Здесь особую важность имеют два обстоятельства. Во-первых, ст. 7 названного Федерального закона установила новое правило: право на обращение в арбитражный суд возникает у конкурсного кредитора, уполномоченного органа по денежным обязательствам по истечении 30 дней с даты направления (предъявления к исполнению) исполнительного документа в службу судебных приставов и его копии должнику; право на обращение в арбитражный суд возникает у уполномоченного органа по *обязательным платежам* по истечении 30 дней с даты принятия решения налогового, таможенного органа. Во-вторых, для возбуждения дела о банкротстве по заявлению конкурсного кредитора, а также по заявлению уполномоченного органа по *денежным обязательствам* принимаются во внимание требования, подтвержденные вступившим в законную силу решением суда, арбитражного суда, третейского суда, а требова-

ния уполномоченных органов об уплате обязательных платежей — если они подтверждены решением налогового, таможенного органа о взыскании задолженности за счет имущества должника.

4. Федеральным законом от 24 октября 2005 г. № 133-ФЗ, внесшим изменения в Федеральный закон 2002 г., установлены особенности банкротства хозяйствующих субъектов, использующих в своей деятельности сведения, составляющие государственную тайну. В частности, по таким делам арбитражным управляющим вправе быть только лицо, имеющее доступ к сведениям, составляющим государственную тайну, соответственно, и саморегулируемая организация при направлении в арбитражный суд списка кандидатур арбитражных управляющих обязана одновременно предоставить информацию о наличии у кандидатов допуска к государственной тайне; в заявлении должника о банкротстве указывается форма допуска к государственной тайне руководителя должника, а к заявлению прилагается документ, подтверждающий это; в число лиц, участвующих в арбитражном процессе, входит представитель федерального органа исполнительной власти в области обеспечения безопасности.

5. В Федеральном законе 2002 г. коренным образом изменен порядок, регулирующий начало движения в арбитражном суде заявления о признании должника банкротом. Федеральный закон 1998 г. строго различал две даты: *время поступления заявления в арбитражный суд*, исчисляемое датой его регистрации в суде, и *время принятия заявления*, определяемое моментом вынесения судьей арбитражного суда определения о принятии этого заявления. Такое определение выносилось не позднее трех дней со дня поступления указанного заявления в арбитражный суд. С момента принятия заявления официально вводилась самая первая процедура банкротства — наблюдение, что влекло важные правовые последствия, связанные с ограничением прав должника.

Столь упрощенный до примитивизма порядок возбуждения дел о банкротстве вызывал особо ожесточенную критику. Он позволял вовлечь хозяйствующего субъекта в процесс банкротства без его ведома, без установления сумм непогашенных им денежных требований и обязательных платежей и, что особенно важно, без предоставления ему права защититься от предъ-

являемых претензий. Показательно, что никаких контактов между арбитражным судом и должником при возбуждении дела о банкротстве не предполагалось — все делалось исходя лишь из информации, предоставляемой кредитором. Только после получения определения о принятии судом заявления, что нередко бывало совершенно неожиданным для должника, когда уже стали «работать» ограничения, связанные с возбуждением дела, и наступили иные неблагоприятные для него последствия, должник обязывался в пятидневный срок направить в арбитражный суд отзыв на такое заявление.

Такие процедуры открытия судебного процесса о банкротстве имели по крайней мере два крайне неблагоприятных последствия. Во-первых, позволяя подвергать должника столь жесткой карательной мере, как процедура банкротства, лишь по одностороннему требованию заинтересованных лиц — кредиторов, действующее законодательство создавало самые благоприятные предпосылки для разного рода злоупотреблений со стороны кредиторов, передачи суду ложных сведений об их взаимоотношениях с должником, способствуя тем самым необоснованному возбуждению дела о банкротстве должника. Во-вторых, законодательство, обязывая арбитражные суды скоропалительно, без предварительной подготовки возбуждать дела о банкротстве, с одной стороны, по сути снимало с арбитражных судей ответственность за необоснованное возбуждение дел, а с другой, оставляя их на этой исходной стадии процесса о банкротстве «один на один» с кредиторами, создавало условия для противоправного сговора между ними и иных проявлений коррупции.

Но при любой оценке правовой ситуации с момента начала процедур банкротства нельзя не констатировать того, что она разрешалась в пользу кредиторов. Законодатель заведомо ставил должника при отстаивании своих прав и интересов в явно неравноправное положение по отношению к кредиторам. Отрицательную позицию по этому поводу высказал Конституционный Суд РФ в постановлении от 12 марта 2001 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», ст. 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также ст. 106, 160, 179 и 191 АПК РФ в

связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц¹.

Достоинство Федерального закона 2002 г. состоит в том, что он по времени и по содержанию отделил принятие заявления и введение процедуры наблюдения. О *принятии заявления о признании должника банкротом* судья арбитражного суда выносит определение не позднее чем через пять дней с даты поступления заявления в арбитражный суд. В определении указываются саморегулируемая организация, из числа членов которой арбитражный суд утверждает временного управляющего (далее — заявленная саморегулируемая организация), и дата рассмотрения обоснованности требований заявителя к должнику, если иное не установлено самим Федеральным законом. Арбитражный суд направляет определение о принятии заявления о признании должника банкротом заявителю, должнику, в регулирующий орган, заявленную саморегулируемую организацию. Последняя вправе знакомиться с материалами дела о банкротстве, делать выписки из них, снимать копии. В определении арбитражного суда, направляемом в заявленную саморегулируемую организацию, указываются требования к кандидатуре временного управляющего.

В установленных Федеральным законом 2002 г. случаях в принятии заявления может быть отказано, а поданное заявление — возвращено. *Судья арбитражного суда отказывает в принятии заявления* при нарушении хотя бы одного из условий банкротства, а их, напомним, два: а) если требования к должнику — юридическому лицу в совокупности составляют не менее 100 тыс. руб., а к должнику, являющемуся гражданином, — не менее 10 тыс. руб. и б) указанные требования не погашены в течение трех месяцев. *Заявления возвращаются арбитражным судом* при их несоответствии требуемой форме, содержанию и реквизитам и в случае отсутствия при них необходимых приложений (см. п. 3 настоящего параграфа).

В соответствии с Федеральным законом 1999 г. может быть принято заявление и возбуждено дело о банкротстве кредитной организации только после отзыва у нее лицензии Банка России на осуществление банковских операций.

б. *Наблюдение по общему правилу вводится по результатам рассмотрения обоснованности требований заявителя к должнику.*

¹ СЗРФ. 2001. № 12. Ст. 1138.

Исключение составляют лишь случаи возбуждения дела о банкротстве на основании заявления должника, когда наблюдение вводится с даты принятия арбитражным судом заявления должника к производству, за исключением случаев, если в соответствии с Федеральным законом 2002 г. к должнику должна быть применена иная процедура банкротства. При возбуждении дела о банкротстве на основании заявления должника о введении наблюдения указывается в определении о принятии заявления должника.

Судебное заседание по проверке *обоснованности требований заявителя к должнику* проводится не менее чем через 15 дней и не более чем через 30 дней с даты вынесения определения о принятии заявления о признании должника банкротом. Должник в течение 10 дней с даты получения определения о принятии заявления кредитора или заявления уполномоченного органа о признании должника банкротом вправе направить в арбитражный суд, а также конкурсному кредитору или в уполномоченный орган (заявителям) отзыв на такое заявление. В отзыве должника, направляемом в арбитражный суд, заявителю, указываются, в частности: имеющиеся у должника возражения относительно требований заявителя; общая сумма задолженности должника по обязательствам перед кредиторами, оплате труда работников должника, обязательным платежам; сведения о всех счетах должника в кредитных организациях; доказательства необоснованности требований заявителя в случае их наличия.

О времени и месте судебного заседания судья арбитражного суда уведомляет лицо, направившее заявление о признании должника банкротом, а также должника, заявленную саморегулируемую организацию и регулирующий орган, неявка которых не препятствует рассмотрению вопроса о введении наблюдения. По результатам рассмотрения обоснованности требований заявителя к должнику арбитражный суд выносит одно из следующих определений: о признании требований заявителя обоснованными и введении наблюдения; об отказе во введении наблюдения и об оставлении заявления без рассмотрения; об отказе во введении наблюдения и о прекращении производства по делу о банкротстве. Указанные определения могут быть обжалованы.

В определении арбитражного суда о введении наблюдения должны содержаться указания на: признание требований заяви-

теля обоснованными и введение наблюдения; утверждение временного управляющего; размер вознаграждения временного управляющего и источник его выплаты. В случае, если при вынесении определения о введении наблюдения невозможно определить кандидатуру временного управляющего, арбитражный суд выносит определение об отложении рассмотрения вопроса об утверждении временного управляющего на срок не более 15 дней с даты вынесения определения о введении наблюдения.

С этого момента арбитражный суд, с одной стороны, и причастные к банкротству лица — с другой, начинают действовать параллельно, но скоординированно и взаимосвязанно в направлении общей цели, с достижением которой период наблюдения оканчивается. Конечная цель одна — создать все предпосылки для вынесения арбитражным судом законного и обоснованного акта по принятому заявлению.

Причастные к банкротству лица (прежде всего лица, участвующие в деле о банкротстве: должник, конкурсные кредиторы и др.) далеко не всегда имеют совпадающие друг с другом взгляды на то, какой акт надлежит принять арбитражному суду по заявлению о признании должника банкротом. Помочь достижению ясности в этом вопросе и призваны правовые нормы Федерального закона 2002 г.

С даты вынесения арбитражным судом определения о введении наблюдения наступают, в частности, 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 названным Федеральным законом порядка предъявления требований к должнику; по ходатайству кредитора приостанавливается производство по делам, связанным с взысканием с должника денежных средств; запрещаются удовлетворение требований учредителя (участника) должника о выделе доли (пая) в имуществе должника в связи с выходом из состава его учредителей (участников), выкуп должником размещенных акций или выплата действительной стоимости доли (пая); запрещается выплата дивидендов и иных платежей по эмиссионным ценным бумагам. В целях обеспечения наступления указанных последствий определения арбитражного суда о введении наблюдения направляется арбитражным судом в кредитные организации, с которыми у должника заключен договор банковского счета, а также в суд

общей юрисдикции, главному судебному приставу по месту нахождения должника и его филиалов и представительств, в уполномоченные органы.

7. Конкретные права временного управляющего закреплены в гл. IV Федерального закона 2002 г. (ст. 66, 67 и др.). Временный управляющий может быть отстранен арбитражным судом от исполнения своих обязанностей, например: в связи с удовлетворением арбитражным судом жалобы лица, участвующего в деле о банкротстве, на неисполнение или ненадлежащее исполнение временным управляющим возложенных на него обязанностей при условии, что такое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей нарушило права или законные интересы заявителя жалобы, а также повлекло или могло повлечь за собой убытки должника или его кредиторов; в случае выявления обстоятельств, препятствовавших утверждению лица временным управляющим, в том числе в случае, если такие обстоятельства возникли после утверждения лица временным управляющим.

Обратим внимание на его право обращаться с ходатайством в арбитражный суд об отстранении руководителя должника от должности. Арбитражный суд выносит определение о рассмотрении в судебном заседании ходатайства временного управляющего об отстранении руководителя должника и уведомляет представителя учредителей (участников) должника или иного коллегиального органа управления должника, представителя собственника имущества должника — унитарного предприятия о дате проведения заседания и необходимости представить в суд кандидатуру исполняющего обязанности руководителя должника на период проведения наблюдения.

Удовлетворяя ходатайство, арбитражный суд выносит определение об отстранении руководителя должника и о возложении исполнения обязанностей руководителя должника на лицо, представленное в качестве кандидатуры руководителя должника представителем учредителей (участников) должника или иным коллегиальным органом управления должника, представителем собственника имущества должника — унитарного предприятия; при непредставлении указанными лицами кандидатуры исполняющего обязанности руководителя должника — на одного из заместителей руководителя должника, а в случае отсутствия заместителей — на одного из работников должника.

Арбитражный суд по ходатайству временного управляющего может отстранить исполняющего обязанности руководителя должника, нарушившего требования Федерального закона 2002 г. В этом случае исполнение обязанностей руководителя должника возлагается на другое лицо, например на одного из заместителей руководителя должника, а в случае отсутствия заместителей руководителя должника — на одного из работников должника (по Федеральному закону 1998 г. в такой ситуации функции руководителя должника возлагались на самого временного управляющего). Арбитражный суд на основании заявления временного управляющего может запретить исполняющему обязанности руководителя должника совершать определенные сделки и действия или совершать их без согласия временного управляющего.

Обратим внимание на обязанность временного управляющего проводить анализ финансового состояния должника, чтобы определить стоимость принадлежащего должнику имущества для покрытия судебных расходов, расходов на выплату вознаграждения арбитражным управляющим, а также в целях определения возможности или невозможности восстановления платежеспособности должника в порядке и в сроки, которые установлены Федеральным законом 2002 г.

8. *Важная обязанность временного управляющего — созывать и проводить первое собрание кредиторов* (ст. 72—74 указанного Федерального закона). Он определяет дату проведения первого собрания и уведомляет об этом всех выявленных конкурсных кредиторов, уполномоченные органы, представителя работников должника и иных лиц, имеющих право на участие в первом собрании кредиторов. Порядок и сроки уведомления о проведении первого собрания кредиторов предусмотрены ст. 14 указанного Федерального закона. Первое собрание кредиторов должно состояться не позднее чем за 10 дней до даты окончания наблюдения.

К компетенции первого собрания кредиторов, в частности, относятся: принятие решения о введении финансового оздоровления и об обращении в арбитражный суд с соответствующим ходатайством; принятие решения о введении внешнего управления и об обращении в арбитражный суд с соответствующим ходатайством; принятие решения об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства; образование ко-

митета кредиторов, определение количественного состава и полномочий комитета кредиторов, избрание членов комитета кредиторов; определение требований к кандидатурам административного управляющего, внешнего управляющего, конкурсного управляющего; определение саморегулируемой организации, которая должна представить в арбитражный суд кандидатуры арбитражных управляющих; выбор реестродержателя из числа реестродержателей, аккредитованных саморегулируемой организацией.

Собрание кредиторов, принявшее решение об обращении в арбитражный суд с ходатайством о введении финансового оздоровления, введении внешнего управления или признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства, вправе сформулировать требования к кандидатурам административного управляющего, внешнего управляющего, конкурсного управляющего и направить в саморегулируемую организацию запрос о представлении кандидатур таких управляющих.

9. Окончание наблюдения по общему правилу знаменуется вынесением арбитражным судом на основании решения первого собрания кредиторов определения о введении финансового оздоровления или внешнего управления, либо принятием решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства, либо утверждением мирового соглашения и прекращением производства по делу о банкротстве (подробнее об этом см. ст. 75 указанного Федерального закона). С момента признания арбитражным судом должника банкротом и открытия конкурсного производства или введения внешнего управления, или утверждения мирового соглашения наблюдение прекращается. Временный управляющий продолжает исполнять обязанности до момента назначения внешнего управляющего или конкурсного управляющего.

10. Одной из первоочередных акций арбитражного суда является принятие мер по обеспечению требований кредиторов. Ведь и временный управляющий назначается главным образом для того, чтобы имущество должника было надежно сохранено. Практика показала, что игнорирование данного обстоятельства приводит к тому, что к моменту исполнения решения суда о банкротстве у должника никаких ценностей не оказывается, поскольку, предвидя акт своего банкротства, должник их укрывал, передавал другим лицам и т. п.

Сейчас установлено общее правило: арбитражный суд по заявлению любого лица, участвующего в деле о банкротстве, вправе принять меры по обеспечению заявленных требований в соответствии с АПК РФ (см. гл. 8). Помимо мер, предусмотренных указанным Кодексом, арбитражный суд может применить особые меры, например запретить совершать без согласия арбитражного управляющего определенные сделки (см. ст. 46 Федерального закона 2002 г.).

§ 4. Финансовое оздоровление

1. О назначении этой процедуры говорит ее название. Она — одна из многих новых юридических гарантий более надежной защиты интересов причастных к банкротству лиц, установленных Федеральным законом 2002 г., и призвана по возможности максимально отдалить или не допустить вовсе введение нередко безнадежной с точки зрения возмещения убытков кредиторов меры воздействия на должника — конкурсного производства. В 2003 г. процедура проводилась только в отношении 10 должников.

В ходе наблюдения должник на основании решения своих учредителей (участников), органа, уполномоченного собственником имущества должника — унитарного предприятия, учредители (участники) должника, орган, уполномоченный собственником имущества должника — унитарного предприятия, третье лицо или третьи лица в установленном названным Федеральным законом порядке вправе обратиться к первому собранию кредиторов, а в отдельных случаях, определенных этим же Федеральным законом, — к арбитражному суду с ходатайством о введении финансового оздоровления. При обращении к собранию кредиторов с ходатайством о введении финансового оздоровления лица, принявшие решение об обращении с таким ходатайством, обязаны представить указанное ходатайство и прилагаемые к нему документы временному управляющему и в арбитражный суд не позднее чем за 15 дней до даты проведения собрания кредиторов.

Решение об обращении к первому собранию кредиторов о введении финансового оздоровления должно содержать: сведения о предлагаемом учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия обеспечении исполнения должником обязательств в соот-

ветствии с графиком погашения задолженности; предлагаемые учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия срок финансового оздоровления и срок удовлетворения требований кредиторов. К решению об обращении к первому собранию кредиторов с ходатайством о введении финансового оздоровления прилагаются, в частности, план финансового оздоровления и график погашения задолженности (подробнее об этом см. ст. 77 названного Федерального закона).

Исполнение должником обязательств в соответствии с графиком погашения задолженности может быть обеспечено залогом (ипотекой), банковской гарантией, государственной или муниципальной гарантией, поручительством, а также иными способами, не противоречащими названному Федеральному закону. Вместе с тем исполнение должником обязательств в соответствии с графиком погашения задолженности не может быть обеспечено удержанием, задатком или неустойкой.

2. В определении о введении финансового оздоровления должен указываться срок финансового оздоровления (он не может превышать двух лет), а также содержаться утвержденный судом график погашения задолженности. Последствия введения финансового оздоровления указаны в ст. 81 Федерального закона 2002 г. В частности, с даты вынесения арбитражным судом определения о введении финансового оздоровления наступают следующие последствия: а) требования кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, срок исполнения которых наступил на дату введения финансового оздоровления, могут быть предъявлены к должнику только с соблюдением порядка предъявления требований к должнику, установленного названным Федеральным законом; б) отменяются ранее принятые меры по обеспечению требований кредиторов; в) аресты на имущество должника и иные ограничения должника в части распоряжения принадлежащим ему имуществом могут быть наложены исключительно в рамках процесса о банкротстве; г) приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям, за исключением исполнения исполнительных документов, выданных на основании вступивших в законную силу до даты введения финансового оздоровления решений о взыскании задолженности по заработной плате, выплате вознаграждений по авторским договорам, об истребовании имущества из чужого незаконного

владения, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и возмещении морального вреда; д) запрещается удовлетворение требований учредителя (участника) должника о выделении доли (пая) в имуществе должника в связи с выходом из состава его учредителей (участников), выкуп должником размещенных акций или выплата действительной стоимости доли (пая); е) запрещается выплата дивидендов и иных платежей по эмиссионным ценным бумагам; ж) не допускается прекращение денежных обязательств должника путем зачета встречного однородного требования, если при этом нарушается очередность удовлетворения установленных требований кредиторов; з) не начисляются неустойки (штрафы, пени), подлежащие уплате проценты и иные финансовые санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств и обязательных платежей, возникших до даты введения финансового оздоровления.

3. Введение финансового оздоровления влечет ряд ограничений в осуществлении полномочий органом управления должника. Должник, например, не вправе без согласия собрания кредиторов (комитета кредиторов) совершать сделки или несколько взаимосвязанных сделок, в совершении которых у него имеется заинтересованность или которые влекут за собой выдачу займов (кредитов), поручительств и гарантий, а также учреждение доверительного управления имуществом должника. Кроме того, на основании ходатайства собрания кредиторов, административного управляющего или предоставивших обеспечение лиц, содержащего сведения о ненадлежащем исполнении руководителем должника плана финансового оздоровления или о совершении руководителем должника действий, нарушающих права и законные интересы кредиторов и (или) предоставивших обеспечение лиц, арбитражный суд может отстранить руководителя должника от должности.

Федеральный закон 2002 г. предусматривает несколько вариантов освобождения должника от процедуры финансового оздоровления.

А. Досрочное окончание финансового оздоровления. Оно может наступить в случае погашения должником всех требований кредиторов, предусмотренных графиком погашения задолженности, до истечения установленного арбитражным судом срока финансового оздоровления, о чем должник представляет отчет.

По итогам рассмотрения результатов финансового оздоровления и жалоб кредиторов арбитражный суд выносит одно из следующих определений: а) о прекращении производства по делу о банкротстве, если непогашенная задолженность отсутствует и жалобы кредиторов признаны необоснованными; б) об отказе в прекращении производства по делу о банкротстве, если выявлено наличие непогашенной задолженности и жалобы кредиторов признаны обоснованными.

Б. Досрочное прекращение финансового оздоровления. Основаниями для этого являются: непредставление в арбитражный суд в установленные сроки соглашения об обеспечении обязательств должника в соответствии с графиком погашения задолженности; неоднократное или существенное (на срок более чем 15 дней) нарушение в ходе финансового оздоровления сроков удовлетворения требований кредиторов, установленных графиком погашения задолженности. При подобной ситуации арбитражный суд на основании ходатайства собрания кредиторов принимает: определение об отказе в удовлетворении соответствующего ходатайства собрания кредиторов в случае, если в судебном заседании выявлено исполнение должником требований кредиторов в соответствии с графиком погашения задолженности и жалобы кредиторов признаны необоснованными; определение о введении внешнего управления в случае наличия возможности восстановить платежеспособность должника; решение о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства в случае отсутствия оснований для введения внешнего управления и при наличии признаков банкротства.

В. Окончание финансового оздоровления. Оно наступает при документально подтвержденном погашении требований кредиторов. При этом по итогам рассмотрения результатов финансового оздоровления, а также жалоб кредиторов арбитражный суд принимает: определение о прекращении производства по делу о банкротстве в случае, если непогашенная задолженность отсутствует и жалобы кредиторов признаны необоснованными; определение о введении внешнего управления в случае наличия возможности восстановить платежеспособность должника; решение о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства в случае отсутствия оснований для вве-

дения внешнего управления и при наличии признаков банкротства.

Г. *Переход к внешнему управлению.* Он осуществляется по итогам рассмотрения арбитражным судом результатов проведения финансового оздоровления в случае: установления реальной возможности восстановления платежеспособности должника; подачи в арбитражный суд ходатайства собрания кредиторов о переходе к внешнему управлению в случаях, предусмотренных названным Федеральным законом; проведения собрания кредиторов, на котором было принято решение об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства; появления обстоятельств, дающих основания полагать, что платежеспособность должника может быть восстановлена.

Совокупный срок финансового оздоровления и внешнего управления не может превышать двух лет.

§ 5. Внешнее управление

1. Внешнее управление по своей сути есть важнейшая форма предупреждения банкротства в рамках узаконенных процедур банкротства. *Основанием для назначения внешнего управления имуществом должника является наличие реальной возможности восстановить платежеспособность предпринимателя-должника с тем, чтобы он мог продолжить свою экономическую деятельность. Восстановление платежеспособности и есть конечная цель этой процедуры банкротства.*

Внешнее управление вводится на срок не более чем 18 месяцев (по Федеральному закону 1998 г. он не мог превышать 12 месяцев), который может быть продлен в предусмотренном Федеральным законом 2002 г. порядке не более чем на шесть месяцев, если иное не установлено самим же Федеральным законом. По ходатайству собрания кредиторов или внешнего управляющего установленный срок внешнего управления может быть сокращен. Решение первого собрания кредиторов о введении внешнего управления должно содержать предполагаемый срок внешнего управления. Таким образом, общая продолжительность последнего не превышает двух лет.

С даты введения внешнего управления: прекращаются полномочия руководителя должника, управление делами должника

возлагается на внешнего управляющего; внешний управляющий вправе издать приказ об увольнении руководителя должника или предложить руководителю должника перейти на другую работу в порядке и на условиях, которые установлены трудовым законодательством; отменяются ранее принятые меры по обеспечению требований кредиторов; аресты на имущество должника и иные ограничения должника в части распоряжения принадлежащим ему имуществом могут быть наложены исключительно в рамках процесса о банкротстве.

Из этого правила п. 2 ст. 94 Федерального закона 2002 г. установлено важное исключение. Органы управления должника в пределах компетенции, установленной данным Федеральным законом, вправе принимать решения: о внесении изменений и дополнений в устав общества в части увеличения уставного капитала; об определении количества, номинальной стоимости объявленных акций; об увеличении уставного капитала акционерного общества путем размещения дополнительных обыкновенных акций; об обращении с ходатайством к собранию кредиторов о включении в план внешнего управления возможности дополнительной эмиссии акций; об определении порядка ведения общего собрания акционеров; об обращении с ходатайством о продаже предприятия должника; о замещении активов должника; об избрании представителя учредителей (участников) должника; о заключении соглашения между третьим лицом или третьими лицами и органами управления должника, уполномоченными в соответствии с учредительными документами принимать решение о заключении крупных сделок, об условиях предоставления денежных средств для исполнения обязательств должника; иные необходимые для размещения дополнительных обыкновенных акций должника решения.

По Федеральному закону 1998 г. безоговорочно с самого момента введения внешнего управления руководитель должника отстранялся от должности, управление делами должника полностью возлагалось на внешнего управляющего, прекращались полномочия органов управления должника и собственника имущества должника — унитарного предприятия, полномочия руководителя должника и иных органов управления должника переходили к внешнему управляющему. Новелла Федерального закона 2002 г. явно направлена на защиту интересов должника.

2. Серьезное последствие введения внешнего управления — установление моратория, т. е. приостановление исполнения должником денежных обязательств и уплаты обязательных платежей, сроки исполнения которых наступили до введения внешнего управления. В течение срока действия моратория: приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям, иных документов, взыскание по которым производится в бесспорном порядке, не допускается их принудительное исполнение; не начисляются неустойки (штрафы, пени) и иные финансовые санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств и обязательных платежей, за исключением денежных обязательств и обязательных платежей, возникших после принятия заявления о признании должника банкротом, а также подлежащие уплате по ним неустойки (штрафы, пени). Однако мораторий на удовлетворение требований кредиторов не распространяется на требования о взыскании задолженности по заработной плате, выплате вознаграждений по авторским договорам, алиментов, а также о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью.

3. В процедуре внешнего управления, как и при других процедурах банкротства, первым начинает активно действовать внешний управляющий. Он назначается арбитражным судом одновременно с введением внешнего управления. При отсутствии возможности назначить внешнего управляющего одновременно с введением внешнего управления арбитражный суд до даты утверждения внешнего управляющего возлагает исполнение обязанностей и осуществление прав внешнего управляющего, на лицо, исполнявшее обязанности временного управляющего или административного управляющего должника.

Конкретные полномочия внешнего управляющего могут быть сведены в две группы. *Первая группа связана с ревизией, пересмотром действий, совершенных хозяйствующим субъектом-должником и приведших к его банкротству или способствовавших этому. Вторая группа — собственная инициативная компетентная деятельность по выводу хозяйствующего субъекта из неплатежеспособного состояния.* Рассмотрим коротко каждую из них. Но сразу отметим то обстоятельство, что Федеральный закон 2002 г. ввел более пристальный контроль за деятельностью внешнего управляющего.

А. Большое место в первой группе полномочий занимают акции внешнего управляющего, направленные на отказ от исполнения заключенных должником невыгодных гражданско-правовых сделок. Сделать это он может в трехмесячный срок с момента введения внешнего управления. Отказ от исполнения договоров и иных сделок должника может быть заявлен только в отношении сделок, не исполненных сторонами полностью или частично, если такие сделки препятствуют восстановлению платежеспособности должника или если исполнение должником таких сделок повлечет за собой убытки для должника по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах. Договор считается расторгнутым с даты получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего управляющего об отказе от исполнения договора. Сторона по договору, в отношении которого заявлен отказ от исполнения, вправе потребовать от должника возмещения убытков, вызванных отказом от исполнения договора должника. Однако приведенные нормы не применяются в отношении договоров должника, заключенных в ходе наблюдения с согласия временного управляющего или в ходе финансового оздоровления, если такие договоры были заключены в соответствии с названным Федеральным законом. Расторжение таких договоров производится по основаниям и в порядке, которые предусмотрены ГК РФ (см. ст. 450—453 ГК РФ).

Внешний управляющий вправе также обратиться с заявлением в арбитражный суд о признании сделок должника недействительными по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством (см., например, ст. 166—181 ГК РФ). Кроме того, особые основания недействительности сделок указаны в названном Федеральном законе. Например, сделка должника, совершенная должником с заинтересованным лицом, может быть признана арбитражным судом недействительной по заявлению внешнего управляющего в случае, если в результате указанной сделки кредиторам или должнику были или могли быть причинены убытки. Сделка должника, заключенная или совершенная должником с отдельным кредитором или иным лицом после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и (или) в течение шести месяцев, предшествовавших подаче заявления о признании должника банкротом, может быть признана недействительной по заявлению

внешнего управляющего или кредитора, если указанная сделка влечет предпочтительное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими.

Б. Главный набор правовых средств, которыми наделен внешний управляющий, находится во второй группе полномочий. Одно из них — установление размера требований кредиторов. Федеральный закон 2002 г. здесь заметно ограничил правомочия внешнего управляющего. Как и ранее, кредиторы вправе предъявить свои требования к должнику в любой момент в ходе внешнего управления. Но указанные требования направляются в арбитражный суд и внешнему управляющему с приложением судебного акта или иных подтверждающих обоснованность этих требований документов. Требования включаются внешним управляющим или реестродержателем в реестр требований кредиторов на основании определения арбитражного суда о включении указанных требований в реестр требований кредиторов (подробнее об этом см. ст. 100 указанного Федерального закона).

Пожалуй, самое ответственное полномочие внешнего управляющего — *право распоряжения имуществом должника*. Важность данного полномочия не вызывает сомнений. Ведь существует потенциальная угроза того, что нерадивым внешним управляющим имущество может быть использовано таким образом, что за очень короткий срок от ценностей должника не останется, как говорится, «ни денег, ни товара». Его имущество может оказаться промотанным, проданным, переданным по различным иным гражданско-правовым договорам таким же неплатежеспособным хозяйствующим субъектам, как и должник. Федеральным законом 2002 г. установлены дополнительные гарантии защиты от наступления подобных негативных последствий.

В частности, введены новые ограничения при заключении крупных сделок, а также сделок, в совершении которых имеется заинтересованность. Они заключаются внешним управляющим только с согласия собрания кредиторов (комитета кредиторов), если иное не предусмотрено самим Федеральным законом. К крупным сделкам относятся сделки или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составля-

ет более чем 10% балансовой стоимости активов должника на последнюю отчетную дату, предшествующую дате заключения такой сделки (ранее ограничения распространялись на более узкий круг сделок и при размере более чем 20% балансовой стоимости активов). Сделками, в совершении которых имеется заинтересованность, признаются сделки, стороной которых являются заинтересованные лица в отношении внешнего управляющего или конкурсного кредитора. Так вот, все такие сделки заключаются внешним управляющим лишь с согласия собрания кредиторов или комитета кредиторов.

Только с согласия собрания кредиторов или комитета кредиторов внешний управляющий может совершать сделки, влекущие за собой получение или выдачу займов, выдачу поручительств или гарантий, уступку прав требований, перевод долга, отчуждение или приобретение акций, долей хозяйственных товариществ и обществ, учреждение доверительного управления. Перечисленные сделки могут заключаться внешним управляющим без согласования с собранием кредиторов или комитетом кредиторов, если возможность и условия заключения таких сделок предусмотрены планом внешнего управления.

4. Внешнее управление имуществом должника внешний управляющий осуществляет на основе плана. *План внешнего управления — главный внутренний документ, который предопределяет согласованные между всеми лицами ход и прогнозируемый результат внешнего управления.* Проведение последнего без плана, стихийно не допускается.

Этот план внешний управляющий должен разработать не позднее месяца с даты своего назначения на должность и представить его собранию кредиторов для утверждения. Суть плана — предусмотреть совершенно конкретные меры по восстановлению платежеспособности должника, условия и порядок реализации указанных мер, расходы на их реализацию и иные расходы должника. Платежеспособность должника признается восстановленной при отсутствии признаков банкротства. План внешнего управления должен содержать обоснованные возможности восстановления платежеспособности должника в установленный срок. Важно и то, что план должен предусматривать разграничение компетенции между собранием кредиторов и комитетом кредиторов в части утверждения сделок должника.

Мерами по восстановлению платежеспособности должника могут быть: перепрофилирование производства; закрытие нерентабельных производств; взыскание дебиторской задолженности; продажа части имущества должника; уступка прав требования должника; продажа предприятия должника; иные меры восстановления платежеспособности должника. Механизм реализации этих мер обстоятельно изложен в Федеральном законе 2002 г. (см., например, ст. 110—114).

5. Комитет кредиторов и их собрание могут в любое время потребовать у внешнего управляющего отчет перед кредиторами о ходе внешнего управления и реализации плана внешнего управления. Новым в Федеральном законе 2002 г. является положение о том, что внешний управляющий обязан представить отчет собранию кредиторов: по результатам проведения внешнего управления; при наличии оснований для досрочного прекращения внешнего управления; по требованию лиц, имеющих право на созыв собрания кредиторов; в случае накопления денежных средств, достаточных для удовлетворения всех требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов.

Отчет внешнего управляющего должен содержать: баланс должника на последнюю отчетную дату; отчет о движении денежных средств; отчет о прибылях и об убытках должника; сведения о наличии свободных денежных средств и иных средств должника, которые могут быть направлены на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей должника; расшифровку оставшейся дебиторской задолженности должника и сведения об оставшихся нереализованными правах требования должника; сведения об удовлетворенных требованиях кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов; иные сведения о возможности погашения оставшейся кредиторской задолженности должника. К отчету внешнего управляющего должен быть приложен реестр требований кредиторов. В отчете должно содержаться также одно из следующих предложений: а) о прекращении внешнего управления в связи с восстановлением платежеспособности должника и переходе к расчетам с кредиторами; б) о продлении установленного срока внешнего управления; в) о прекращении производства по делу в связи с удовлетворением всех требований кредиторов в соответствии с реестром требований кредиторов; г) о прекращении внешнего

управления и об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства.

Отчет подлежит рассмотрению собранием кредиторов, которое вправе принять одно из следующих решений." а) об обращении в арбитражный суд с ходатайством о прекращении внешнего управления в связи с восстановлением платежеспособности должника и переходе к расчетам с кредиторами; б) об обращении в арбитражный суд с ходатайством о прекращении производства по делу в связи с удовлетворением всех требований кредиторов в соответствии с реестром требований кредиторов; в) об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства; г) о заключении мирового соглашения.

Отчет внешнего управляющего подлежит также обязательному рассмотрению арбитражным судом, за исключением случая, если отчет внешнего управляющего рассматривался собранием кредиторов по требованию лиц, имеющих право на созыв собрания кредиторов, и собрание кредиторов по результатам рассмотрения такого отчета не приняло ни одного из указанных выше решений.

По результатам рассмотрения отчета внешнего управляющего арбитражным судом выносятся определения." о прекращении производства по делу о банкротстве в случае удовлетворения всех требований кредиторов в соответствии с реестром требований кредиторов или в случае утверждения арбитражным судом мирового соглашения; о переходе к расчетам с кредиторами в случае удовлетворения ходатайства собрания кредиторов о прекращении внешнего управления в связи с восстановлением платежеспособности должника и переходе к расчетам с кредиторами; о продлении срока внешнего управления в случае удовлетворения ходатайства о продлении срока внешнего управления; об отказе в утверждении отчета внешнего управляющего в случае, если судом будут выявлены обстоятельства, препятствующие этому.

Прекращение производства по делу о банкротстве или принятие арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства влечет за собой прекращение полномочий внешнего управляющего. В случае, если арбитражный суд принял решение о признании

должника банкротом и об открытии конкурсного производства и утвердил конкурсным управляющим другое лицо или если невозможно утвердить конкурсного управляющего одновременно с принятием такого решения, внешний управляющий исполняет обязанности конкурсного управляющего до даты его утверждения. Внешний управляющий обязан передать дела конкурсному управляющему не позднее чем через три рабочих дня с даты утверждения конкурсного управляющего.

В случае, если внешнее управление завершается заключением мирового соглашения или погашением требований кредиторов, внешний управляющий продолжает исполнять свои обязанности в пределах компетенции руководителя должника до даты избрания (назначения) нового руководителя должника. Для рассмотрения вопроса об избрании (назначении) руководителя должника внешний управляющий обязан созвать орган управления должника, к полномочиям которого в соответствии с Федеральным законом 2002 г. и учредительными документами должника относится рассмотрение вопроса об избрании (назначении) руководителя должника. Полномочия иных органов управления должника и собственника имущества должника — унитарного предприятия восстанавливаются.

6. Из года в год статистические данные арбитражных судов свидетельствуют о крайне низкой эффективности внешнего управления. Лишь очень небольшое число дел, по которым вводилось внешнее управление, прекращалось ввиду восстановления платежеспособности. Так, в 2003 г. процедура внешнего управления проводилась по 2081 делу, из них прекращено производство по делу в связи с восстановлением платежеспособности в 28 случаях (1,3%); в 2004 г. соответственно 1369 и 14 (1%); в 2005 г. — 1013 и 21 (2,1%); в первом полугодии 2006 г. — 750 и 11 (1,5%).

Как показала практика применения законов о банкротстве, одна из причин такого положения — плохое качество работы внешних управляющих. Несколько факторов потенциально определяют неудовлетворительную результативность их деятельности:

а) выполнение возложенных на них разнообразных обязанностей, особенно когда имеет место управление крупным предприятием, оказывается непосильным для одного человека;

б) претендентов на должность арбитражных управляющих, по данным арбитражных судов, явно недостаточно, и при их назначении, как правило, отсутствует выбор, многие из претендентов недостаточно квалифицированы, хотя и имеют соответствующие документы, позволяющие им выступать в качестве арбитражных управляющих;

в) в стране еще не сформировался корпус опытных арбитражных управляющих, не сложилась стабильная позитивная практика функционирования института внешних управляющих, отсутствуют устойчивые профессиональные традиции их деятельности;

г) в команду управленцев, формируемую арбитражным управляющим на договорной основе с ними, зачастую попадают люди случайные, озабоченные лишь собственным обогащением. Достаточно действенных рычагов контроля за подбором и расстановкой кадров внешним управляющим (со стороны кредиторов, арбитражного суда, должника, работников должника) законодательством о банкротстве не предусмотрено.

В результате неумелого, небрежного, а то и преднамеренно направленного в интересах отдельных лиц отношения внешнего управляющего к реализации законов, к исполнению своих полномочий часто бывает так, что должник утрачивает даже те возможности восстановления платежеспособности, которые имелись у него на момент введения процедуры внешнего управления. Временные управляющие не занимаются налаживанием производства должника, увеличением выпуска пользующейся спросом продукции, не осуществляют иные действенные меры по достижению стабильной платежеспособности за счет собственных ресурсов должника, а ограничиваются взысканием дебиторской задолженности, распродажей наиболее ликвидного имущества должника, а то и продажей всего его предприятия. Сейчас крайне важно на основе положений Федерального закона 2002 г. искать пути оптимизации эффективности внешнего управления.

§ 6. Конкурсное производство

1. Конкурсное производство открывается по решению арбитражного суда о признании должника банкротом. На начало 2002 г. арбитражные суды осуществляли конкурсное производ-

ство по 56 тыс. дел. Арбитражные суды в 2002 г. приняли примерно 82 тыс. решений об открытии конкурсного производства. Оно вводится сроком на год. По ходатайству лица, участвующего в деле, этот срок может быть продлен арбитражным судом не более чем на шесть месяцев.

В отдельных ситуациях применяются упрощенные процедуры банкротства. Например, в случаях, когда должник-гражданин либо руководитель должника — юридического лица, фактически прекратившего свою деятельность, отсутствуют и установить их местонахождение не представляется возможным, заявление о банкротстве может быть подано конкурсным кредитором, уполномоченным органом независимо от размера кредиторской задолженности. Арбитражный суд в течение месяца с даты принятия к производству заявления (по Федеральному закону 1998 г. в двухнедельный срок) выносит решение о признании отсутствующего должника банкротом и об открытии конкурсного производства (см. об этом гл. VII Федерального закона 2002 г.).

2. *Конечная цель конкурсного производства* принципиально иная, нежели у финансового оздоровления и внешнего управления, и заключается в *соразмерном удовлетворении требований кредиторов*. Достижение цели необходимо проводить в условиях, обеспечивающих защиту интересов должника, кредиторов, других причастных к банкротству лиц от неправомерных действий в отношении друг друга. Случаи самосуда кредиторов над неплатежеспособными должниками и насильственные меры должников к кредиторам, требующим у них возврата долгов, получили, к сожалению, повсеместное распространение в современной реформируемой России, что возлагает повышенную ответственность на всех участников конкурсного производства за строгое соблюдение правил его проведения, с тем чтобы не спровоцировать кредиторов и должников к противоправным акциям. Изложенными обстоятельствами детерминируется и специфика данной процедуры банкротства.

3. Достижению цели конкурсного производства служит прежде всего *широкая гласность* в его осуществлении. Информация о признании арбитражным судом должника банкротом и об открытии конкурсного производства в настоящее время публикуется в «Российской газете». Эту информацию конкурсный управляющий обязан направить для опубликования не позднее

чем через 10 дней с даты своего утверждения. Опубликованию подлежат следующие сведения: наименование и иные реквизиты должника; наименование арбитражного суда, в производстве которого находится дело о банкротстве, и номер дела; дата принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства; дата закрытия реестра требований кредиторов; адрес должника для заявления кредиторами своих требований к должнику; сведения о конкурсном управляющем и соответствующей саморегулируемой организации. Публикация официального объявления о банкротстве должника служит способом уведомления об этом всех его возможных кредиторов, которые могут находиться в самых различных регионах России и за рубежом. Содержащаяся в объявлении информация дает им возможность в установленные законом сроки предъявить свои претензии.

Всем причастным к банкротству лицам надлежит знать и учитывать в своей деятельности правовые последствия открытия конкурсного производства. В частности, с момента принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства: срок исполнения возникших до открытия конкурсного производства и уплаты денежных обязательств и обязательных платежей должника считается наступившим; прекращается начисление неустоек (штрафов, пени), процентов и иных финансовых санкций по всем видам задолженности должника; сведения о финансовом состоянии должника прекращают относиться к категории сведений, носящих конфиденциальный характер либо являющихся коммерческой тайной; вводятся ограничения на совершение сделок, связанных с отчуждением имущества должника либо влекущих передачу его имущества в пользование третьим лицам; снимаются ранее наложенные и не допускаются новые аресты имущества должника и иные ограничения по распоряжению имуществом должника; все требования к должнику могут быть предъявлены только в рамках конкурсного производства; исполнение обязательств должника допускается в случаях и порядке, которые установлены Федеральным законом 2002 г. (подробнее см. ст. 126).

4. Конкурсный управляющий утверждается арбитражным судом одновременно с вынесением решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства.

Тогда же утверждается и размер его вознаграждения. Конкурсный управляющий действует до даты завершения конкурсного производства.

С даты утверждения конкурсного управляющего до даты прекращения производства по делу о банкротстве, или заключения мирового соглашения, или отстранения конкурсного управляющего он осуществляет полномочия руководителя должника и иных органов управления должника, а также собственника имущества должника — унитарного предприятия в пределах, в порядке и на условиях, которые установлены названным Федеральным законом.

Конкурсный управляющий организует всю работу по достижению цели конкурсного производства, для чего он наделен необходимыми обязанностями и правами (см. об этом ст. 129). Важна, конечно, последовательная и полная реализация конкурсным управляющим всех своих полномочий. Но особое внимание необходимо обратить на те вопросы, которые касаются формирования конкурсным управляющим конкурсной массы. Они выражают главную суть конкурсного производства, в наибольшей мере способствуют стабилизации и развитию рыночных отношений, преодолению негативных материальных, нравственных и правовых последствий от состоявшегося и зафиксированного арбитражным судом факта банкротства. Именно из конкурсной массы покрываются долги, восстанавливается подчас пошатнувшееся экономическое положение кредиторов, создаются дополнительные благоприятные условия для продолжения ими нормальной предпринимательской деятельности.

Конкурсная масса состоит из двух относительно обособленных частей. Первая часть — имущество, имеющееся в наличии во владении, пользовании и распоряжении должника на момент открытия конкурсного производства. Вторая часть — имущество, выявленное в ходе конкурсного производства. По этим двум направлениям и обязан действовать конкурсный управляющий при формировании конкурсной массы. Рассмотрим каждое из них.

А. Начинается формирование конкурсной массы с инвентаризации и оценки наличного имущества должника. Для оценки конкурсный управляющий обязан (по Федеральному закону 1998 г. это было его правом) привлечь независимого оценщика и иных специалистов, а для правильного ведения учета имущества должника, составляющего конкурсную массу, — бухгалте-

ров, аудиторов и др. *Из конкурсной массы исключаются* имущество, изъятое из оборота, и имущественные права, связанные с личностью должника, в том числе права, основанные на разрешении (лицензии) на осуществление определенных видов деятельности. Об обнаружении в составе имущества должника имущества, изъятого из оборота, конкурсный управляющий уведомляет собственника изъятого из оборота имущества. Собственник обязан принять от конкурсного управляющего это имущество или закрепить его за другими лицами не позднее чем через шесть месяцев (по Федеральному закону 1998 г. устанавливался месячный срок) с даты получения уведомления от конкурсного управляющего.

Не включаются в конкурсную массу социально значимые объекты: дошкольные образовательные учреждения, общеобразовательные учреждения, лечебные учреждения, спортивные сооружения, объекты коммунальной инфраструктуры, относящиеся к системам жизнеобеспечения. Они продаются путем проведения торгов в форме конкурса (по Федеральному закону 1998 г. эти объекты подлежали передаче соответствующему муниципальному образованию в лице уполномоченных органов местного самоуправления). Обязательным условием такого конкурса должна являться обязанность покупателя социально значимых объектов содержать и обеспечивать их эксплуатацию и использование в соответствии с целевым назначением указанных объектов. Иные условия проведения конкурса определяются собранием кредиторов (комитетом кредиторов) по предложению органа местного самоуправления. Цена продажи социально значимых объектов определяется независимым оценщиком. Средства, полученные от продажи социально значимых объектов, включаются в конкурсную массу.

После проведения конкурса орган местного самоуправления заключает с покупателем социально значимых объектов соглашение об исполнении условий конкурса. В случае существенного нарушения или неисполнения покупателем социально значимых объектов соглашения об исполнении условий конкурса указанные соглашение и договор купли-продажи социально значимых объектов подлежат расторжению судом на основании заявления органа местного самоуправления. В случае расторжения судом указанных соглашения и договора купли-продажи социально значимых объектов такие объекты подле-

жат передаче в собственность муниципального образования, а денежные средства, выплаченные по договору купли-продажи социально значимых объектов, возмещаются покупателю за счет местного бюджета.

Конкурсный управляющий принимает меры к сохранению наличного имущества должника, к недопущению необоснованного его уменьшения. Так, в установленном порядке он заявляет возражения по предъявленным к должнику требованиям кредиторов и отказы от исполнения невыгодных договоров должника.

Б. Значительно большей активности и творческой инициативы от конкурсного управляющего требуют поиск, выявление и возврат имущества должника, находящегося у третьих лиц, иные акции по увеличению конкурсной массы за счет ценностей, которых нет в наличии у должника на момент открытия конкурсного производства. Для обеспечения законности и порядочности в предпринимательской деятельности — прошлой, настоящей и будущей — особое значение имеют полномочия конкурсного управляющего, которые дают ему возможность поставить вопрос о признании недействительными действия должника, совершенные до признания его банкротом. Банкротство для самих должников, как правило, не бывает полной неожиданностью. И нередко в подготовку к грядущему часу пик входит заблаговременное укрытие под видом всевозможных сделок имущества, могущего впоследствии войти в конкурсную массу. Федеральный закон 2002 г. установил нормы, позволяющие по заявлению конкурсного управляющего в арбитражный суд признавать подобные действия недействительными. Конкурсный управляющий вправе предъявить и третьим лицам, имеющим задолженность перед должником, требования о ее взыскании: обратиться с иском об истребовании имущества должника у третьих лиц.

Часть первая ГК РФ определила еще один возможный источник пополнения конкурсной массы. Речь идет об учредителях (участниках) хозяйствующего субъекта — должника и собственниках его имущества. Действует общее правило: учредитель (участник) юридического лица или собственник его имущества не отвечает по обязательствам юридического лица, а юридическое лицо не отвечает по обязательствам учредителя (участника) или собственника. Но из данного правила могут быть установлены исключения самим ГК РФ либо учредитель-

ными документами юридического лица. Одно из исключений прямо касается рассматриваемой нами проблемы. Часть вторая п. 3 ст. 56 ГК РФ содержит следующую норму: «Если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, на таких лиц в случае недостаточности имущества юридического лица может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам».

Исходя из приведенного положения в Федеральный закон 2002 г. включена норма, согласно которой конкурсный управляющий при осуществлении своих полномочий вправе предъявить требование к третьим лицам, которые в соответствии с федеральным законодательством несут субсидиарную ответственность по обязательствам должника в связи с доведением его до банкротства. Размер ответственности лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, определяется исходя из разницы между размером требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и денежными средствами, вырученными от продажи имущества должника или замещения активов организации-должника.

Совместное постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» дало судам важные указания о том, как надлежит применять п. 3 ст. 56 ГК РФ. Они обязательны для судов, но представляют также несомненную ценность для предпринимателей вообще и участников конкурсного производства, прежде всего конкурсного управляющего и кредиторов, в частности.

При разрешении споров, связанных с ответственностью учредителей (участников) юридического лица, признанного несостоятельным (банкротом), собственника его имущества или других лиц, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, суд должен учитывать, что указанные лица могут быть привлечены к субсидиарной ответственности лишь в тех случаях, когда несостоятельность (бан-

кредитору) юридического лица вызвана их указаниями или иными действиями. К числу лиц, на которые может быть возложена субсидиарная ответственность по обязательствам признанного несостоятельным (банкротом) юридического лица, относятся, в частности, лицо, имеющее в собственности или доверительном управлении контрольный пакет акций акционерного общества, собственник имущества унитарного предприятия, давший обязательные для него указания, и т. п. Требования к указанным лицам, несущим субсидиарную ответственность, могут быть предъявлены конкурсным управляющим. В случае их удовлетворения судом взысканные суммы зачисляются в состав имущества должника, за счет которого удовлетворяются требования кредиторов.

Следует также иметь в виду, что положения, предусмотренные частью второй п. 3 ст. 56 ГК РФ, не применяются в отношении полного товарищества и товарищества на вере, участники которых (полные товарищи) во всех случаях солидарно несут субсидиарную ответственность своим имуществом по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75, п. 2 ст. 82 ГК РФ), а также производственного кооператива, члены которого несут по обязательствам кооператива субсидиарную ответственность в размерах и порядке, предусмотренных законом о производственных кооперативах и уставом кооператива (п. 2 ст. 107 ГК РФ).

Конкурсный управляющий все свои полномочия реализует под постоянным контролем кредиторов и арбитражного суда. Не реже одного раза в месяц он представляет комитету кредиторов или собранию кредиторов отчет о своей деятельности, информацию о финансовом состоянии должника и его имуществе на момент открытия конкурсного производства и в ходе конкурсного производства, а также иную информацию. Конкурсный управляющий обязан по требованию арбитражного суда предоставлять арбитражному суду все сведения, касающиеся конкурсного производства, в том числе отчет о своей деятельности. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения конкурсным управляющим возложенных на него обязанностей арбитражный суд по ходатайству собрания кредиторов или комитета кредиторов отстраняет конкурсного управляющего от исполнения им своих обязанностей и назначает нового конкурсного управляющего.

5. Важнейшая стадия конкурсного производства — *продажа имущества должника*. В зависимости от того, как будет пройдена эта стадия, нередко в решающей степени зависят результаты всей рассматриваемой процедуры банкротства. Конкурсный управляющий приступает к продаже имущества должника после проведения инвентаризации и оценки имущества. Однако делать распродажу самочинно он не вправе. Продажа проводится под строгим контролем кредиторов. В течение месяца с даты окончания проведения инвентаризации и оценки имущества конкурсный управляющий обязан представить собранию кредиторов или комитету кредиторов на утверждение предложения о порядке, сроках и об условиях продажи имущества должника. Условия продажи имущества должника должны предусматривать получение денежных средств за проданное имущество не позднее чем через месяц с даты заключения договора купли-продажи или семь дней с момента возникновения права собственности у покупателя. В случае, если в течение двух месяцев с даты представления конкурсным управляющим соответствующих предложений собранию (комитету) кредиторов порядок, сроки и условия продажи имущества собранием (комитетом) кредиторов не будут утверждены, то возникшие разногласия по заявлению любой из сторон разрешает арбитражный суд. По итогам рассмотрения разногласий арбитражный суд или утверждает порядок, сроки и условия продажи имущества, или освобождает конкурсного управляющего от исполнения своих обязанностей.

Имущество продается, если Федеральным законом 2002 г. не установлен иной порядок, на открытых торгах. Начальная цена продажи определяется независимым оценщиком, если иное опять-таки не предусмотрено этим Федеральным законом. Порядок проведения торгов регулируется применительно к ст. ПО и 111 указанного Федерального закона, т. е. он такой же, как и в случаях продажи имущества при осуществлении процедуры внешнего управления. В качестве организатора торгов может выступать сам арбитражный управляющий. Он вправе также на основании решения собрания или комитета кредиторов привлечь для этих целей специализированную организацию на основании договора. Специализированная организация, проводящая торги, не может быть заинтересованным лицом в отношении должника и арбитражного управляющего. Имущество

должника, не проданное на первых торгах, выставляется на повторные торги. При последующих торгах начальная цена может быть снижена на 10%.

При отказе кредиторов от принятия с целью погашения своих требований имущества, которое предлагалось к продаже, но не было продано в ходе конкурсного производства, и при отсутствии заявлений собственника имущества должника — унитарного предприятия, учредителей (участников) должника о правах на указанное имущество конкурсный управляющий уведомляет об указанном имуществе органы местного самоуправления по месту нахождения имущества должника. Не позднее чем через 30 дней с даты получения соответствующего уведомления органы местного самоуправления принимают указанное имущество на баланс и несут все расходы на его содержание. В случае отказа или уклонения органа местного самоуправления от принятия имущества конкурсный управляющий обязан обратиться в арбитражный суд, в производстве которого находится дело о банкротстве, с заявлением о понуждении соответствующего органа местного самоуправления к принятию указанного имущества.

6. После завершения формирования конкурсной массы, определения круга конкурсных кредиторов и продажи имущества должника самым ответственным делом становится *погашение долгов перед кредиторами*. Вне очереди за счет конкурсной массы покрываются связанные с проведением конкурсного производства расходы (текущие обязательства), в частности: судебные расходы должника; расходы по выплате вознаграждения арбитражному управляющему, реестродержателю; текущие коммунальные и эксплуатационные платежи, необходимые для осуществления деятельности должника; 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, если иное не предусмотрено Федеральным законом 2002 г.; 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.

Требования кредиторов также удовлетворяются в определенной очередности. Федеральным законом 1998 г. предусматривалось пять очередей. Сейчас их три: *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.

Если иное не предусмотрено Федеральным законом 2002 г., конкурсный управляющий производит расчеты с кредиторами в соответствии с реестром требований кредиторов. Реестр подлежит закрытию по истечении двух месяцев с даты опубликования сведений о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства. Требования кредиторов каждой очереди удовлетворяются после полного удовлетворения требований кредиторов предыдущей очереди, за исключением случаев, предусмотренных указанным Федеральным законом для удовлетворения обеспеченных залогом имущества должника требований кредиторов.

При невозможности перечисления денежных средств на счет (вклад) кредитора причитающиеся ему денежные средства вносятся конкурсным управляющим в депозит нотариуса по месту нахождения должника, о чем сообщается кредитору. Если внесенные суммы не востребуются кредитором в течение трех лет с даты их внесения в депозит нотариуса, они перечисляются нотариусом в федеральный бюджет.

Важная особенность расчетов при банкротстве банков по Федеральному закону 1999 г. состоит в том, что конкурсный управляющий в лице Агентства по страхованию вкладов не получает специального вознаграждения за свою работу. Тем са-

мым исключаются случаи, нередко имевшие место в прошлом, когда все имущество, оставшееся у обанкротившегося банка, тратилось на содержание команды, занимавшей его банкротством.

7. После завершения расчетов с кредиторами, а также при прекращении производства по делу о банкротстве конкурсный управляющий обязан представить в арбитражный суд *отчет о результатах проведения конкурсного производства*. К отчету прилагаются: документы, подтверждающие продажу имущества должника; реестр требований кредиторов с указанием размера погашенных требований кредиторов; документы, подтверждающие погашение требований кредиторов.

Оканчивается конкурсное производство вынесением арбитражным судом определения о завершении конкурсного производства, принимаемого им после рассмотрения отчета конкурсного управляющего. Определение, которое конкурсный управляющий должен представить в течение пяти дней с даты его получения в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, является основанием для внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о ликвидации должника. С даты внесения этой записи конкурсное производство считается завершенным, а должник — ликвидированным.

8. Важная новелла Федерального закона 2002 г. — возможность перехода к внешнему управлению в случае, если в отношении должника не вводилось финансовое оздоровление и (или) внешнее управление, а в ходе конкурсного производства у конкурсного управляющего появились достаточные основания (в том числе основания, подтвержденные данными финансового анализа) полагать, что платежеспособность должника может быть восстановлена. Конкурсный управляющий обязан созвать собрание кредиторов в течение месяца с момента выявления указанных обстоятельств в целях рассмотрения вопроса об обращении в арбитражный суд с ходатайством о прекращении конкурсного производства и переходе к внешнему управлению. В случае удовлетворения ходатайства арбитражный суд выносит определение о прекращении конкурсного производства и переходе к внешнему управлению. В результате этого происходит следующее: прекращаются ограничения органов управления должника; открывается реестр требований кре-

диторов; требования кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, возникшие в ходе конкурсного производства, считаются текущими с даты вынесения определения о переходе к внешнему управлению; требования кредиторов по обязательствам, срок исполнения которых в соответствии с условиями обязательств не наступил на момент открытия конкурсного производства, также считаются текущими с даты вынесения определения о переходе к внешнему управлению; требования, удовлетворенные в ходе конкурсного производства, считаются погашенными и не подлежат восстановлению.

9. Поскольку банкротство граждан — явление совершенно новое для России, а с их банкротством чаще всего как раз и будут иметь дело хозяйствующие субъекты, полезно обратить внимание на некоторые особенности заключительной стадии конкурсного производства в отношении граждан. В конкурсную массу не включается имущество гражданина, на которое в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Российской Федерации не может быть обращено взыскание. Арбитражный суд вправе по мотивированному ходатайству гражданина и иных лиц, участвующих в деле о банкротстве, исключить из конкурсной массы имущество, на которое может быть обращено взыскание, если оно является неликвидным либо доход от его реализации не повлияет существенным образом на удовлетворение требований кредиторов. Общая стоимость имущества гражданина, исключаемого в таком порядке из конкурсной массы, не должна превышать 100 минимальных размеров оплаты труда.

Решение арбитражного суда о признании гражданина банкротом и об открытии конкурсного производства, а также исполнительный лист об обращении взыскания на имущество гражданина направляются судебному приставу-исполнителю для осуществления продажи имущества должника. Продаже подлежит все имущество гражданина, за исключением имущества, не включенного в конкурсную массу. После завершения расчетов гражданин освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов, заявленных при осуществлении процедуры признания гражданина банкротом. Исключение из этого правила установлено лишь для требований кредиторов о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о

взыскании алиментов, а также иных требований личного характера, не погашенных в порядке исполнения решения арбитражного суда, либо погашенных частично, либо не заявленных при осуществлении процедуры признания гражданина банкротом. Все они сохраняют силу и могут быть предъявлены после окончания производства по делу о банкротстве гражданина соответственно в полном объеме либо в непогашенной их части.

§ 7. Мирное соглашение

1. Мирное соглашение — весьма перспективная и желательная для современной российской экономики процедура, позволяющая достигать в условиях наименьшей конфликтности компромисс между лицами, участвующими в деле о банкротстве. Она максимально соответствует и интересам развития рыночных отношений в целом, придавая им должную стабильность.

Право спорящих сторон окончить дело миром традиционно в отечественном законодательстве. Институт мирного соглашения ранее был закреплен в Гражданском процессуальном кодексе РСФСР и отражен в Законе 1992 г. В Федеральном законе 2002 г. положения о мировом соглашении изложены более обстоятельно и всесторонне. Законодателем учтена практика, накопленная арбитражными судами в ходе рассмотрения дел о банкротстве, выявленные ею достоинства и недостатки прежнего нормативно-правового регулирования. Нормы о мировом соглашении «рассеяны» по всему тексту Федерального закона 2002 г., и, кроме того, им отведена специальная гл. VIII, которая так и называется — «Мирное соглашение».

2. Остановимся лишь на некоторых новых положениях, которые, по сравнению с Федеральным законом 1998 г., позволяют тщательнее упорядочить и расширить применение этого института в практике предпринимательских отношений, учесть и защитить интересы причастных к банкротству лиц, включая так называемых миноритарных кредиторов, которые прежде при заключении мировых соглашений нередко просто игнорировались.

А. Новеллой Федерального закона 2002 г. является возможность участия в мировом соглашении третьих лиц. Оно допус-

кается, если их участие не нарушает права и законные интересы кредиторов, требования которых включены в реестр требований кредиторов, а также кредиторов, требования которых возникли после даты принятия заявления о признании должника банкротом и срок исполнения требований которых наступил до даты заключения мирового соглашения. Участвующие в мировом соглашении третьи лица вправе предоставить поручительства или гарантии исполнения должником обязательств по мировому соглашению либо иным образом обеспечить их надлежащее исполнение.

Б. Должник, его конкурсные кредиторы и уполномоченные органы вправе заключить мировое соглашение на любой стадии рассмотрения арбитражным судом дела о банкротстве должника. *Новизна Федерального закона 2002 г. состоит и в том, что он особо разграничил общее и особенное при заключении мирового соглашения.*

Общими, например, являются следующие положения:

решение о заключении мирового соглашения со стороны конкурсных кредиторов и уполномоченных органов 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. Решение же о заключении мирового соглашения со стороны должника принимается должником-гражданином или руководителем должника, внешним управляющим или конкурсным управляющим;

не допускается односторонний отказ от исполнения вступившего в силу мирового соглашения;

мировое соглашение заключается в письменной форме. Со стороны должника оно подписывается лицом, принявшим в соответствии с Федеральным законом 2002 г. решение о заключении мирового соглашения. От имени конкурсных кредиторов и уполномоченных органов мировое соглашение подписывается представителем собрания кредиторов или уполномоченным собранием кредиторов на совершение данного действия лицом;

в содержании любого мирового соглашения различается *должное* и *возможное*. Так, оно обязательно должно содержать положения о порядке и сроках исполнения обязательств должника в денежной форме. Кроме того, в тексте мирового соглашения могут присутствовать положения: об изменении сроков и порядка уплаты обязательных платежей, включенных в реестр требований кредиторов; с согласия отдельного конкурсного кредитора и (или) уполномоченного органа — о прекращении обязательств должника путем предоставления отступного, обмена требований на доли в уставном капитале должника, акции, конвертируемые в акции облигации или иные ценные бумаги, новации обязательства, прощения долга или иными предусмотренными федеральным законом способами, если такой способ прекращения обязательств не нарушает права иных кредиторов, требования которых включены в реестр требований кредиторов;

удовлетворение требований конкурсных кредиторов в денежной форме не должно создавать преимущества для таких кредиторов по сравнению с кредиторами, требования которых исполняются в денежной форме;

условия мирового соглашения для конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, голосовавших против заключения мирового соглашения или не принимавших участия в голосовании, не могут быть хуже, чем для конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, голосовавших за его заключение.

Наряду с общими положениями определены особенности заключения мирового соглашения в ходе различных процедур банкротства: наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления и конкурсного производства (см. ст. 151—154 Федерального закона 2002 г.). Покажем их на примере одной из наиболее распространенных процедур — конкурсного производства.

Решение о заключении мирового соглашения со стороны должника принимается конкурсным управляющим (для сравнения скажем, что решение о заключении мирового соглашения в ходе наблюдения и финансового оздоровления принимается со стороны должников их руководителями и согласованию с арбитражными управляющими не подлежит). В случае, если мировое соглашение является для должника сделкой, которая в соответствии с федеральными законами и (или) учредительны-

ми документами должника совершается на основании решения органов управления должника или подлежит согласованию с органами управления должника (одобрению этими органами), решение о заключении мирового соглашения от имени должника может быть принято после принятия соответствующего решения органами управления должника или получения соответствующего согласования (одобрения).

При заключении мирового соглашения с участием третьих лиц, являющихся заинтересованными лицами по отношению к должнику, конкурсному управляющему или конкурсному кредитору, мировое соглашение должно содержать информацию о том, что мировое соглашение является сделкой, в совершении которой имеется заинтересованность, и определенно указывать на характер такой заинтересованности.

Заключенное мировое соглашение распространяется на все требования конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, включенные в реестр требований кредиторов на дату проведения собрания кредиторов, принявшего решение о заключении мирового соглашения.

В. Федеральный закон 2002 г. сохранил имевшиеся в Федеральном законе 1998 г. положения о праве арбитражного суда отказать в утверждении мирового соглашения (ст. 160, 161) и о его расторжении (ст. 164—166), изложив их при этом более детально. Вместе с тем Федеральный закон 2002 г. закрепил новые положения, касающиеся обжалования и пересмотра определения об утверждении мирового соглашения, что повышает защищенность интересов причастных к банкротству лиц.

В частности, по жалобе лиц, участвующих в деле о банкротстве, третьих лиц, участвующих в мировом соглашении, а также иных лиц, права и законные интересы которых нарушены или могут быть нарушены мировым соглашением, определение арбитражного суда об утверждении мирового соглашения может быть обжаловано в порядке, установленном АПК РФ.

Определение об утверждении мирового соглашения может быть пересмотрено по вновь открывшимся обстоятельствам в случае, если: обстоятельства, препятствующие утверждению мирового соглашения, не были и не могли быть известны заявителю на момент утверждения мирового соглашения; заявитель не участвовал в заключении мирового соглашения, однако мировым соглашением нарушены его права и законные интере-

сы. Заявитель вправе подать заявление о пересмотре определения в течение месяца с даты открытия обстоятельств, являющихся основанием для пересмотра данного определения.

Завершая тему 19, необходимо отметить, что в положении, сходном с банкротством предпринимателей, могут оказаться регионы и муниципальные образования. В частности, согласно ст. 168² БК РФ, если просроченная задолженность по исполнению долговых обязательств субъекта РФ превышает 30% объема его собственных доходов, то в таком субъекте РФ может вводиться временная финансовая администрация сроком до одного года. Вводится она решением Высшего Арбитражного Суда РФ по ходатайству Правительства РФ. Постановлением Правительства РФ от 3 октября 2006 г. № 599 утверждено Положение о назначении (об освобождении от должности) главы временной финансовой администрации, вводимой в субъектах Российской Федерации, об утверждении структуры и штатного расписания, а также о финансовом обеспечении деятельности временной финансовой администрации и организации проведения проверки (аудита) бюджетов субъектов Российской Федерации¹.

Заключение

1. Предпринимательство как способ хозяйствования находится в постоянном движении и развитии. Все более широко проникая в российскую экономику, оно обогащается новыми чертами и качествами. Соответственно изменяется его нормативно-правовая основа, обновляются еще недавно принятые указы Президента РФ, федеральные законы и иные нормативные правовые акты. Эти обстоятельства обязывают каждого во избежание ошибок быть внимательным при изучении юридического механизма, регулирующего предпринимательскую деятельность, постоянно следить за происходящими в нем изменениями.

2. Особенность нынешней ситуации в стране по сравнению с той, что была при первых изданиях настоящего учебника, — наличие в обществе и государстве политической стабильности, единства взглядов по основным вопросам внутренней и внешней политики у федеральной исполнительной власти во главе с Президентом РФ и власти законодательной в лице большинства Федерального Собрания РФ — депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. Как следствие, совершенно новый характер приобретает законодательство. Оно становится полнее, динамичнее и, что самое главное по раскрываемым в учебнике вопросам, системно и единообразно охватывает сферу экономики вообще и ее предпринимательский сектор в частности. Вовлекаются в работу федеральные законы, долгое время лежавшие на архивных полках Государственной Думы в виде разного рода проектов. Пример тому — прорыв экономического законодательства, имевший место во второй половине 2002 г. В соответствии с новыми федеральными законами издаются многие постановления Правительства РФ и в пределах установленной компетенции — нормативные акты министерств и ведомств, в которых развиваются нормы законов, указов и постановлений, обеспечивается механизм их реализации.

3. Необходимо, уважаемый читатель, не ограничиваться только изложенной в учебнике информацией. Полезно выра-

ботать у себя привычку постоянно следить за действующим законодательством, за его изменениями и дополнениями, внося соответствующие коррективы в то, что приводится в учебнике.

Многими высказываются сетования по поводу частых изменений законодательства, что не способствует установлению стабильности в предпринимательских правовых отношениях, на российском рынке. С подобной критикой вряд ли можно согласиться. Ведь российское общество переживает переходный период. Это значит, что в нем продолжают еще ограниченно действовать законы и закономерности прежнего, советского строя, а новые не успели сложиться и проявиться в полной мере. При такой ситуации нельзя добиться устойчивости законодательства, его развитие объективно обусловлено теми или иными процессами, происходящими в обществе.

Никто не может заранее сказать, когда переходный период закончится, окончательно сложатся и будут познаны объективные законы и закономерности пореформенной России. Ясно одно: временные границы и результаты переходного периода будут определяться экономикой, утвердившимися формами собственности и хозяйствования и, как следствие, сформировавшимися социальной структурой и политической системой общества. Пока же нам общими усилиями надо добиваться того, чтобы законодательство было адекватно реальному положению в экономике и обществе в целом, не тормозило их развития, не отставало от жизни, но и не забегало вперед, выдавая желаемое за действительное. Долг внимательного читателя учебника, видя противоречия между законодательством и действительностью, вносить, используя демократические процедуры отечественного законодательства, предложения об устранении подобных противоречий путем обновления законодательства, тем самым способствуя скорейшему преодолению трудностей переходного периода.

4. Из освещаемых в учебнике предпринимательских отношений, на которые осуществляется правовое воздействие, читателю надо выделить те из них, участником которых является он лично или орган государственного либо муниципального управления, где он состоит на службе. Процедуры правового регулирования подобных отношений следует самостоятельно подвергнуть более углубленному изучению с привлечением дополнительных источников права, научной и учебной литерату-

ры. Это поможет исключить принятие ошибочных решений в случаях, когда читатель фактически окажется участником таких отношений.

5. Целесообразно приобретаемые теоретические знания закреплять практикой предпринимательских правовых отношений. И здесь нельзя полагаться только на собственный жизненный опыт. Полезные сведения в виде актов органов судебной власти о самых интересных и запутанных делах, жестких правовых спорах с участием предпринимателей, возникающих в рыночных отношениях, содержатся, например, в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» и других официальных изданиях различных ведомств, где наряду с правовыми актами публикуются также глубокие аналитические статьи виднейших специалистов в области права с обобщением практики реализации законодательства о предпринимательской деятельности.

6. Надо стремиться к тому, чтобы уметь соотносить знания, полученные по предпринимательскому праву, с прогностической функцией права. У нас в стране нет, к сожалению, программного документа, который бы ориентировал на то, каким наше общество будет, например, через несколько лет или десятилетий. Ответ поможет найти действующее законодательство, конструируемая им модель будущего.

Мы сейчас по сохранившимся древним памятникам правовой культуры (Законы Хаммурапи, Русская Правда и др.) судим о том, каким было общество, как жили и вели хозяйство люди в те далекие времена, имея в виду, что зафиксированные в памятниках нормы реализовывались на деле. Следовательно, по такому же принципу мы можем спрогнозировать, какой станет Россия в будущем при условии, что действующее законодательство будет строго соблюдаться, а правонарушения, в том числе и в сфере экономики, станут редкостью. Автор учебника надеется, что его читатели окажутся стойкими и сознательными борцами за торжество законности (которая сейчас так необходима) вообще и в предпринимательских правовых отношениях в частности. Тем самым будет внесен решающий вклад в эффективную реализацию экономической политики государства.

Принятые сокращения

1. Нормативные акты

- АПК РФ** — Арбитражный процессуальный кодекс РФ
- БК РФ** — Бюджетный кодекс РФ
- ГК РФ (РСФСР)** — Гражданский кодекс РФ (РСФСР)
- ГПК РФ (РСФСР)** — Гражданский процессуальный кодекс РФ (РСФСР)
- ЖК РФ** — Жилищный кодекс РФ
- ЗК РФ** — Земельный кодекс РФ
- КоАП РФ** — Кодекс РФ об административных правонарушениях
- НК РФ** — Налоговый кодекс РФ
- ТК РФ** — Трудовой кодекс РФ
- УК РФ** — Уголовный кодекс РФ
- УПК РФ** — Уголовно-процессуальный кодекс РФ

2. Официальные издания

- БВС (СССР, РСФСР, РФ)** — Бюллетень Верховного Суда (СССР, РСФСР, РФ)
- БМД** — Бюллетень международных договоров
- БНА (СССР, РСФСР, РФ)** — Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств (СССР, РСФСР, РФ)
- Ведомости (СССР, РСФСР, РФ)** — Ведомости Верховного Совета (СССР, РСФСР), Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета (СССР, РСФСР, РФ)
- Вестник ВАС РФ** — Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ
- САПП** — Собрание актов Президента и Правительства РФ

СЗ РФ — Собрание законодательства **РФ**
СПП РСФСР — Собрание постановлений Правительства
РСФСР
СУ РСФСР — Собрание узаконений РСФСР

3. Сокращенные наименования федеральных органов исполнительной власти

Казначейство России — Федеральное казначейство
МВД России — Министерство внутренних дел **РФ**
МИД России — Министерство иностранных дел **РФ**
Минздравсоцразвития России — Министерство здравоохранения и социального развития **РФ**
Мининформсвязи России — Министерство информационных технологий и связи **РФ**
Минобороны России — Министерство обороны **РФ**
Минобрнауки России — Министерство образования и науки **РФ**
Минпромэнерго России — Министерство промышленности и энергетики **РФ**
Минсельхоз России — Министерство сельского хозяйства **РФ**
Минтранс России — Министерство транспорта **РФ**
Минфин России — Министерство финансов **РФ**
Минэкономразвития России — Министерство экономического развития и торговли **РФ**
Минюст России — Министерство юстиции **РФ**
МПР России — Министерство природных ресурсов **РФ**
Росстат — Федеральная служба государственной статистики
Росимущество — Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом
Рособоронзаказ — Федеральная служба по оборонному заказу
РосОЭЗ — Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами
Роспатент — Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам
Росрегистрация — Федеральная регистрационная служба
Росрезерв — Федеральное агентство по государственным резервам

Госстрой — Федеральное агентство по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству

Ростехрегулирование — Федеральное агентство по техническому регулированию и метрологии

Росфинмониторинг — Федеральная служба по финансовому мониторингу

ФАС России — Федеральная антимонопольная служба

ФНС России — Федеральная налоговая служба

ФСТ России — Федеральная служба по тарифам

ФСФР России — Федеральная служба по финансовым рынкам

4. Иные сокращения

гл. — глава, главы

п. — пункт, пункты

пода. — подпункт, подпункты

разд. — раздел, разделы

с. — страница, страницы

ст. — статья, статьи

Станислав Эдуардович Жилинский
Предпринимательское право
(правовая основа предпринимательской деятельности)
Учебник для вузов
8-е издание, пересмотренное и дополненное

Издательство НОРМА
Лицензия № 03206 от 10 ноября 2000 г.
101990, Москва, Колпачный пер., 9а
Тел./факс (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com
Подписано в печать 07.02.07
Формат 60*90/16. Бумага офсетная. Гарнитура «Тайме»
Печать офсетная. Усл. печ. л. 59,00. Уч.-изд. л. 56,14
Тираж 6000 экз. Заказ № 4704005

Официальным дистрибьютором Издательства НОРМА
является «Издательский Дом ИНФРА- М»:
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в

Отг, розница, книга — почтой, доставка:
Телефоны: (495) 363-42-60 (многоканальный);
(495) 363-42-60 доб. 215 (справки о наличии);
(495) 363-42-60 доб. 247 (книга — почтой);
(495) 363-42-60 доб. 251 (заключение договоров)
Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Розничная продажа:
Книжный супермаркет «Библиосфера»
м. «Пролетарская», ул. Марксистская, д. 9
Тел.: (495) 670-52-17, 670-52-18, 670-52-19
www.bibliosfera-ddk.ru

Отпечатано на ОАО "Нижполиграф".
603006, Нижний Новгород, ул. Варварская, 32.