ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ДОГОВОРЫ

В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

СТАТУТ

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ДОГОВОРЫ В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Ответственные редакторы
Е.А. ПАВЛОДСКИЙ, Т.Л. ЛЕВШИНА

Рекомендовано
Ученым советом (секция "Частное право")
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве РФ

Рецензенты:

Безбах В.В., докт. юрид. наук, проф., засл. деятель науки РФ, зав. кафедрой гражданского и трудового права Российского университета Дружбы народов.

Хлестова И.А., докт. юрид. наук, гл. науч. сотр. отдела международного частного права ИЗиСП при Правительстве РФ.

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

Беляева О.А., ведущий сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения (далее - Институт), кандидат юридических наук - § 3 гл. 1;

Витрянский В.В., заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор - гл. 3;

Гасников К.Д., старший научный сотрудник Института, кандидат юридических наук - гл. 9 и 10;

Гутников О.В., заведующий отделом Института, кандидат юридических наук - гл. 4, 15 и 16;

Егиазаров В.А., доктор юридических наук - гл. 6 - 8;

Кашеварова Ю.Н., заведующая отделом Института - гл. 5;

Клейн Н.И., главный научный сотрудник Института, профессор - § 2 гл. 1 и гл. 2;

Кмить С.А., ведущий научный сотрудник Института - гл. 13;

Левшина Т.Л., старший научный сотрудник Института, ответственный редактор - § 4 гл. 1;

Масевич М.Г., главный научный сотрудник Института, доктор юридических наук, профессор - гл. 11;

Павлодский Е.А., заместитель заведующего отделом Института, доктор юридических наук, профессор, ответственный редактор - гл. 17 - 19;

Сгибнева О.В., заместитель руководителя правового департамента ЗАО "Фондовая биржа ММВБ" - гл. 20;

Трахтенгерц Л.А., ведущий научный сотрудник Института, кандидат юридических наук - гл. 14;

Фогельсон Ю.Б., доктор юридических наук - гл. 12;

Яковлев В.Ф., советник Президента Российской Федерации, доктор юридических наук, член-корреспондент Российской академии наук, профессор - § 1 гл. 1.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая работа посвящена основным договорам в предпринимательской деятельности.

Авторы понимают под предпринимательским договором гражданско-правовой договор, которому присущ ряд особенностей. Как отмечает В.Ф. Яковлев, объективной предпосылкой предпринимательского договора являются опосредуемые гражданским правом отношения по осуществлению предпринимательской деятельности. Рассматриваемые предпринимательские договоры, которые объединяют положения ст. 2 ГК РФ, указывают на такие черты предпринимательской деятельности, как ее самостоятельность, осуществление на свой риск, направленность на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей в установленном законом порядке.

В работе отмечается, что основная особенность ответственности за нарушение обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, установлена п. 3 ст. 401 ГК РФ, согласно которому, если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении

предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы.

Предпринимательские договоры по степени соотношения свободы и повышенной ответственности делятся на три группы. Первая - договоры между предпринимателями; вторая - между предпринимателями и потребителями, не являющимися предпринимателями; третья - между предпринимателями и публичными образованиями (Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципалитетами).

В наибольшей степени свобода договора реализуется в двусторонних предпринимательских договорах. Ответственность предпринимателей друг перед другом строится на началах правового равенства.

Авторы делают акцент на особенностях, присущих исключительно предпринимательским договорам.

Предлагаемая работа содержит ряд новых подходов и, как надеются авторы, будет замечена читателями.

Раздел I. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИЙ ДОГОВОР КАК ИНСТИТУТ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Глава 1. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ДОГОВОРА

§ 1. Понятие предпринимательского договора

Понятие предпринимательского договора в российском праве

Существование предпринимательского договора в современном праве России небесспорно. И представители правовой науки, и юристы-практики придерживаются различных позиций на этот счет. Одни полагают, что предпринимательский договор реально существует, другие, напротив, исходят из того, что договоры, которыми опосредствуется предпринимательская деятельность, - это общие гражданско-правовые договоры купли-продажи, займа, найма, оказания услуг и т.п.

Для того чтобы ответить на вопрос о существовании или несуществовании предпринимательского договора, а также о его правовой природе, нужно, очевидно, проанализировать действующее законодательство и практику его применения, с тем чтобы выяснить, обладает ли предпринимательский договор специфическими правовыми чертами и имеют ли эти особенности объективные основания в самих регулируемых отношениях.

Полезно прежде всего обратиться к истории этого вопроса. Уже в далеком прошлом, как отечественном, так и зарубежном, существовал аналог современного предпринимательского договора - торговая сделка.

В Средние века на основе обычаев и правил, устанавливаемых сословными объединениями торговцев, ремесленников, сложилось торговое или городское право для регулирования отношений по изготовлению, приобретению, перевозке, продаже товаров, предоставлению кредитов, вексельному обращению и т.п. Таким образом, сложилась инфраструктура деловых отношений и система их регулирования, в центре которой находилась торговая сделка. Вслед за торговым правом, торговой сделкой появляются и торговые суды для купеческих дел.

Французская революция уничтожила сословность и провозгласила свободу всякого заниматься торговлей или промыслом. Равенство гражданской правоспособности закрепил Гражданский кодекс Франции 1804 г., который соединил римские начала свободы собственности и договора с рядом принципов обычного торгового права, утвердив гражданское право в качестве универсального регулятора всех, в том числе и торговых, сделок.

Тем не менее Торговый кодекс Франции был принят в 1807 г., но по регулированию торгового оборота ему отводилась дополнительная роль по отношению к Гражданскому кодексу. Из четырех его книг лишь первая была посвящена торговле вообще и содержала положения о торговцах, торговых книгах, товариществах и их регистрации, раздельности имущества супругов, торговых биржах, вексельных агентах и маклерах, о закладе и комиссионерах, купле-продаже, векселе и давности по торговым делам. Остальные три раздела посвящены морской торговле, несостоятельности и торговой юрисдикции.

Таким образом, произошло взаимопроникновение гражданского и торгового права. Аналогичная ситуация сложилась в Германии и других странах Европы, причем в Германии процесс "коммерциализации" гражданского права при составлении Гражданского (1896 г.) и Торгового (1897 г.) уложений оказался наиболее интенсивным. Торговое уложение Германии содержит теперь только дополнительные по отношению к Гражданскому кодексу правила, и они, в большей степени применяясь к гражданским правоотношениям, выражают особенности торговых отношений более резко и отчетливо.

Таким образом, произошло сближение гражданского и торгового права как права частного.

Аналогичное положение сложилось и в России. В Средние века в Киеве и особенно в Новгороде, Пскове появилось сословно-обычное городское, торговое право. Затем в Московском государстве постепенно складывается система частного торгового права. В 1720 г. появляется Устав об эверсах, регулирующий водные перевозки, в 1729 г. - Вексельный устав, в 1755 г. - Таможенный устав, содержащий правила об отношениях хозяев и приказчиков, о формах кредитных писем, о торговой доверенности, в 1781 г. издан Устав о цехах, в 1800 г. появился Устав о банкротах, содержащий важные нормы по торговому праву, в частности о торговых товариществах. В 1814 г. был подготовлен по французскому образцу проект Торгового уложения, однако принят он не был. При составлении Свода законов М.М. Сперанский предпринял попытку к объединению в одном подразделении гражданского и коммерческого законодательства, но она не удалась. Поэтому в т. XI ч. 2 был размещен Свод учреждений и уставов торговых, в который вошли и публично-правовые, и частноправовые акты. В 1857 г. этот Свод превращен в Устав торговый, который в 1887 г. претерпел существенные изменения. Была исключена часть первая "О правах на торговлю", вместо нее появилась ст. 2, провозгласившая равноправность всех граждан Российской империи. В результате последующих переработок появилось два отдельных устава: Торговый устав (762 статьи) и Устав торгового судопроизводства (643 статьи). Дополнениями к ним стали отдельные уставы: Вексельный устав, Кредитный устав, Устав промышленности и Консульский устав, помещенные также в ч. 2 т. XI.

Устав торговый делился на три книги. Первая - о договорах и обязательствах, торговле свойственных, - содержала нормы о найме приказчиков, о торговой доверенности, товариществах; вторая книга посвящена морскому праву и третья - торговым установлениям, к которым относились правила о ярмарках, биржах, торговых книгах, о мерах и весе, о товарных складах и свидетельствах.

Таким образом, торговое законодательство России в большей степени, чем западное, в регулировании торгового оборота уступало пальму первенства гражданскому законодательству, являясь дополнением к нему, и содержало лишь правила, отражающие особенности торговли как промысла.

Торговый устав не охватывал торговый оборот в целом. Именно поэтому в 1887 г. в нем появилась ст. 1 "Права и обязанности, проистекающие из сделок и отношений, торговле свойственных, определяются законами торговыми. В случае недостатка этих законов применяются законы гражданские и принятые в торговле обычаи". Фактически гражданское законодательство постоянно использовалось и сторонами и судами при разрешении коммерческих споров ввиду отсутствия необходимых правил в торговом законодательстве. Нормы последнего применялись лишь в тех случаях, когда в сделке участвовали лица, занимающиеся торговлей как промыслом, и лишь в той мере, в какой применяемые нормы отражали особенности этой деятельности и опосредствующих ее отношений.

Тем не менее и в западной и в российской правовой науке существовало понятие торговой сделки. И это признавалось и теми, кто полагал, что наряду с гражданским правом существует торговое право, и многими из тех, кто считал возможным и целесообразным их объединение и существование в виде единого гражданского права. Причиной этого было существование наряду с гражданским также и дополняющего его торгового законодательства, применяемого не во всех случаях совершения гражданско-правовых сделок, а лишь в тех, когда в сделках участвовали лица, занимающиеся торговлей по промыслу, т.е. коммерсанты.

Разумеется, можно было бы и не пользоваться понятием торговой сделки, а лишь выделять гражданско-правовые сделки с участием коммерсантов. Но, во-первых, коммерсант, будучи таковым, совершает и не коммерческие, а обычные гражданско-правовые сделки, например по приобретению предметов личного потребления. Во-вторых, и это главное, наличие специальных правил, содержащихся в торговом законодательстве, не применяемом в общих гражданско-правовых сделках, свидетельствует об особенностях торговых сделок и о возникающих из них обязательств.

Поэтому торговая сделка, критерии ее выделения, особенности ее самой и торговых обязательств являются предметом поисков и дискуссий, продолжающихся столетиями.

В конечном счете значение имеют чисто практические аспекты. При существовании торгового законодательства понятие торговой сделки позволяет иметь критерий решения вопроса о том, в каких случаях, к каким отношениям и в каких судебных делах применяются правила торгового законодательства, т.е. законодательства, регулирующего исключительно коммерческие отношения.

В тех странах, где торговое судопроизводство осуществляется не в судах общей юрисдикции, а в специализированных коммерческих судах (Франция, Россия и др.) либо по отличающимся судебным процедурам, понятие торговой сделки используется для определения подведомственности дел или по их принадлежности к определенным процедурам.

Критерии отнесения сделок к числу торговых тем или иным образом определяются в торговом законодательстве Франции, Германии, других стран, а также дореволюционным

законодательством России. Путем толкования законодательства и анализа судебной практики правовая наука выявила следующие критерии торговых сделок. Первый - критерий объективный, относящийся к сущности торговой сделки (абсолютный критерий) - ее спекулятивный характер, т.е. ее совершение с целью получения прибыли. Исходя из этого критерия к торговым сделкам относятся: покупка товаров, ценных бумаг, недвижимости с целью дальнейшего отчуждения; продажа этого имущества. Второй критерий торговой сделки - субъективный или относительный - совершение сделок по профессии субъекта, его промыслу: обработка или переработка движимых вещей для других, банковые или разменные сделки, сделки комиссионные, экспедиционные, перевозка товаров или пассажиров, посреднические и маклерские сделки и т.п. Для полноты определения круга торговых сделок был добавлен еще один критерий - совершение купцом вспомогательных сделок для создания условий для его основной деятельности (сделки по приращению).

Происходящее в действительности расширение круга торговых сделок исходя из приведенных критериев - яркое свидетельство коммерциализации гражданского оборота и дальнейшего сближения торгового и гражданского законодательства.

К числу торговых, несомненно, относятся сделки между коммерсантами (двусторонние торговые сделки). Французское и германское законодательство и их доктрина относят к числу торговых также сделки между коммерсантами по профессии и лицами, не являющимися коммерсантами, т.е. потребителями товаров и услуг. Объясняется это, очевидно, тем, что применение устоявшихся положений торгового права и к этим сделкам позволяет обеспечивать более надежную защиту прав потребителя.

В России существовало представление, правда, многими не разделявшееся, о торговой сделке как исключительно двусторонней, т.е. между коммерсантами. Но такое понятие торговой сделки было связано лишь с определением подведомственности дел коммерческим судам, которые рассматривали споры только между коммерсантами.

Исходя из того что торговая сделка совершается с целью извлечения прибыли, по промыслу, коммерсантом по профессии хотя бы на одной стороне, ей, по мнению исследователей, присущи следующие особенности.

Прежде всего в отличие от гражданско-правовой сделки, которая является единичным актом, торговые сделки характеризуются множественностью, массовостью, обращены к любому и каждому, т.е. являются публичным договором. Это обстоятельство, а также совершение сделки профессионалом, работающим ради своей прибыли и на свой риск, позволяют предъявлять к нему повышенные требования, обеспечивающие защиту массового, зачастую непрофессионального, потребителя от возможных злоупотреблений.

Отсюда необходимость участия государства в формулировании и поддержке особых условий торговой сделки, в определении четких границ свободы договора в целях обеспечения публичных интересов как интересов неопределенного круга лиц.

Поскольку торговая деятельность является сложной и многоаспектной, требует развитой инфраструктуры (банков, кредитов, страхования, перевозок, складов, торговой сети, оборота не только товаров и услуг, но и ценных бумаг, недвижимости и т.п.), особенности торговой сделки проявляются во всех элементах этой инфраструктуры. Ввиду ее массовости торговая сделка характеризуется, с одной стороны, простотой, типизацией ее формы, например в виде договора присоединения, а с другой - большей четкостью и строгостью ее правил, среди которых немало запретов или обязательных предписаний.

Одним из важных факторов, вносящих упорядоченность в сферу совершения торговых сделок, является государственная регистрация, ведение торговых реестров.

Торговыми обычаями и нормативным регулированием для торговцев вводятся повышенные требования, касающиеся деловой осмотрительности, повышенной заботливости, добропорядочности, добросовестности. Вводятся дополнительные обязанности, например информационного характера, регламентируется реклама товаров и услуг с целью обеспечения ее добросовестности. Предусматривается более строгая ответственность профессиональной стороны торговой сделки или по крайней мере недопустимость снижения ответственности перед потребителем.

В советское время понятие торговой сделки исчезло. Оно было заменено понятием хозяйственного договора. И хотя последний опосредовал также отношения по производству и реализации товаров, работ, услуг профессиональными структурами, это был другой договор, принципиально отличающийся от торговой сделки и по социально-экономической сущности, и по правовой природе.

Хозяйственный договор опосредовал экономические связи, существовавшие исключительно на базе публичной собственности. Его субъектами на обеих сторонах были так называемые социалистические организации, в основном государственные предприятия и учреждения. Главными регуляторами экономических отношений в сфере обобществленного оборота были

индивидуальные акты властного планирования, а также акты централизованной регламентации условий экономических связей между производителями и потребителями имущественных благ.

Присущее свободной экономике нормативно-договорное регулирование было вытеснено централизованным индивидуально-плановым регулированием. Хозяйственный договор не был самостоятельным средством регулирования экономических связей. Будучи их номинальной правовой формой, он был производным от актов централизованной и плановой регламентации, обеспечивал их реализацию. Условия договора в их главных элементах определялись не волей сторон, а императивно-централизованными и плановыми актами.

Отказ от централизованной регламентации экономических связей, их планирования в конце 80-х - начале 90-х гг. прошлого столетия с последующей массовой приватизацией публичной собственности, восстановление в правах частной собственности, предпринимательства и на этой основе - свободной экономики обусловили реставрацию нормативно-договорного регулирования экономического оборота. Произошло восстановление в полной мере гражданско-правового договора как основного регулятора товарно-денежных связей, в том числе и торгового договора, именуемого в современном обиходе предпринимательским договором.

Восстановление договора в регулировании товарного оборота после молниеносной отмены административно-плановой системы произошло естественным, стихийным образом с использованием Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Но уже в 1994 г. был принят Гражданский кодекс РФ (часть первая), который содержал кроме разд. I "Общие положения" также разд. II "Право собственности и другие вещные права" и разд. III "Общая часть обязательного права" с подразд. 2 "Общие положения о договоре". В 1995 г. принята часть вторая ГК, содержащая разд. IV "Отдельные виды обязательств".

Таким образом, за короткий срок была воссоздана современная правовая система, в которой гражданско-правовая сделка, договор становятся основным регулятором товарно-денежного оборота.

Гражданский кодекс Российской Федерации основан на концепции единства гражданского права как частного права, регулирующего всю совокупность отношений собственности и товарно-денежных связей, включая и торговый оборот. Таким образом, в современной России реализовано намерение М.М. Сперанского о соединении в одном акте кодификации гражданского и торгового права.

При этом, обеспечивая регулирование всех отношений, входящих в предмет гражданского права на основе общих положений, ГК не нивелирует, не сводит на нет особенности отдельных отношений и их групп, а следует исторической тенденции, создает стройную систему, представляющую собой единство целого, общего и дифференциацию отдельного, частного. Четкое выражение находят в нем и особенности предпринимательского договора (торговой сделки) в рамках общегражданского договора. Эти особенности обозначены как в Общей, так и в Особенной частях ГК РФ и других гражданско-правовых нормативных актах.

Объективной предпосылкой предпринимательского договора служат опосредуемые гражданским правом отношения по осуществлению предпринимательской деятельности с теми ее чертами, которые предопределяют юридические особенности предпринимательского договора.

Статья 2 ГК РФ, посвященная предмету гражданского права, в п. 1 указывает на то, что гражданское право регулирует отношения собственности в статике (по принадлежности имущества лицом) и динамике (по товарно-денежному обороту через договорные и иные обязательства), отношения по поводу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

ГК РФ вносит полную ясность в вопрос о том, нормами какой отрасли права регулируется предпринимательская, в том числе торговая, деятельность. В абз. 3 ст. 2 ГК РФ содержится правило о том, что гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Приведенное, весьма содержательное, положение, как видим, аккумулирует в себе огромный опыт и тенденции регулирования предпринимательства вообще и важнейшей его составной части - торговли товарами, услугами, результатами работ в частности.

Прежде всего отметим, что предпринимательские отношения определенно признаются Гражданским кодексом предметом гражданского права. Коммерческое (торговое) право как частное право входит в состав гражданского права. Это и теоретически, и практически оправданно, поскольку предпринимательская деятельность базируется на вещных правах, прежде всего на праве собственности, и сама по своей сути представляет собой владение, пользование и

распоряжение принадлежащим предпринимателю имуществом с целью извлечения прибыли через участие в гражданском обороте.

Если отношения собственности и товарно-денежного оборота в предпринимательской деятельности регулируются гражданским правом, то из этого следует, что предпринимательский договор имеет гражданско-правовую природу, является гражданско-правовым договором.

Второе, что следует отметить, гражданское право регулирует не все отношения, в которых участвуют лица в процессе осуществления предпринимательской деятельности. Последняя регулируется нормами трудового, административного, финансово-налогового, природоохранного, уголовного права. Гражданское право охватывает предпринимательскую деятельность постольку, поскольку она представляет собой отношения собственности, товарно-денежного оборота, создания и использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации субъектов и объектов предпринимательских отношений. В целом же предпринимательская деятельность является объектом комплексного регулирования. Это обстоятельство должно учитываться при определении сферы применения предпринимательского договора.

Далее, обращает на себя особое внимание то, что ст. 2 ГК содержит четкие признаки предпринимательской деятельности, которые служат критерием отграничения предпринимательских отношений от иных отношений, в том числе и регулируемых гражданским правом. Разумеется, эти признаки могут быть использованы и для выявления правовых особенностей предпринимательского договора.

Определяя предпринимательскую деятельность, ст. 2 ГК использует совокупность признаков, в том числе и те, которые в прошлом были выработаны для характеристики торговой деятельности, опосредуемой торговыми сделками. Первый из них - направленность предпринимательской деятельности на получение прибыли. Второй - систематичность извлечения прибыли, т.е. занятие предпринимательской деятельностью не в разовом порядке, а в качестве промысла, на профессиональной основе. Третий - самостоятельность этой деятельности, ведение собственного дела на свой риск. Четвертый - осуществление предпринимательской деятельности лицом, зарегистрированным в установленном законом порядке. Последний признак не является имманентно присущим предпринимательской деятельности. Скорее он представляет собой правовое оформление предпринимательской деятельности как деятельности публичной, обращенной к любому и каждому лицу, который может воспользоваться за плату благом, предоставляемым предпринимателем. Поскольку предпринимательская деятельность в зависимости от ее масштабов характеризуется той ли иной степенью публичности, т.е. обращена к неопределенному кругу лиц, то, во-первых, должна учитываться и эта ее весьма важная черта; во-вторых, в интересах публики становится необходимым вмешательство государства, а именно регистрация лиц, занимающихся публичной деятельностью в целях извлечения прибыли в процессе предоставления благ неопределенному кругу потребителей.

Для характеристики предпринимательской деятельности следует также учитывать, что она протекает в условиях весьма жесткой конкуренции, которая, с одной стороны, оказывает положительное влияние, снижая цены и повышая качество предоставляемых благ и обусловливая инициативу, добросовестность предпринимателя, но, с другой стороны, порождает и негативные явления в виде недобросовестной рекламы, обмана покупателей, ложной распродажи, увеличения посредников, повышающих цены, использования чужих фирменных наименований и производственных торговых марок и т.п.

Предпринимательский договор и возникающие из него обязательства, опосредствующие предпринимательскую деятельность, не могут не отражать ее особенностей и не обладать определенной спецификой, оставаясь по своей природе гражданско-правовыми договорами.

Прежде всего предпринимательский договор (и обязательство) отличается особым субъектным составом. По крайней мере одной из сторон здесь выступает субъект, имеющий статус предпринимателя. Это могут быть коммерческие организации (хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные предприятия) либо гражданин, занимающийся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, оформившие свой статус соответствующей государственной регистрацией. Таким образом, исходной предпосылкой возникновения конкретного предпринимательского договора служит не только общая гражданская правоспособность, но и особый статус предпринимателя, который подтверждается публично-правовым актом - государственной регистрацией лица, имеющего этот статус. Государственная регистрация является одним из средств обеспечения интересов возможных контрагентов предпринимателя. То, что статус предпринимателя существенно влияет на характер предпринимательского договора и возникающего из него обязательства, отчетливо явствует из положений ст. 23 ГК, указывающей на то, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью лишь с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. При этом к его предпринимательской деятельности применяются правила, которые регулируют деятельность

коммерческих организаций, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения. Гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без государственной регистрации, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. В интересах потребителя суд может применить к таким сделкам правила об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Следует при этом прийти к выводу, что предпринимательским является как договор, в котором обе стороны являются предпринимателями, так и договор, в котором лишь одна сторона представлена предпринимателем. Объясняется это тем, что правовые особенности предпринимательского договора предопределяются особенностями предпринимательской деятельности, а она имеет место и в том случае, когда предпринимателем в договоре является лишь одна из сторон. Важно другое - чтобы лицо, обладающее статусом предпринимателя, выступало в этом качестве не только по статусу, но и по существу правоотношения. Иначе говоря, требуется, чтобы договор опосредовал предпринимательскую деятельность сторон, был направлен на реализацию ее результатов или на создание предпосылок для осуществления предпринимательской деятельности. Поэтому ст. 2 ГК относит к предпринимательским как отношения между предпринимателями, так и отношения с участием предпринимателей.

Вторая особенность предпринимательского договора состоит в том, что он характеризуется, с одной стороны, наибольшей степенью свободы сторон в заключении договора и в формировании его условий, а с другой - особыми условиями, формирующими повышенные требования к стороне, занимающейся предпринимательской деятельностью.

Свобода сторон в наибольшей степени реализуется в двустороннем предпринимательском договоре. Здесь в полной мере действуют основные положения о свободе договора, предусмотренные ст. 421 ГК. Практически именно в двусторонних предпринимательских договорах реализуются предусмотренные этой статьей возможности заключения договоров, не предусмотренных законом, смешанных договоров, содержащих элементы различных договоров. Именно в этих договорах условия определяются по усмотрению сторон, и они менее всего подвержены воздействию императивных норм, ограничивающих свободу договора.

Имеется немало конкретных норм, расширяющих для предпринимателей рамки договорной свободы. Так, ст. 310 ГК запрещает односторонний отказ от исполнения обязательства, за исключением случаев, предусмотренных законом. Однако эта же статья делает исключение для двустороннего предпринимательского договора, наделяя его стороны правом устанавливать основания одностороннего отказа от исполнения обязательства их соглашением, если иное не вытекает из договора или существа обязательства.

Присущая предпринимательским договорам свобода имеет своим основанием такие свойства предпринимательской деятельности, как ее самостоятельность, инициативность, осуществление на свой риск.

С другой стороны, такие свойства предпринимательской деятельности, как ее публичность, систематичность, профессиональный характер, направленность на извлечение прибыли, делают необходимым особое регулирование, направленное на установление повышенных требований к предпринимательской стороне. Это особенно характерно для односторонних предпринимательских договоров в целях защиты интересов другой стороны - потребителя.

Повышенные требования могут вводиться либо самим предпринимательским сообществом посредством деловых обыкновений, обычаев, кодексов деловой этики, либо посредством императивных правовых норм, устанавливающих запреты, обязывающие предписания, ограничения. Обычаями или нормативно-правовыми положениями могут устанавливаться либо общие предписания, требующие от к предпринимателей повышенной осмотрительности, заботливости, добросовестности по отношению к контрагенту, либо конкретные юридические правила реализации повышенных требований.

Сами повышенные требования могут состоять или в установлении дополнительных обязанностей, например об информировании потребителя о свойствах товара, условиях договора, или в установлении повышенной ответственности за нарушение договора, или в недопустимости ее снижения для предпринимательской стороны.

Наиболее определенным образом императивное регулирование, обеспечивающее защиту прав потребителей в предпринимательских договорах, представлено в правилах публичного договора и договора присоединения, которые относятся к числу предпринимательских договоров.

Статья 426 ГК относит к публичному договор, заключенный коммерческой организацией по продаже ею 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.).

Эта же статья вводит ряд запретов и обязательных предписаний в интересах потребителя, существенно ограничивающих договорную свободу для предпринимателя. Коммерческая

организация по общему правилу не вправе оказывать предпочтение одному лицу в отношении другого в заключении публичного договора. Цены товаров, работ и услуг и иные условия публичного договора должны быть одинаковыми для потребителей. Отказ от заключения публичного договора коммерсантом при наличии возможности его выполнения запрещается. Что особенно важно, предусмотрена возможность в случаях, предусмотренных законом, издания Правительством Российской Федерации правил, обязательных для стороны при заключении к исполнению договоров (типовые договоры, положения и т.д.). Условия, не соответствующие обязательным предписаниям, признаются ничтожными.

Договором присоединения ст. 428 ГК признает договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

В современных условиях такой договор относится к числу предпринимательских и публичных. Пункт 2 ст. 428 наделяет присоединившуюся сторону правом требовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону, 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 не приняла бы при возможности участвовать в определении условий договора.

Однако п. 3 этой же статьи не распространяет эти правила на присоединившуюся сторону, если она также занимается предпринимательской деятельностью.

Статья 400 ГК РФ в п. 1 предусматривает общую возможность ограничения ответственности в виде полного возмещения убытков, т.е. введение ограниченной ответственности по отдельным видам обязательств или по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности. Вместе с тем п. 2 этой же статьи запрещает соглашение об ограничении ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором выступает в качестве потребителя гражданин, если размер ответственности для данного обязательства или за данное нарушение установлен законом и если соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность. Такое соглашение считается ничтожным.

Особенно важным является правило п. 3 ст. 401 ГК, которое устанавливает, что, если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. независимо от его вины в нарушении своей обязанности. Это положение установлено в порядке изъятия из общего правила п. 1 этой же статьи о вине как условии ответственности по общегражданским обязательствам. Несомненно, что это правило, имеющее огромное значение для обеспечения прав и интересов стороны-потребителя в предпринимательских договорах, связано с природой предпринимательской деятельности, направленной на получение прибыли и поэтому осуществляемой на свой риск.

Следующая особенность предпринимательского договора ввиду опосредования им по общему правилу публичной деятельности состоит, с одной стороны, в использовании простых форм его заключения, а с другой - в формулировании четких и строгих условий, устанавливаемых правилами публичных договоров и договоров присоединения.

Перечисленные особенности предпринимательского договора позволяют выделить его в особый тип гражданско-правового договора, подчиняющегося определенным общим правилам независимо от того, какой вид договора заключает предприниматель - договор купли-продажи, аренды, подряда, оказания услуг и т.п., т.е. любой общегражданский договор или договор, предназначенный для опосредования исключительно предпринимательской деятельности, заключаемый между предпринимателями, например договор продажи и аренды действующего предприятия, финансовой аренды, коммерческой концессии.

Предпринимательские договоры по степени соотношения свободы и повышенной ответственности делятся на три группы. Первая - договоры между предпринимателями. Вторая - между предпринимателями и потребителями, не являющимися предпринимателями. Третья - между предпринимателями и публичными образованиями (Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципалитетами).

В наибольшей степени свобода договора реализуется в двусторонних предпринимательских договорах. Ответственность предпринимателей друг перед другом строится на началах правового равенства.

Другой правовой режим характерен для односторонних предпринимательских договоров, в которых предпринимателю противостоит потребитель, не являющийся предпринимателем. В целях защиты интересов экономически более слабой стороны - потребителя - гражданина как раз и используются ограничивающие свободу договора императивные предписания в виде запретов или обязываний, обеспечивающих повышенную заботливость предпринимателя или исключающих

снижение его ответственности перед потребителем. В частности, это относится к публичным договорам и договорам присоединения как предпринимательско-потребительским договорам.

Третья группа, которая может быть названа группой предпринимательско-публичных договоров, также характеризуется некоторым ограничением свободы договора императивными нормами, регулирующими конкурсный порядок осуществления государственных закупок и заказов, обеспечивающих, с одной стороны, равные возможности для участия предпринимателей в конкурсах, а с другой - наиболее экономное и рациональное использование средств, предназначенных для общественных нужд.

Существующая практика заключения и исполнения предпринимательских договоров всех видов свидетельствует о необходимости совершенствования правового регулирования предпринимательских договоров с учетом отмеченных тенденций. В частности, свобода договора нуждается в более интенсивном обеспечении антимонопольными мерами.

С другой стороны, антимонопольное законодательство нуждается в совершенствовании и в аспекте усиления защиты прав потребителей и малого и среднего предпринимательства от монопольного засилия и злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Нужны также дополнительные меры по защите прав потребителей при заключении договоров присоединения вследствие весьма распространенного использования формуляров с обеспечением односторонних преимуществ прав стороны, занимающейся коммерческой деятельностью.

§ 2. Применение принципа свободы договора в предпринимательской деятельности

1. Содержание принципа свободы договора. Любая предпринимательская деятельность связана с использованием договора. Гражданский кодекс РФ называет два основных принципа договорных отношений в условиях рынка: принцип свободы договора (ст. 421) и принцип его обязательности (исполнимости) для сторон (ст. 425). В силу принципа свободы договора стороны свободны вступать в договор и определять его условия. После вступления в силу договора он становится обязательным для сторон. Договор может быть изменен и расторгнут соглашением сторон, кроме случаев, предусмотренных законом, допускающим односторонний отказ от исполнения договора или одностороннее изменение его условий. Односторонний отказ от исполнения договора или одностороннее изменение условий договора, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается также, если это предусмотрено договором (ст. 310 ГК РФ).

Основные принципы договорного права имеют огромное значение для рыночных отношений. Они открывают широкие возможности для предпринимательской деятельности.

Автономия воли и свобода договора проявляются в различных аспектах: во-первых, это право самостоятельно решать, вступать или нет в договор, и, как правило, отсутствие возможности понудить контрагента к заключению договора в судебном порядке; во-вторых, предоставление сторонам договора широкого усмотрения при определении его условий; в-третьих, право свободного выбора контрагента договора; в-четвертых, право заключать как предусмотренные ГК РФ, так и не поименованные в нем договоры; в-пятых, право выбора вида договора; в-шестых, право заключения смешанного договора.

Свобода договора означает также право сторон договора выбрать его форму и способ заключения (ст. 434 ГК РФ); возможность сторон в любое время своим соглашением изменить или расторгнуть договор (ст. 450 ГК РФ); право выбрать способ обеспечения исполнения договора (гл. 23 ГК РФ) и др.

Вместе с тем, закрепляя свободу договора, Гражданский кодекс допускает ее ограничение. При этом в силу ст. 1 ГК РФ свобода договора может быть ограничена только на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Свобода заключения договора ограничена как нормами ГК РФ, так и других законов, прежде всего Федеральными законами от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" <1> и от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ (в ред. от 8 ноября 2007 г.) "О естественных монополиях" <2>. Следует отметить тенденцию роста количества норм, ограничивающих свободу договора, что связано с необходимостью защиты прав и интересов экономически более слабых или экономически зависимых сторон договора, а также публичных интересов. Особенно это важно в тех сферах экономики, которые отнесены к естественным монополиям или в которых возможно нарушение пределов осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими на рынке доминирующее положение, т.е. в сферах, в которых отсутствуют экономическое равенство сторон и конкуренция.

<1> СЗ РФ. 2006. N 31. Ст. 3434.
<2> СЗ РФ. 1995. N 34. Ст. 3426; 2007. N 46. Ст. 5557.

Ограничены права сторон при определении условий договора также императивными нормами ГК РФ или других законов.

В нормах ГК РФ, в которых находит ограничение принцип свободы договора, отражаются общие тенденции, свойственные договорному праву Европы второй половины XX в. и начала XXI в. Эти тенденции проявляются в ограничении автономии воли, стремлении защитить слабую сторону по отношению к стороне, имеющей экономическое превосходство, обеспечить определенный баланс интересов договаривающихся сторон.

В качестве закона, содержащего большое количество норм, ограничивающих свободу договора, кроме конкурентных законов следует назвать Федеральный закон от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" (в ред. от 4 ноября 2007 г.) <1>.

<1> СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1177; СЗ РФ. 2007. N 15. Ст. 5427.

2. Обязанность заключить договор. Нормой ГК РФ, ограничивающей свободу договора при его заключении, прежде всего является ст. 426, устанавливающая обязанность соответствующей коммерческой организации заключить публичный договор. В ГК РФ включены и иные нормы, ограничивающие право на отказ от заключения договора. Так, ГК РФ устанавливает преимущественное право: участников общей собственности на покупку доли в праве общей собственности (ст. 250 ГК РФ); участников общества с ограниченной ответственностью на покупку доли при продаже (уступке) одним из участников общества своей доли в уставном капитале (ст. 93 ГК РФ); акционеров закрытого акционерного общества на приобретение акций, продаваемых другими акционерами этого общества (ст. 97 ГК РФ).

Преимущественное право арендатора заключить договор аренды на новый срок предусмотрено ст. 621 ГК РФ, преимущественное право нанимателя заключить договор найма жилого помещения на новый срок - ст. 684 ГК РФ, а аналогичное право заключения договора коммерческой концессии - ст. 1035 ГК РФ.

Во всех этих случаях обладатель преимущественного права в соответствии со ст. 446 ГК РФ пользуется судебной защитой, если контрагент отказывается от заключения договора.

Различные ограничения принципа свободы договора предусмотрены законами "О естественных монополиях" и "О защите конкуренции".

Статья 8 Закона "О естественных монополиях" предусматривает обязанность субъекта естественной монополии заключить договор с потребителями.

Закон "О защите конкуренции" запрещает организациям (поставщикам, подрядчикам и др.), занимающим доминирующее положение на товарных рынках, отказываться от заключения договоров с потребителями (покупателями, заказчиками) при наличии экономических и технологических возможностей производства или поставки соответствующего товара (ст. 10).

Обязанность заключить договор на организации, занимающие доминирующее положение, возлагают законы, обеспечивающие государственные и муниципальные нужды.

Обязанность заключить договор возникает также при применении норм Закона "О естественных монополиях", обязывающих субъекты естественных монополий предоставлять доступ соответствующим организациям на товарные рынки (к нефтепроводам, газопроводам, к электропередающим сетям и т.д.), исходя из их технических возможностей. Недискриминационный доступ гарантируется и в ряде других нормативных актов. Наличие обязанности недискриминационного доступа в случае отказа заключить договор на передачу газа, электроэнергии, тепла дает право обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор на оказание услуг по транспортировке газа и по передаче по сетям электроэнергии.

Кроме того, исключение из принципа свободы договора предусмотрено п. 1 ст. 421 ГК РФ и для случаев, когда обязанность заключить договор принята добровольно сторонами будущего договора. Такая обязанность возникает из предварительного договора. Согласно п. 5 ст. 429 ГК РФ в случаях уклонения одной из сторон, заключившей предварительный договор, от заключения основного договора вторая сторона вправе в судебном порядке требовать понуждения первой к заключению такого договора.

3. Одним из основных проявлений принципа свободы договора является свобода определения его условий, т.е. предоставление сторонам возможности своим соглашением устанавливать условия договора. Однако свобода в определении содержания договора также терпит ряд ограничений. Прежде всего она ограничена императивными нормами законов или иных правовых актов. При отступлении условий договора от императивных норм наступают последствия, предусмотренные ст. 168 ГК РФ, т.е. соответствующее условие либо договор в целом признаются недействительными.

Иное значение для договора имеют диспозитивные нормы. Эти нормы, не ограничивая усмотрение сторон в определении условий договора, восполняют отсутствующее соглашение. Диспозитивная норма применяется, если иное, чем в этой норме, правило поведения не определено сторонами в договоре. Стороны вправе также своим соглашением исключить применение диспозитивной нормы.

Статья 10 Закона "О защите конкуренции" запрещает организациям, занимающим доминирующее положение, в том числе субъектам естественных монополий, включать в договор условия, не относящиеся к предмету договора, а также навязывать условия, ущемляющие права и интересы другой стороны и невыгодные для нее, определять монопольно высокие (низкие) цены, включать в договор дискриминационные условия, которые ставят организацию, заключающую договор, в неравное положение с другими организациями. Включение (навязывание) таких условий рассматривается как запрещенная монополистическая деятельность и злоупотребление правом, влекущие не только судебную защиту прав контрагента, но и административную ответственность.

Таким образом, свобода договора не означает, что предприниматели при заключении договора могут действовать и осуществлять права по своему усмотрению без учета прав других лиц (своих контрагентов). Пределы этой свободы установлены ст. 10 ГК РФ, иными статьями ГК РФ и других законов.

Принцип свободы договора предполагает, что стороны договора действуют по отношению друг к другу на началах равенства и автономии воли. Хотя они и определяют самостоятельно условия договора в своих интересах, однако должны при этом учитывать установленные ГК РФ и другими законами ограничения.

С принципом свободы договора связано введение в ГК РФ таких видов договоров, как публичный договор и договор присоединения. При заключении договора, признанного публичным, наиболее ограничены права поставщика, подрядчика, перевозчика, иного лица, оказывающего различные услуги, поскольку существует обязанность заключить договор и ограничены права по определению его условий.

Иначе действует принцип свободы договора при использовании договора присоединения, поскольку формулирует условия договора присоединения только одна сторона, а вторая сторона лишь свободна в решении вопроса, заключать или не заключать договор.

4. Понятие и содержание публичного договора. В соответствии со ст. 426 ГК РФ два основных признака позволяют отнести заключаемый договор к публичному. Первый касается правового статуса организации, обязанной заключить договор. Ею может быть только коммерческая организация, особенности которой определены в ст. 50 ГК РФ. Второй признак касается характера деятельности, осуществляемой коммерческой организацией. Эта деятельность должна быть связана с выполнением обязанности по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг в отношении каждого, т.е. деятельность должна быть открытой, гласной и, как правило, социально значимой. Именно этот признак дал название договору, хотя по своему содержанию он является гражданско-правовым, регулируемым частным гражданским правом.

В п. 1 ст. 426 ГК РФ дан открытый перечень деятельности, при осуществлении которой применяется договор, названный в ГК РФ публичным. Такой характер ряда договоров прямо обозначен в части второй ГК РФ. К публичным отнесены: договор розничной купли-продажи (ст. 492); договор проката (ст. 626); договор бытового подряда (ст. 730); договор перевозки транспортом общего пользования (ст. 789); договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин (ст. 834); договор складского хранения, заключаемый товарным складом общего пользования (ст. 908); договор хранения в ломбарде вещей, принадлежащих гражданину (ст. 919); договор хранения вещей в камерах хранения транспортных организаций (ст. 923); договор личного страхования (ст. 927).

В ряде законов отдельные договоры также названы публичными. Так, в Федеральном законе от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" (в ред. от 4 ноября 2007 г.) названы публичными договор оказания услуг по передаче электрической энергии, заключаемый сетевой организацией, и договор энергоснабжения, заключаемый гарантирующим поставщиком.

Согласно сложившейся судебной практике важное значение имеют не только критерии, определяющие понятие публичного договора, но и формальный момент - признание нормативными актами договора публичным.

В соответствии со ст. 548 ГК РФ к публичным следует отнести не только договоры энергоснабжения, но и иные договоры снабжения через присоединенную сеть - снабжения тепловой энергией, водой (ст. ст. 539 и 548 ГК РФ) и т.п.

Заключение публичного договора подчиняется специальным правилам, установленным ст. 426 ГК РФ.

Во-первых, коммерческая организация не вправе отказаться от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю товары, услуги, выполнить работу. Пленумы ВС РФ и ВАС РФ, ориентируя суды, указали, что в случае предъявления иска о понуждении заключить публичный договор бремя доказывания отсутствия возможности передать

потребителю товары, выполнить соответствующие работы, предоставить услуги возложено на коммерческую организацию <1>.

<1> См.: п. 55 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8.

Во-вторых, цена товаров (работ, услуг) в публичном договоре должна быть одинаковой для всех потребителей, т.е. запрещена ценовая дискриминация. В исключение из этого правила законом, иными правовыми актами для отдельных потребителей могут устанавливаться льготы. Например, Указом Президента РФ от 5 мая 1992 г. N 431 "О мерах по социальной поддержке многодетных семей" многодетным семьям предоставляются скидки в оплате коммунальных услуг не ниже 30% <1>.

<1> Ведомости РФ. 1992. N 19. Ст. 1044.

Названные публичными договоры обычно предназначены для заключения договора со многими контрагентами. Используются при этом повторяющиеся условия, поэтому они содержат стандартные условия, разработанные одной стороной, предложившей проект договора. Однако контрагент не лишен возможности предложить иные условия, отличающиеся от стандартных, составить протокол разногласий. Использование в публичном договоре стандартных условий не обязывает контрагента безоговорочно согласиться со всеми предложенными оферентом стандартными условиями. Этим публичный договор отличается от договора присоединения.

В п. 2 ст. 426 ГК РФ включено правило, требующее одинакового определения не только условия о цене, но и установления одинаковых иных условий договора. Это требование следует понимать как запрет устанавливать в договорах дискриминационные условия, т.е. условия, которые ставят одного или нескольких потребителей в неравное положение по отношению к другим потребителям. Публичный договор является гражданско-правовым договором, в котором сторонами могут устанавливаться (согласовываться) разные условия в зависимости от конкретных обстоятельств, если в ГК РФ и иные законы включены диспозитивные нормы. Следовательно, должна быть запрещена только дискриминация. Стороны могут предусмотреть разные сроки платежа, разный порядок исполнения обязательств и др.

Таким образом, в отличие от договора присоединения при заключении публичного договора возможны разногласия сторон по стандартным условиям и передача неурегулированных разногласий на рассмотрение суда.

На такой позиции стоит и судебная практика. В Постановлении по одному из дел Президиум ВАС РФ указал, что вывод о том, что договор на оказание услуг связи, условия которого определены в стандартной форме, может быть заключен не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом, не соответствует действующему законодательству, поскольку этот договор является публичным и на него распространяется предусмотренный ст. 445 ГК РФ порядок заключения договора <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2001. N 9. С. 39.

В-третьих, коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в заключении публичного договора. Изъятия могут быть предусмотрены законом, иным правовым актом для отдельных категорий потребителей. Например, Федеральным законом от 12 января 1995 г. N 5-ФЗ "О ветеранах" <1> инвалидам Великой Отечественной войны предоставлено внеочередное право на установку телефонного аппарата.

<1> СЗ РФ. 1995. N 3. Ст. 168; 2000. N 2. Ст. 161.

В-четвертых, установлен в ГК РФ порядок заключения публичного договора, так как он заключается в порядке и в сроки, предусмотренные ст. 445 ГК РФ, если законом или соглашением сторон не определены иные порядок и сроки его заключения.

При необоснованном отказе или уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора потребитель вправе предъявить в суд иск о понуждении коммерческой организации заключить договор. Потребитель также вправе передать на рассмотрение суда разногласия по отдельным условиям публичного договора независимо от согласия на это коммерческой организации <1>. Судебная практика исходит из того, что с иском о понуждении заключить публичный договор вправе обратиться только контрагент коммерческой организации. Такое право самой организации по отношению к контрагенту не предоставлено <2>.

<1> См.: ст. ст. 445, 446 ГК и п. 55 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8.

<2> См.: п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. N 14 "Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров".

Пункт 4 ст. 426 ГК РФ предоставляет Правительству РФ право издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров. Правила могут быть изданы в форме типовых договоров, положений.

Условия публичного договора должны соответствовать утвержденным Правительством РФ типовым договорам (положениям) или иным правилам, обязательным для сторон публичного договора. Несоответствие условий заключенного публичного договора обязательным правилам влечет их ничтожность.

5. Договор присоединения. Признаком, позволяющим выделить договор присоединения, служит порядок заключения и разработки его условий (ст. 428 ГК РФ). Название договора отражает его сущность, которая состоит в том, что к предложенному одной стороной договору со стандартными условиями вторая сторона присоединяется в целом, не влияя на его содержание (условия). В отличие от публичного договора контрагент по договору присоединения не вправе оспаривать его условия и влиять на их содержание. Однако в этом случае не нарушается принцип свободы договора, так как на усмотрение присоединяющейся стороны остается принятие решения, присоединяться ли к договору или нет. Из этого вытекает, что одним из условий использования договора присоединения у присоединяющейся стороны, как правило, должна быть возможность выбора контрагента из числа тех, кто предлагает договор присоединения. Отсюда следует, что в сферах экономики, в которых отсутствует конкуренция, договор присоединения не должен применяться.

Признаки договора присоединения сводятся к следующему:

1) договор разрабатывает одна сторона, используя формуляр, бланк или иную стандартную форму; другая сторона в определении условий договора не участвует;

2) формуляр или иная стандартная форма договора разрабатывается самой стороной, предлагающей (использующей) договор присоединения. Такой формуляр, иная стандартная форма в отличие от типового или примерного договора не подлежат утверждению и не требуют опубликования в печати;

3) оферентом выступает сторона, разработавшая договор присоединения;

4) акцептом договора присоединения признается согласие заключить такой договор, выраженное путем подписи на формуляре (стандартной форме) либо совершения конклюдентных действий;

5) договор присоединения принимается целиком, т.е. к нему не может быть составлен протокол разногласий (представлены возражения в другой форме). При разногласиях хотя бы по одному из условий договора присоединения он признается незаключенным;

6) договор присоединения может использоваться, если законом не предусмотрена обязанность заключить договор;

7) условия договора присоединения должны соответствовать ГК РФ, другим законам или иным правовым актам, отражать права, обычно предоставляемые по договорам такого вида.

Статья 428 ГК РФ ограничивает право присоединившейся к договору стороне предъявить требование о расторжении или изменении договора и предусматривает основания предъявления таких требований. При этом основания определены различно в зависимости от того, кто является присоединившейся стороной. Пункт 3 ст. 428 ГК РФ значительно ограничивает лишь права стороны, заключившей договор в связи с осуществлением предпринимательской деятельности. Под такой стороной следует понимать коммерческую организацию или индивидуального предпринимателя, использующего приобретенный товар (услуги) для потребления или переработки в процессе предпринимательской деятельности либо для перепродажи.

Сторона, присоединившаяся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, должна быть осмотрительна, так как ей предоставлено право требовать расторжения или изменения договора присоединения лишь в случаях, когда она докажет, что не знала или не должна была знать, на каких условиях заключается договор.

Граждане, а также юридические лица, присоединившиеся к договору не в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, вправе требовать расторжения или изменения договора, к которому они присоединились, в случаях, когда этот договор лишает их прав, обычно предоставляемых по договору такого вида, ограничивает ответственность стороны, предложившей формуляр, либо в договор включены обременительные для стороны условия.

Статья 428 ГК РФ дополнительно к ст. 450 ГК РФ определяет основания для расторжения договора или изменения его условий исходя из особенностей конкретного договора, поскольку присоединившаяся сторона не могла участвовать в определении его условий. Присоединившаяся сторона не лишена права требовать изменения или расторжения договора также по основаниям, предусмотренным ст. ст. 450, 523, 546 ГК РФ и др.

Во всяком случае любая присоединившаяся к договору сторона вправе в процессе исполнения договора требовать признания отдельных его условий или договора в целом недействительными лишь в случае, когда его условия противоречат закону или иным правовым актам.

Особые правила установлены в отношении условий договора присоединения об ответственности. Согласно п. 2 ст. 400 ГК РФ в договоре присоединения не допускается ограничение ответственности должника. Условия такого договора об ответственности ничтожны, если ими установлена ответственность ниже того размера, который для данного вида обязательств определен законом.

Правила, устанавливающие основания для предъявления требования о расторжении или изменении договора присоединения, направлены на защиту прежде всего прав граждан, заключающих договор присоединения.

Из п. п. 2 и 3 ст. 428 ГК РФ вытекает, что правила о договоре присоединения могут быть использованы при заключении различных договоров и ГК РФ не содержит норм, трактующих тот или иной вид договора как договор присоединения. Не может быть установлено также другим законом или иными правовыми актами, что договор определенного вида заключается только в порядке, установленном для договора присоединения. Решение принимает сама сторона, разработавшая договор присоединения, при наличии условий, позволяющих его использовать.

Договор присоединения чаще всего применяется во взаимоотношениях коммерческой организации с гражданином, когда стандартные условия договора повторяются многократно. Например, предоставление услуг по туристическому обслуживанию (ст. 779 ГК РФ).

В случае спора сторон вопрос о возможности применения к конкретному договору правил о договоре присоединения решает суд.

Иной подход необходим к договору энергоснабжения и иным договорам снабжения через присоединенную сеть, заключаемым с юридическими лицами, вступающими в договор в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности. Для таких отношений не подходят условия договора присоединения, исключающие возможность разногласий.

Энергоснабжающая (тепло-, водоснабжающая) организация является либо субъектом естественной монополии, либо занимает доминирующее положение на товарном рынке. При снабжении электроэнергией (теплом, газом, водой) через присоединенную сеть (трубы) отсутствует конкуренция, контрагент лишен возможности либо выбрать для себя сторону договора, либо отказаться от присоединения к предложенному договору со стандартными условиями. В связи с этим использование энерго-, газо-, тепло-, водоснабжающей организацией, обладающей экономическим превосходством, формуляра или иной стандартной формы договора присоединения будет означать навязывание покупателю, приобретающему энергию (газ, тепло, воду) для предпринимательской деятельности, любых условий, независимо от конкретных обстоятельств, и лишать его права влиять на них.

Навязывание такого договора субъектом естественной монополии либо другой организацией, занимающей доминирующее положение, является злоупотреблением правом, влекущим не только гражданско-правовые последствия, но и административную ответственность.

Можно полагать, что субъекты естественной монополии и организации, занимающие доминирующее положение, при отсутствии конкуренции не вправе использовать нормы о договоре присоединения. Сторона, обладающая экономическим превосходством, тем более не вправе ссылаться на правила заключения договора присоединения, если заключается публичный договор. Предпочтение в этом случае отдается нормам о публичном договоре, по стандартным условиям которого возможны возражения (протокол разногласий) и передача неурегулированных разногласий на рассмотрение суда <1>.

<1> Такая практика нашла отражение в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15 мая 2001 г. N 7717/00, принятом при рассмотрении спора по договору оказания услуг связи (Вестник ВАС РФ. 2001. N 9. С. 39).

§ 3. Особенности заключения предпринимательских договоров

Права и обязанности субъектов предпринимательской деятельности определяются не только официально зафиксированными правилами поведения, но и договорами, в которых сочетаются два важнейших гражданско-правовых института: сделки и обязательства. Сделка - это юридический факт, влекущий возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей. Сделка является волевым актом, направленным на достижение определенного правового результата. Сделка - это правомерное действие; тем самым она отличается от деликта и обязательств, возникающих из неосновательного обогащения.

Сделки могут быть односторонними, когда для их совершения достаточно волеизъявления одного лица. К ним традиционно относятся завещание и доверенность. Двусторонние и

многосторонние сделки именуются договорами. Для совершения таких сделок требуется согласованная воля двух и более лиц. Подавляющее большинство договоров являются двусторонними сделками.

От многосторонних сделок следует отличать такое понятие, как "множественность лиц на стороне обязательства" (ст. 321 ГК РФ). В этом случае сделка остается двусторонней, но с участием нескольких кредиторов и (или) нескольких должников. Примером многосторонней сделки является договор простого товарищества (договор о совместной деятельности). Многосторонней сделкой (договором) может быть также соглашение о зачете взаимных долгов, подписанное одновременно несколькими организациями <1>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июня 2000 г. N 7222/99 // Вестник ВАС РФ. 2000. N 10.

Итак, понятие "договор" тождественно понятию "сделка", но последнее является более широким по смыслу. Не следует рассматривать договор как совокупность нескольких разовых сделок. В современной предпринимательской практике действия по исполнению договорных обязательств не считаются отдельными сделками. Например, не являются сделками возврат долга по кредитному договору; перечисление денежных средств по платежному поручению во исполнение договора банковского счета; акт сдачи-приемки работ и справка о стоимости работ по договору строительного подряда <1>.

<1> См.: Постановления ФАС Московского округа от 29 апреля 2004 г. N КГ-А40/2896-04, от 9 июля 2004 г. N КГ-А41/5451-04; Определение Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. N 95-О; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12 января 2006 г. N А74-1779/05-Ф02-6522/05-С2.

1. Документы, оформляющие договорные отношения в предпринимательской деятельности

При заключении и исполнении договоров в предпринимательской деятельности используются документы, различные как по своему названию, так и по своему предназначению. Так, довольно часто наряду с договорами предприниматели заключают соглашения. На первый взгляд договор и соглашение являются абсолютными юридическими синонимами, ведь договор есть соглашение двух или нескольких лиц (ст. 420 ГК РФ). Однако в ГК РФ прослеживается четкая закономерность: в тех случаях, когда в нем содержится большое число норм, регламентирующих взаимоотношения сторон, такие отношения именуются договорами (договор купли-продажи, договор подряда, договор перевозки и т.д.). Если же в ГК РФ нет детального регулирования определенных взаимоотношений сторон, они называются соглашениями; например, разрешается прекращение обязательств зачетом встречных однородных требований, но самой процедуре зачета посвящено всего лишь три статьи (ст. ст. 410 - 412 ГК РФ), поэтому взаимоотношения сторон называются соглашением. То же самое можно сказать по поводу соглашения о переводе долга (ст. ст. 391 и 392 ГК РФ), о новации долга (ст. 414 ГК РФ), об отступном (ст. 409 ГК РФ) и пр. <1>.

<1> В американском праве термины "соглашение" (agreement) и "договор" (contract) также не являются полными синонимами. См. об этом: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2000. С. 149.

Нередко в бизнесе договоры называются на западный манер контрактами. Надо сказать, что термин "контракт" является синонимом договора и чаще всего используется во внешнеторговом обороте. Хотя в ГК РФ "контракт" не упоминается, а договоры с участием иностранных лиц именуются "внешнеэкономическими сделками" (п. 3 ст. 162, п. 2 ст. 1209 ГК РФ), слово "контракт" давно получило общеупотребительное значение. Поэтому нет препятствий к тому, чтобы использовать его в названии документов, даже если их подписывают российские предприниматели.

Пожалуй, единственный случай, когда наше законодательство прямо называет гражданско-правовой договор контрактом, - это размещение государственного или муниципального заказа. Так, согласно ст. ст. 5, 9 Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" <1> (далее - Закон о размещении заказов) договор, заключаемый для удовлетворения государственных или муниципальных нужд, именуется государственным или муниципальным контрактом.

<1> СЗ РФ. 2005. N 30 (ч. 1). Ст. 3105.

Немного сложнее обстоит дело с оформлением протоколов (франц. "protocole" - первый лист). Сам по себе протокол является документом, который фиксирует какие-либо устные договоренности (протокол совещания, протокол заседания, протокол переговоров и т.п.). В процессе оформления договоров используются в основном три вида протоколов. Во-первых, протоколы получили распространение при заключении "рамочных" договоров или генеральных соглашений. Такие протоколы ничем не отличаются от дополнений или дополнительных соглашений, уточняющих условия генерального (основного) договора.

Во-вторых, предприниматели используют протоколы о намерениях для оформления некоторых предварительных договоренностей на стадии переговоров о заключении договора. Но такие протоколы не всегда имеют юридическое значение. Сами по себе они могут связывать стороны, только если по всем признакам соответствуют понятию "предварительный договор" (ст. 429 ГК РФ).

Если стороны подписали предварительный договор, они не могут отказаться от заключения основного договора. Предварительный договор должен быть заключен в простой письменной форме или в форме, предусмотренной для основного договора. Он должен содержать все существенные условия будущего договора, чтобы суд мог обязать стороны к его заключению <1>. Также стороны должны оговорить срок, в течение которого ими будет заключен основной договор; если же такой срок не установлен, то основной договор должен быть заключен в течение одного года. По истечении годичного срока предварительный договор утрачивает силу, если ни одна из сторон не направила требование о заключении основного договора <2>. В связи с отказом одной стороны предварительного договора от заключения основного договора другая сторона может в судебном порядке настаивать на понуждении к заключению договора и требовать возмещения убытков. Иные способы защиты (иск о переводе на себя прав и обязанностей по основному договору, заключенному с третьим лицом, иск о недействительности такого договора и пр.) законодательством не предусмотрены.

_____

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 7 декабря 2004 г. N КГ-А40/10668-04.

<2> См.: Определение ВС РФ от 15 марта 2005 г. N 78-В04-45.

Наконец, в процессе согласования условий будущего договора стороны могут оформлять протоколы разногласий, которые фиксируют предложенные сторонами условия договора, а также сроки соответствующих согласований. В отечественном законодательстве протоколы разногласий упоминаются всего трижды, в частности, они необходимы в случае заключения договора, обязательного для одной из сторон (ст. 445 ГК РФ). Это касается в первую очередь естественных монополистов и хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке. В силу своего рыночного господства они могут затягивать переговорный процесс по заключению договоров с некоторыми потребителями, навязывать им невыгодные условия. Поэтому обмен проектами договора должен сопровождаться протоколами разногласий, если они имеются у сторон. Протокол разногласий является акцептом оферты на иных условиях, поэтому подписание такого протокола не приводит к заключению договора <1>.

_____

<1> См.: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 16 августа 2005 г. N Ф03-А51/05-1/2281.

Помимо этого, протокол разногласий должен оформляться в процессе переговоров по заключению договоров поставки и поставки для государственных нужд (ст. ст. 507 и 528 ГК РФ). Здесь следует уточнить, что протокол разногласий на проект государственного или муниципального контракта может использоваться только в случае размещения заказа "у единственного поставщика" (ст. 55 Закона о размещении заказа). При размещении государственного или муниципального заказа путем проведения аукциона, конкурса или запроса котировок контракт заключается путем включения в проект, предложенный государственным или муниципальным заказчиком, условий, содержащихся в заявке победителя. Использование протокола разногласий означает спор по условиям договора, при заключении договора на торгах это может быть расценено еще и как уклонение победителя от заключения договора (государственного или муниципального контракта).

Таким образом, при заключении договора, который не является обязательным для одной из сторон, а также не является договором поставки или его разновидностью, протокол разногласий составляется лишь по желанию сторон. То же самое можно сказать и о сроке рассмотрения разногласий. По общему правилу он составляет 30 дней. Но поскольку данный срок определен диспозитивной нормой, он может быть как большей, так и меньшей продолжительности. Обычно сторона, которая направляет своему контрагенту проект договора, в сопроводительном письме

указывает, в течение скольких дней она хотела бы получить либо подписанный контрагентом договор, либо не подписанный договор с протоколом разногласий к нему.

Традиционно протоколы разногласий составляются в виде текста на листе бумаги, разделенном пополам. На одной половине излагается редакция условий (пунктов) договора, предложенная одной стороной (оферентом), а на другой - редакция, которую считает приемлемой вторая сторона (акцептант). Зачастую договоры заключаются с пометкой: "подписано с протоколом разногласий"; иными словами, одновременно существуют сразу два документа: и договор, и протокол разногласий к нему. В этой связи возникает немаловажный вопрос о правовой квалификации взаимоотношений контрагентов. Поскольку договором является соглашение двух или нескольких лиц, а в протоколе указываются разногласия, то в судебно-арбитражной практике давно выработан такой подход: подписание договора с протоколом разногласий, которые не относятся к существенным условиям договора, считается заключением договора без этих условий <1>. Наличие протокола разногласий, несомненно, может иметь негативные последствия. К примеру, если разногласия касались условия о неустойке, то впоследствии невозможно требовать ее взыскания, так как соглашение о неустойке сторонами не было достигнуто.

<1> См.: Постановления Президиума ВАС РФ от 26 января 1999 г. N 2509/98, от 23 февраля 1999 г. N 2792/98.

Возможна ситуация, когда стороны неоднократно обмениваются протоколами разногласий, но так и не могут прийти к соглашению, т.е. не могут заключить договор. В этом случае они вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда. Условия договора тогда определяются в соответствии с судебным решением (ст. 446 ГК РФ), при этом суд не обязан соглашаться с редакцией одной из сторон, он вправе предложить свою собственную. В любом случае контрагенты имеют возможность устранить имеющиеся разногласия, выработав согласованную редакцию всех пунктов договора или подписав протокол согласования (урегулирования) разногласий как отдельный документ.

Как отмечал О.С. Иоффе, для всестороннего ознакомления с сущностью договора он должен быть изучен и как юридический факт, и как правоотношение, и как форма, используемая при его заключении <1>. В современной бизнес-практике мы привыкли использовать термин "договор" в нескольких значениях. Во-первых, это согласованная воля субъектов; во-вторых, совокупность условий, определяющих действия сторон; наконец, третье традиционное значение договора - документ, подписанный сторонами. Последняя трактовка договора, пожалуй, наименее приемлема, поскольку нередки случаи, когда подписанного документа у сторон нет, а договорные отношения между ними фактически сложились.

<1> См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. С. 26, 27.

Встречается и обратная ситуация, когда контрагенты имеют подписанный договор, однако в силу несогласования существенных условий он в судебном порядке признается незаключенным и не порождает правовых последствий либо в связи с нарушением норм правовых актов является недействительным. Поэтому договором следует считать фактически существующие между сторонами отношения, которые могут быть оформлены не только отдельным документом под названием "договор", но и несколькими документами (актами приема-передачи товара, товарно-транспортными накладными и т.п.).

2. Согласование договорных условий

В любом договоре можно выделить различные виды условий: существенные, подразумеваемые и вырабатываемые самими сторонами <1>. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Существенные условия договора наиболее важны, так как в большинстве случаев только после их согласования договор может считаться заключенным.

<1> В теории гражданского права принято разграничивать договорные условия на существенные и случайные. См. об этом: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 31.

Подразумеваемые условия автоматически считаются включенными в договор, если они содержатся в императивной норме закона или диспозитивной норме, содержание которой не изменено соглашением сторон. Например, очень часто в договорах содержится условие: "в случае

нарушения договорных обязательств, стороны несут ответственность согласно действующему законодательству". Такая формулировка означает не что иное, как применение универсальной меры гражданско-правовой ответственности в форме возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ) или, если речь о нарушении денежного обязательства, ответственности в форме уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ) <1>.

<1> О применении процентов за пользование чужими денежными средствами см. подробнее: Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. М.: Статут, 2000. С. 50 - 86.

В изъятие из общих правил о том, что существенным является условие о предмете договора, договор залога товаров в обороте не требует указания в нем признаков, индивидуализирующих заложенное имущество. Главное - чтобы при изменении состава и натуральной формы заложенного имущества его общая стоимость не уменьшалась <1>.

– –

<1> См.: ст. 357 ГК РФ, Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2002 г. N 1663/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. N 9.

Для многих договоров характерны трудности в описании их предмета. Допустим, существенным условием договора уступки права требования является описание обязательства, из которого это право возникло. Однако закон не регламентирует, насколько подробно должно быть описано основное обязательство. Во всяком случае цессия (и любое другое обязательство) не может возникнуть только на основании акта сверки взаиморасчетов. Такой акт подтверждает наличие задолженности в отношениях сторон, но не описывает конкретные обязательства, ставшие основанием ее возникновения <1>. Допустимо квалифицировать акт сверки взаиморасчетов как действие, свидетельствующее о признании долга.

– –

<1> См.: Постановления ФАС Уральского округа от 16 января 2006 г. N Ф09-4190/05-С6; ФАС Поволжского округа от 9 февраля 2006 г. N А12-18322/05-С44.

В ряде случаев в договоре необходимо не просто указать существенное условие, но и сформулировать его определенным образом. Поясним это на примере условия о сроках выполнения работ в договорах подрядного типа. Договорные сроки могут определяться календарной датой, указанием на событие, которое неизбежно должно наступить, или истечением периода времени (ст. 190 ГК РФ). В этой связи недопустимо определять сроки выполнения работ как событие, связанное с волеизъявлением стороны договора: например, "оплата заказчиком суммы аванса" или "предоставление заказчиком строительной площадки" и т.п. <1>.

– –

<1> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 7 апреля 2005 г. N А65-20055/04-СГ2-20.

Вопреки распространенному мнению цена в большинстве договоров не отнесена к существенным условиям. Исключение - продажа товаров в кредит с рассрочкой платежа, продажа недвижимости, строительный подряд и некоторые другие договоры. Отсутствие цены в договоре не освобождает покупателя от обязанности оплатить принятый им товар по цене, обычно взимаемой при сравнимых обстоятельствах за аналогичные товары (п. 3 ст. 424 ГК РФ), поскольку все договоры в предпринимательской деятельности предполагаются возмездными (ст. 423 ГК РФ). Наличие обстоятельств, позволяющих однозначно определить, какой ценой следует руководствоваться, доказывает заинтересованная сторона <1>.

– –

<1> См.: п. 54 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 1996. N 8.

Для того чтобы в момент заключения договора учесть тенденции изменения цен на товары и услуги в связи с инфляцией или изменением курсовой стоимости национальной валюты, используются различные способы. Стороны могут установить цены на уровне, отличающемся от существующих в момент заключения договора, включить "скользящую цену" или "ценовой коэффициент", при которых цена повышается или снижается в определенной пропорции по периодам действия договора или в зависимости от каких-либо обстоятельств. Часто в договор включается условие о его оплате в рублях в размере, эквивалентном определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, что не противоречит законодательству о валютном регулировании <1>. Исключением является договор розничной купли-продажи, поскольку информация о товаре в розничной продаже должна содержать указание на цену в рублях <2>. Также следует отметить, что стоимостные показатели объектов рекламирования

должны указываться в рублях, а в случае необходимости и в иностранной валюте (п. 7.1 ст. 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе").

<1> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. N 70 "О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 2003. N 1.

<2> См.: п. 2 ст. 10 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. N 2300-1 "О защите прав потребителей".

Надо сказать, что государственные органы отрицательно относятся к использованию иностранной валюты и условных денежных единиц в унифицированных формах первичной учетной документации (КС-2, КС-3) <1>. Однако такие ограничения представляются неправомерными, поскольку первичная учетная документация должна следовать содержанию договорных условий. Если, допустим, существует договорная цена в долларах США, то она конвертируется в рубли не в момент составления первичного учетного документа, а только в момент оплаты.

<1> См. подробнее: письмо Минфина России от 12 января 2007 г. N 03-03-04/1/866, письмо Росстата от 31 мая 2005 г. N 01-02-9/381.

Сам договор может предусматривать основания и порядок изменения цены в процессе исполнения договора. Такой подход часто используется в договорах подрядного типа, когда определяется ориентировочная стоимость работ с последующей корректировкой в соответствии с какими-либо коэффициентами (рост инфляции, повышение цен на энергоресурсы и стройматериалы и пр.). Иными словами, в этих случаях используется не твердая (паушальная) цена, а формула расчета договорной цены.

Если в договоре такой оговорки нет, суды отказывают в удовлетворении требований об изменении цены. Изменение цены в связи с инфляцией не может быть основанием и для возникновения убытков, так как оно происходит независимо от воли сторон и законодательством не предусмотрено возмещение убытков в подобных случаях. По общему правилу цена устанавливается соглашением сторон; ценовое (тарифное) регулирование применяется в сферах естественных монополий (передача электроэнергии, железнодорожные перевозки и др.), налоговые органы вправе проверять правильность определения цены применительно к сделкам взаимозависимых лиц (ст. ст. 20 и 40 НК РФ).

Хотя российское законодательство не регулирует ценообразование в предпринимательских отношениях, заключение договора по явно заниженной цене может быть признано ничтожной сделкой. Символическая плата или цена, которая значительно меньше среднерыночной, означает, что имущество (работа, услуга) частично оплачивается, а частично предоставляется контрагенту безвозмездно. Дарение в отношениях между коммерческими организациями запрещено (ст. 575 ГК РФ), следовательно, договор с явно заниженной ценой ничтожен <1>.

<1> См.: Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 31 мая 2006 г. N Ф08-2302/2006; ФАС Северо-Западного округа от 21 декабря 2000 г. N А26-3018/00-01-04/137 и пр.

В смешанном договоре должны быть согласованы существенные условия всех элементов входящих в него составных частей: например, в договоре аренды недвижимости с правом выкупа должна быть согласована выкупная цена имущества <1>. При этом под элементами различных договоров следует понимать не отдельные изолированные обязанности, включенные в содержание того или иного договора, а определенную их совокупность, характерную для соответствующего договора <2>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 1 марта 2005 г. N 12102/04 // Вестник ВАС РФ. 2005. N 6.

<2> См.: Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск: Наука и техника, 1967. С. 40.

Стороны вправе заключить договор, прямо не предусмотренный действующим законодательством. Единственное условие, требующееся для признания такого договора действительным, заключается в том, что его содержание не должно противоречить общим принципам и положениям гражданского права <1>. Представляется, что в случае спора перечень существенных условий такого договора будет определяться по усмотрению судьи. Так, договор на оказание охранных услуг был признан судом незаключенным, потому что в нем отсутствовали перечень объектов и график осуществления охраны <2>.

<1> См.: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 100, 101.

<2> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 31 марта 2005 г. N А12-6293/04-С4.

Существенные условия многих предпринимательских договоров определяются большим количеством нормативных актов, помимо ГК РФ. Так, для договоров аренды и концессии участков лесного фонда существенные условия регламентированы Лесным кодексом РФ, существенные условия договора о пользовании водным объектом установлены Водным кодексом РФ, содержание чартерных договоров регулируется нормами Кодекса торгового мореплавания РФ. Следует обратить внимание на то, что существенные условия предпринимательского договора могут быть установлены не только законом, но и подзаконным актом. Характерным примером этого выступают бартерные сделки (Указ Президента РФ от 18 августа 1996 г. N 1209 "О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок") и договоры на транспортировку газа (Положение об обеспечении доступа организаций к местным газораспределительным сетям, утв. Постановлением Правительства РФ от 24 ноября 1998 г. N 1370) <1>.

_ _

<1> См. подробнее: Богданов Е.В. Специфика и социальное значение предпринимательских договоров // Журнал российского права. 2002. N 1. С. 53 - 59.

В связи с анализом существенных условий различных предпринимательских договоров интересно обратиться и к корпоративному законодательству. Так, Федеральный закон "Об акционерных обществах" (ст. 78) устанавливает особые характеристики для некоторых договоров, именуя их "крупными сделками". Крупными являются сделки с имуществом общества, связанные с его приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно (предварительный договор купли-продажи, договор аренды с правом выкупа, договор комиссии, доверительное управление имуществом). Отдельно в законе названы сделки, предмет которых составляет особый вид имущества - денежные средства (кредит и заем), а также сделки, по которым у акционерного общества в будущем может возникнуть обязанность отвечать своим имуществом - либо конкретным (при залоге), либо всем (при поручительстве).

Стоимость имущества, являющегося предметом сделки, сопоставляется с балансовой стоимостью активов общества по данным бухгалтерской отчетности на последнюю отчетную дату без уменьшения ее на сумму долгов. Если полученное значение превышает 25%, генеральный директор не вправе совершить такую сделку самостоятельно, он обязан получить ее предварительное одобрение со стороны вышестоящих органов управления (совета директоров, общего собрания акционеров). Сделка, совершенная с нарушением порядка ее одобрения, является недействительной (оспоримой). Следовательно, существенными условиями любого договора, который может быть квалифицирован как крупная сделка, будут его предмет и цена. Поскольку это и есть критерии определения крупной сделки.

Что касается существенных условий, на согласовании которых настаивает хотя бы одна из сторон, то их может быть бесчисленное множество. Интересно отметить, что предложение заключить договор на иных условиях, изложенных в протоколе разногласий, считается новой офертой, а возникшие разногласия - существенными условиями такого договора, так как достижение согласия по ним является обязательным условием его заключения. Такая трактовка нередко встречается при рассмотрении судебных споров, и исходя из нее при наличии протокола разногласий договор вообще не может считаться заключенным <1>.

_ _

<1> См.: Постановления ФАС Московского округа от 6 декабря 2004 г. N КГ-А41/11213-04, ФАС Поволжского округа от 16 марта 2006 г. N А55-5975/05-19, ФАС Восточно-Сибирского округа от 10 апреля 2006 г. N А78-11270/05-С1-1/331-Ф02-1491/06-С2.

В судебной практике толкование существенных условий в спорах о заключении договоров является неоднозначным. Законодательство не предусматривает конкретных последствий признания договора незаключенным, как, например, это сделано в отношении недействительных договоров, когда применяется двусторонняя реституция, т.е. возврат сторон в первоначальное положение. Как интересно выразился по этому вопросу М.И. Брагинский, "несостоявшийся договор (незаключенный договор) - всегда "ничто", а недействительный - может быть "нечто" <1>. Незаключенный договор как будто не существует и, следовательно, не порождает правовых последствий. Конечно же, незаключенный договор не может быть признан недействительным в силу отсутствия самого предмета спора. Иск о признании договора незаключенным по мотиву отсутствия существенного условия может подать только заинтересованное в этом лицо. Заинтересованным лицом в таком споре является сторона договора <2>.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 310.

<2> К примеру, налоговый орган не вправе обращаться в суд с иском о признании договора незаключенным. См. об этом: Постановление ФАС Московского округа от 29 марта 2006 г. N КГ-А40/2309-06.

В процессе рассмотрения споров о признании договоров незаключенными суды не всегда руководствуются духом закона, основывая свои решения лишь на формальных несоответствиях. Так, согласно разъяснениям Президиума ВАС РФ отсутствие утвержденной в установленном порядке технической документации не является безусловным основанием для признания договора строительного подряда незаключенным, если работа выполнена и заказчик принял результат работы по акту <1>. Несмотря на это, суд признал договор строительного подряда на капитальное строительство напорного нефтепровода незаключенным именно по причине отсутствия технической документации на объект, указав, что согласно ст. 13 Арбитражного процессуального кодекса РФ он не обязан руководствоваться в своей деятельности обзорами судебной практики, подготавливаемыми высшей судебной инстанцией <2>.

<1> См.: п. 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 января 2000 г. N 51 "Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда" // Вестник ВАС РФ. 2000. N 3.

<2> См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24 декабря 2002 г. N Ф04/4683-438/А81-2002.

Конечно, суду надлежит принимать меры к обеспечению стабильности предпринимательской деятельности и не допускать неосновательного обогащения одной из сторон. А если сторонами предприняты меры или совершены действия, направленные на выполнение условий договора, его вообще не следует признавать незаключенным <1>. Практика такова, что после признания договора незаключенным заинтересованная сторона обращается в суд с новым иском - уже о возврате неосновательного обогащения. Действительно, имущество или деньги, полученные или сбереженные в отсутствие сделки, считаются неосновательным обогащением и должны быть возвращены (ст. 1102 ГК РФ) <2>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2002 г. N 10575/01.

<2> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 9 июня 2005 г. N А65-12633/2004-СГ1-30.

3. Момент заключения договора

В зависимости от определения момента заключения договора законодательство РФ различает: консенсуальные, реальные договоры и договоры, требующие государственной регистрации. Подавляющее большинство договоров в предпринимательской деятельности является консенсуальными; они считаются заключенными, если стороны достигли соглашения по всем существенным условиям (купля-продажа, поставка, банковский кредит, подрядные договоры).

Реальные договоры встречаются в бизнесе значительно реже; они считаются заключенными с момента передачи имущества или денег (заем, хранение). В реальных договорах недопустима формулировка "договор вступает в силу с момента его подписания уполномоченными представителями сторон", поскольку такой договор начинает действовать лишь с фактического получения заемщиком денег от заимодавца или с момента помещения вещи (товара) на склад хранителя.

Договоры, требующие государственной регистрации, связаны либо с недвижимым имуществом (продажа жилого помещения, аренда недвижимости на срок более одного года, ипотека), либо с объектами исключительных прав (лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака). Они считаются заключенными с момента государственной регистрации в учреждении юстиции (применительно к недвижимости) или патентном ведомстве (касательно объектов исключительных прав).

Далеко не все договоры, предметом которых выступает недвижимость, требуют регистрационного оформления. Так, при продаже нежилых помещений (служебных офисов, производственных строений и сооружений, земельных участков) государственной регистрации подлежит не сам договор, а переход права собственности на соответствующую недвижимость. Не подлежат государственной регистрации аренда недвижимости на срок менее года, аренда транспортных средств, в силу ст. 130 ГК РФ отнесенных к категории недвижимого имущества (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания).

Для консенсуальных договоров установлено также специальное правило о том, что договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Оферта

(предложение заключить договор) должна содержать все существенные условия договора. При этом намерение контрагента вести переговоры не выражает его воли вступить в договор, поэтому не может быть приравнено к оферте <1>. Оферта может быть "твердой", т.е. с указанием срока для ее акцепта. Примером твердой оферты являются счета на оплату с указанием слов "счет действителен для оплаты до такой-то даты". Если срок в оферте не определен, то ее можно акцептовать в течение нормально необходимого времени (ст. 441 ГК РФ).

<1> См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Издательство АН СССР, 1954. С. 204, 205.

Акцепт должен быть полным и безоговорочным; молчание юридического значения не имеет. Если лицо, получившее оферту, совершает действия по выполнению ее условий (отгружает товар, выполняет работы, выплачивает деньги), хотя бы и не в полном объеме, это признается акцептом, если иное не указано в самой оферте или законе (ст. 438 ГК РФ). Если стороны подписывают договор в виде единого документа, то моменты направления оферты и акцепта совпадают.

Оферту и акцепт не следует квалифицировать как самостоятельные односторонние сделки <1>, так как цель оферента не может быть достигнута без общего волевого акта, т.е. договора <2>. Обоснование этой позиции в свое время было предложено О.А. Красавчиковым, отмечавшим, что договор является не суммой двух односторонних сделок, а тем конечным результатом, в котором воля сторон находит свое общее выражение <3>.

<1> См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157.

<2> См.: Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриздат, 1972. С. 86.

<3> См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. С. 120.

При отсутствии письменного договора между сторонами наличие договорных отношений должно подтверждаться документами, свидетельствующими, что произошел акцепт оферты. Такими документами чаще всего признаются акты приема-передачи имущества, товарные накладные. В ряде случаев правила об акцепте оферты применяются, если имело место фактическое пользование какими-либо услугами (электроэнергией, арендным помещением и т.п.) <1>. Не считаются доказательствами возникновения договорных отношений счета-фактуры, бухгалтерские книги, интернет-заявки <2>.

<1> См.: Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 25 января 2005 г. N Ф04-9598/2004(7964-А81-28); ФАС Западно-Сибирского округа от 10 апреля 2006 г. N Ф04-1153/2006(21349-А27-38); ФАС Северо-Западного округа от 7 апреля 2006 г. N А21-2359/2005-С2.

<2> См.: Постановления ФАС Московского округа от 28 марта 2005 г. N КГ-А40/1826-05; ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2005 г. N Ф04-7905/2005(16589-А67-4); ФАС Дальневосточного округа от 7 марта 2006 г. N Ф03-А24/06-1/64.

4. Особенности заключения предпринимательских договоров путем проведения торгов

Для заключения договора может использоваться специальная процедура - торги. Заказчик торгов обязан подписать договор с их победителем по общему правилу в течение 20 дней с момента оформления протокола об итогах торгов. Использование торгов возможно при заключении любых договоров, кроме тех, совершение которых на торгах несовместимо с их сущностью. В частности, торги непригодны для заключения договора дарения, издательского договора, договора о совместной деятельности <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). С использованием судебно-арбитражной практики / Отв. ред. О.Н. Садиков. 3-е изд., испр., доп. и перераб. М.: Юридическая фирма "Контракт"; ИНФРА-М, 2005. С. 994 (автор - В.В. Безбах).

Проведение торгов представляет собой особый способ заключения договоров, выбор которого обусловлен необходимостью поиска контрагента, а также желанием обеспечить максимально выгодные условия сделки путем обострения конкуренции между потенциальными контрагентами (участниками торгов). Заключение договоров путем проведения торгов сопряжено с определенными сложностями, необходимостью дополнительных финансовых затрат на их

подготовку и проведение, но оно влечет для заказчиков и экономическую выгоду, которая составляет в среднем 8 - 12% <1>.

<1> См.: Сухадольский Г.А. Тендеры. Вопросы и ответы. М.: Вершина, 2004. С. 14.

Торги могут проводиться для выбора инвесторов, арендаторов, при приватизации государственного и муниципального имущества, размещении заказов для государственных и муниципальных нужд, выборе подрядчиков, продаже арестованной недвижимости в исполнительном производстве <1>, обращении взыскания на предмет залога, продаже имущества должника в ходе банкротства. Многие организации проводят торги и по собственной инициативе для объективного выбора лучшего контрагента.

<1> См. подробнее: Беляева О.А. Публичные торги в рамках исполнительного производства (комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101) // Цивилист. 2006. N 2. С. 87 - 92.

Российское законодательство предусматривает две формы проведения торгов: аукцион и конкурс (п. 4 ст. 447 ГК РФ) <1>. Различия между ними состоят в принципе определения победителя. Победителем аукциона является лицо, предложившее "лучшую цену". Здесь следует оговориться, что в точном соответствии с абз. 2 п. 4 ст. 447 ГК РФ выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую, а не лучшую цену. Объяснение этой формулировке видится в том, что ГК РФ регулирует только одну разновидность аукционных торгов: торги на продажу, а не на покупку чего-либо <2>.

<1> В ряде нормативных актов наряду с аукционом и конкурсом выделяются также тендеры. На наш взгляд, тендер представляет собой не самостоятельную разновидность торгов, а конкурсные торги, проводимые на право заключения договора о выполнении работ или услуг. Термин "тендер" следует считать зарубежным аналогом конкурсных торгов.

<2> Синонимами аукциона, названного в ГК РФ, являются "аукцион с восходящей ценой", "прямой аукцион", "английский аукцион", "аукцион с активной конкуренцией".

На таком аукционе победитель определяется путем пошагового повышения цены на товар (имущество). Перед началом торгов объявляется "шаг аукциона" - денежный интервал, на который увеличивается цена предмета торгов на аукционе. Шаг аукциона чаще всего устанавливается в процентном соотношении к начальной (стартовой) цене. В подобном аукционе каждая последующая оферта по цене превышает предыдущую, и выигрывает последний оферент.

Активный аукцион всегда используется в сфере исполнительного производства, так как основной смысл продажи арестованной недвижимости должника заключается в получении судебным приставом-исполнителем наибольшей суммы для покрытия задолженности по исполнительным листам <1>. Помимо этого активные аукционы являются распространенным способом приватизации государственного и муниципального имущества <2>, продажи земельных участков для жилищного строительства (ст. ст. 38.1 и 38.2 Земельного кодекса РФ) и во многих других случаях.

<1> См.: ст. ст. 62 и 63 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 119-ФЗ "Об исполнительном производстве" // СЗ РФ. 1997. N 30. Ст. 3591.

<2> См.: ст. 18 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества" // СЗ РФ. 2002. N 4. Ст. 251.

Однако на практике огромное количество торгов проводится не только на продажу, но и на приобретение товаров, работ или услуг. В этом случае заказчик торгов, наоборот, заинтересован в получении минимальной цены. Победитель подобного аукциона (редукциона) определяется путем пошагового (при устном соревновании) понижения начальной (стартовой) цены. Цена постепенно снижается до ее первого акцепта одним из участников, и торги выигрывает первый акцептант <1>. Таким образом, начальная цена является предельной ценой, она обязательно должна быть снижена участниками торгов. Редукционы наиболее распространены в сфере размещения государственных и муниципальных заказов. Например, наличие в заявке участника размещения заказа предложения о цене государственного или муниципального контракта, превышающей его начальную (максимальную) цену, само по себе является основанием для отказа ему в допуске к участию в аукционе или конкурсе.

<1> Этот вид аукциона нормами ГК РФ не регламентируется, его синонимы: "обратный аукцион", "голландский аукцион", "аукцион с пассивной конкуренцией".

На конкурсных торгах (от лат. "concursus" - течение, столкновение) победителем считается лицо, предложившее лучшие условия исполнения договора, использования имущества. Критерии отбора устанавливает заранее сформированная конкурсная комиссия, в которую могут входить не только сотрудники заказчика торгов, но и любые лица, которые имеют научный авторитет, профессиональную репутацию, считаются специалистами в определенной области. К этим критериям, как правило, относятся финансовые средства компании, трудовые ресурсы, профессиональные навыки персонала, наличие необходимого оборудования, опыт работы.

Например, для победы в земельном конкурсе решающее значение имеет режим использования имущества: целевое использование земельного участка, соблюдение экологических и архитектурно-планировочных требований, обеспечение максимального размера инвестиций, проведение работ по рекультивации, благоустройству и пр. В свою очередь, на аукционе земельные участки продаются в случае, когда от покупателя (арендатора) не требуется выполнения каких-либо условий, кроме целевого использования земли.

Торги в форме конкурса являются удобным способом для их инициатора выбрать контрагента с наиболее оптимальными условиями сделки. Смысловое значение термина "конкурс" сводится к соревнованию, состязанию, конкуренции с целью выявить наилучших участников. В судебно-арбитражной практике справедливо отмечается, что конкурс - это мероприятие, целью которого является определение лиц, наиболее способных к оптимальному решению поставленной задачи <1>.

<1> См.: решение Арбитражного суда Костромской области от 14 марта 2006 г. по делу N А31-2431/2005-14, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 7 февраля 2007 г. N Ф04-58/2007(30975-А75-11).

Различия между аукционом и конкурсом, по большому счету, несущественны. По сути, аукцион - это тот же самый конкурс, но лишь с одним критерием отбора, в качестве которого выступает цена. Однако допустимо дать и определение конкурса через понятие аукциона, ведь конкурс - это тот же самый аукцион, участники которого прошли определенный квалификационный отбор и по заключению конкурсной комиссии удовлетворяют всем заявленным требованиям (критериям).

Зачастую заказчик торгов устанавливает смешанные (и аукционные, и конкурсные) требования к победителю, который должен одновременно предложить и лучшие условия исполнения договора, и лучшую цену (например, приватизационные конкурсы, земельные конкурсы по продаже участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для строительства нежилых объектов). Нужно признать, что в таком случае конкурс будет полностью идентичен аукциону <1>.

<1> К обоснованному выводу об идентичности приватизационных конкурсов и аукционов приходит И.С. Петров (см.: Петров И.С. Приватизационные торги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 10). Ю.С. Турсунова, напротив, предлагает в сфере приватизации и несостоятельности (банкротстве) выделить третью форму торгов, именуемую "субконкурс" (см.: Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 5).

Оценивая нормы действующего законодательства, посвященные проведению торгов, можно сделать вывод, что приоритет отдается аукционным торгам, на которых соблюдается принцип определения победителя по цене. Например, системный анализ многих норм Закона о размещении заказов <1> позволяет сделать вывод, что основным критерием для определения лучших условий исполнения государственного контракта является именно цена контракта. Другие же критерии имеют сопутствующее значение, причем даже при проведении конкурсов.

<1> См.: ФЗ от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд".

Предмет торгов (и аукционов, и конкурсов) может быть разделен заказчиком на лоты (партии товаров, виды работ или услуг). Разбивка на лоты повышает эффективность проведения торгов, поскольку наличие нескольких лотов увеличивает количество потенциальных победителей, ведь в отношении каждого лота заключается отдельный договор. Следовательно, чем больше лотов, тем больше потенциальных победителей внутри одного аукциона или конкурса.

Наше законодательство различает открытые и закрытые торги. Здесь следует назвать два основания такой классификации. Во-первых, торги делятся на открытые и закрытые по составу

участников. В открытых (публичных) торгах может участвовать любое лицо, в закрытых торгах принимают участие специально приглашенные лица.

Во-вторых, торги делятся на открытые и закрытые по форме подачи предложений о цене. Открытая форма подачи предложений о цене, как правило, означает устное соревнование между участниками торгов, что часто используется в ходе проведения аукционов. Закрытая форма подачи предложений о цене ("аукцион первой цены") означает передачу их организатору торгов <1> в запечатанных конвертах в день подачи предложения или позднее, непосредственно в день проведения конкурса или аукциона.

<1> Организатором торгов выступает сам заказчик или специализированная организация, с которой он заключает договор о проведении торгов. В сфере размещения государственных и муниципальных заказов специализированные организации ежегодно отбираются на конкурсной основе соответствующими органами власти.

На практике в ходе конкурсных торгов в открытом виде зачастую представляются технические предложения, а в закрытом - финансовые. Такая форма проведения торгов позволяет в большей степени обеспечить объективность оценки со стороны членов конкурсной комиссии, поскольку они могут первоначально сосредоточить свое внимание на квалификационных характеристиках участников торгов, описать сравнительные достоинства и недостатки каждого поданного предложения, не обращая внимания на их цену. Неслучайно торги с закрытой формой подачи предложений о цене наиболее распространены при проведении конкурсов, а не аукционов, ведь именно победитель конкурса определяется как лицо, предложившее лучшие условия.

При проведении торгов, закрытых по форме подачи предложений о цене, может возникнуть проблема подачи одинаковых предложений, что обнаруживается лишь при вскрытии конвертов, а не в момент их приема организатором торгов. В такой ситуации выигравшим торги признается участник, заявка которого была подана раньше, что проверяется по журналу регистрации заявок участников торгов. Такой способ определения победителя торгов при равенстве ценовых предложений предусмотрен практически во всех подзаконных нормативных актах, регламентирующих проведение торгов <1>.

<1> В качестве одного из примеров можно сослаться на ч. 2 подп. "в" п. 24 Правил организации и проведения торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или права на заключение договоров аренды таких земельных участков, утв. Постановлением Правительства РФ от 11 ноября 2002 г. N 808 // СЗ РФ. 2002. N 46. Ст. 4587.

Во-вторых, при равенстве цен спорная ситуация может быть решена путем устного соревнования между участниками торгов, подавшими одинаковые предложения. Такой переход от закрытой к открытой форме соревнования применяется при проведении лесных аукционов, и, пожалуй, он в наибольшей степени соответствует самой природе торгов <1>.

<1> См.: п. 32 Порядка организации и проведения лесных аукционов, утв. Приказом МПР России от 14 апреля 2005 г. N 97 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. N 24.

Успешность торгов во многом зависит от их информационного обеспечения. По общему правилу извещение о проведении торгов должно быть сделано организатором не менее чем за 30 дней до их проведения (п. 2 ст. 448 ГК РФ). Характерно, что извещение о проведении торгов должно быть именно "сделано", т.е. в ГК РФ отсутствует акцент на публикацию извещения о торгах в печатных средствах массовой информации. В этой связи необоснованной представляется позиция, состоящая в том, что "извещение должно публиковаться в соответствующих средствах массовой информации" <1>.

<1> Гражданское право: Учебник / Под ред. О.Н. Садикова. Т. 1. М.: Юридическая фирма "Контракт"; ИНФРА-М, 2006. С. 369.

Дело в том, что при проведении торгов, закрытых по составу участников, специально приглашаются конкретные лица, поэтому извещение не публикуется, а именно делается организатором торгов путем рассылки персональных приглашений. Открытые торги, напротив, предполагают публикацию извещения для всеобщего сведения.

Действительно, для принятия решения об участии или неучастии в открытых (публичных) торгах потенциальному претенденту требуется определенное время. Оно необходимо, чтобы оценить условия торга и свои возможности для победы в нем, именно поэтому претендент должен

иметь под рукой всю необходимую информацию, т.е. опубликованное извещение о торгах. Поэтому сообщение сложной и большой по объему информации, сделанное по радио <1>, или извещение, однократно переданное по местному каналу телевидения, является ненадлежащим извещением о торгах, так как не позволяет эту информацию зафиксировать <2>.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23 августа 1999 г. N Ф08-1728/99.

<2> См.: п. 4 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства; информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 4.

За рубежом информация о торгах также обязательно публикуется (Болгария, Венгрия, Чехия, Швейцария). Германское законодательство в ряде случаев допускает организацию торгов без соблюдения каких-либо формальностей. Это так называемые торги под открытым небом, когда условия их проведения сообщаются устно к моменту их открытия <1>.

<1> См.: Правовое регулирование организации и проведения коммерческих конкурсов, аукционов и торгов // Журнал российского права. 1999. N 3. С. 189.

В российском законодательстве есть довольно много норм, уточняющих порядок сообщения информации о проведении торгов. Так, информационное сообщение о продаже государственного или муниципального имущества подлежит опубликованию в средствах массовой информации, определенных соответственно Правительством РФ, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления <1>. Аналогичным образом информационное обеспечение торгов регулируется при размещении государственного или муниципального заказа. В частности, информация о размещении заказов на официальном сайте в сети Интернет не может заменить опубликование такой информации в официальном печатном издании <2>.

<1> См.: п. 2 ст. 15 Федерального закона "О приватизации государственного и муниципального имущества".

<2> См.: п. 3 ст. 16 Федерального закона "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд". В настоящее время дублирование информации о торгах в сети Интернет широко распространено не только в сфере размещения государственных и муниципальных заказов.

Важное значение имеет вопрос о юридической природе извещения о проведении торгов. Если считать извещение о проведении торгов публичной офертой - предложением вступить в договор, обращенным к неопределенному кругу лиц, то путем подачи заявки участником размещения заказа акцептуются все условия конкурсной (аукционной) документации. Так, В.А. Рахмилович указывал, что "объявление конкурса можно рассматривать как оферту, т.е. предложение вступить в договор, обращенное к неопределенному кругу лиц. В таком случае представление на конкурс соответствующих работ или сообщение об участии будет считаться акцептом сделанной оферты, а возникшее обязательство будет носить договорный характер" <1>. В современной судебно-арбитражной практике встречаются решения, аналогичные этой позиции: приглашение на участие в торгах любого, кто согласен на предложенные условия и отзовется на объявление, подав заявку и оплатив задаток, рассматривается как публичная оферта в соответствии со ст. 437 ГК РФ <2>.

<1> Рахмилович В.А. Обязательства, возникающие вследствие объявления конкурса // Советская юстиция. 1965. N 14. С. 18.

<2> См.: Постановление ФАС Московского округа от 15 декабря 1999 г. N КГ-А40/4076-99.

Однако вопреки высказанной в современной юридической науке позиции о существовании между организатором торгов и участниками "соглашения на участие в торгах" <1> торги - это не одна сделка (договор). Более обоснованной представляется позиция М.И. Брагинского, А.Б. Дзегорайтиса, заключающаяся в том, что торги есть сложный юридический состав, включающий в себя совокупность нескольких последовательно совершаемых сделок, в частности одностороннюю сделку организатора торгов в виде извещения об их проведении, одностороннюю сделку участника торгов, подавшего заявку на участие в них, и т.д. <2>.

<1> Солдатенков В.В. Правовое регулирование купли-продажи права аренды земельных участков по конкурсу в городе Москве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 17.

<2> См.: Брагинский М.И. Конкурс. М.: Статут, 2005. С. 24; Дзегорайтис А.Б. Конкурс в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1969. С. 4.

Основной обязанностью организатора торгов является не прием заявок от участников, а проведение самих торгов. Эта обязанность возникает в момент извещения о предстоящих торгах и в случае получения менее двух заявок прекращается. По итогам торгов договор заключается не со всеми лицами, подавшими заявку на участие, а только с участником, заявке которого присвоен первый номер (победителем). Кроме того, публичная оферта в отличие от извещения о проведении торгов не предполагает состязательности между неопределенным кругом лиц.

Следовательно, извещение о предстоящих торгах не может считаться офертой. Извещение о торгах - это односторонняя сделка организатора, с которой начинаются торги, ее последствием является приглашение делать оферты, т.е. подавать заявки (предложения) <1>. Здесь уместно привести высказывание О.С. Иоффе о том, что "правоотношения, связанные с конкурсом, возникают не в момент его объявления, а в момент представления конкурсных работ" <2>.

<1> См.: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. С. 153. Н.Д. Егоров также обоснованно полагает, что извещение о проведении торгов по своей юридической природе является односторонней сделкой, порождающей соответствующие юридические последствия. См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд. Т. 1. М.: Проспект, 1999. С. 506.

<2> Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1965. С. 360.

Интересным форматом информационного обеспечения являются выездные торги, которые, к примеру, успешно проводятся в Украине для продажи земельных участков, находящихся в государственной и коммунальной собственности. В России выездные торги пока что практикуются биржами, например торги зерном в зернопроизводящих хозяйствах определенного региона. В Москве выездные торги еженедельно проводятся специализированным государственным унитарным предприятием по продаже имущества г. Москвы, предмет этих торгов - нежилые помещения небольшой площади, продаваемые малым предпринимателям с аукциона. Представляется, что практика проведения выездных торгов заслуживает поддержки, так как позволяет расширить круг лиц, потенциально заинтересованных в приобретении предмета торгов. Иными словами, чем больше лиц получат информацию о предстоящих торгах, тем больше вероятность определения лица, предлагающего максимально лучшие условия приобретения имущества, выставленного на торги.

Участники торгов должны внести организатору задаток, который возвращается проигравшим участникам, а также в случае, если торги не состоялись (п. 4 ст. 448 ГК РФ). У победителя торгов сумма, внесенная в качестве задатка, засчитывается в счет исполнения обязательств по выигранному на торгах договору. Уклонение лица, выигравшего торги, от подписания протокола о результатах торгов влечет утрату им внесенного задатка. В свою очередь, организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан возвратить задаток в двойном размере, а также возместить убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка.

Очевидно, что задаток защищает интересы организатора торгов только в одном случае: если лицо, признанное победителем торгов, уклоняется от подписания протокола об их итогах (п. 5 ст. 448 ГК РФ). Но при проведении торгов возможны другие нарушения со стороны участников, и задаток организатора торгов от них не защищает. Предположим, если до истечения объявленного срока проведения торгов участники отозвали свои предложения, торги необходимо признать несостоявшимися. Все затраты организатора на подготовку этих торгов никак не окупятся, потому что несостоявшиеся торги означают возврат всех задатков <1>.

<1> Негативное отношение к использованию задатка на торгах высказывается практически всеми современными специалистами. См. об этом: Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. М.: Спарк, 1999. С. 124, 125; Беляева О.А. Правовая природа задатка, вносимого за участие в торгах // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2006. N 12. С. 67 - 72; Щербинин С.В. О правовой природе задатка при заключении договоров на торгах // Юрист. 2005. N 3 и др.

Поэтому на практике функции задатка на торгах зачастую выполняют альтернативные способы обеспечения, например простые векселя и банковские гарантии. Кроме того, наряду с задатками организаторы торгов взимают с участников иные платежи, такие как "плата за участие в торгах", "плата за обработку заявки", "регистрационный взнос" и т.п. Конечно, такие платежи не предусмотрены российским законодательством, их взимание может быть оспорено проигравшими участниками торгов.

Торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица (п. 1 ст. 449 ГК РФ). Оспаривая торги, истец должен доказать суду конкретные факты нарушения установленных правил организации и проведения торгов. Поэтому современная судебно-арбитражная практика рассматривает споры о признании торгов недействительными по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок <1>. Вместе с тем нарушение установленных законом правил проведения торгов является специальным основанием их недействительности. Торги можно признать недействительными по признаку их оспоримости в случае нарушения правил их проведения, только если речь идет о так называемых процедурных нарушениях. В редких случаях можно говорить и о ничтожности торгов, но исключительно в случае нарушения общих норм, установленных законодательством <2>.

_____

<1> См.: п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. N 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" // Вестник ВАС РФ. 1998. N 10.

<2> Об основаниях оспаривания торгов см. подробнее: Беляева О.А. Обзор практики разрешения споров, связанных с признанием торгов недействительными // Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 13 / Под ред. В.Ф. Яковлева. М.: Юридическая литература, 2006. С. 73 - 113.

Чаще всего заинтересованность в судебной защите предполагается, в ряде случаев законодательство прямо определяет круг лиц, которые вправе обратиться за судебной защитой. Но применительно к оспариванию торгов круг "заинтересованных" лиц законодательством не установлен.

Процедурные нарушения при проведении торгов являются специальным основанием для признания их недействительными, следовательно, и заинтересованность в оспаривании результатов торгов должна носить специальный, а не общий характер. К оспариванию допускаются лица, чьи права и охраняемые законом интересы нарушены в результате совершения оспоримой сделки. Для признания ее недействительной необходимо установить, что совершение сделки повлекло реальное нарушение охраняемых законом прав и интересов заявителя.

Безусловно, заинтересованность лица должна основываться на законных основаниях, следовательно, она состоит не в интересе как таковом, а в правовом (законном) интересе лица, считающего, что его права и законные интересы нарушены. В связи с этим можно предложить несколько критериев для определения "заинтересованности" истца в оспаривании сделки, в том числе в оспаривании результатов торгов.

Во-первых, права и законные интересы заинтересованного лица непосредственно ущемлены или нарушены оспариваемыми торгами и (или) заключенной по их результатам сделкой. Во-вторых, в результате признания торгов недействительными имущественные интересы заинтересованного лица будут восстановлены. В-третьих, заинтересованное лицо получит что-либо (права, имущество) в результате проведения реституции после признания торгов недействительными.

В целом заинтересованное лицо - это не только сторона сделки, потенциальный или фактический участник торгов, но и любое другое лицо, имеющее конкретный имущественный интерес в оспаривании их результатов.

Таким образом, нарушения порядка проведения торгов не являются основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы этими нарушениями не затрагиваются и (или) не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенного по итогам торгов договора. Как правило, требовать признания результатов торгов недействительными могут участники торгов, а также лица, которым было незаконно отказано в участии в торгах <1>.

_____

<1> См.: п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 декабря 1993 г. N 32 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий" // Вестник ВАС РФ. 1994. N 2.

Конечно, не исключено, что даже участнику торгов может быть отказано в удовлетворении иска о признании состоявшихся торгов недействительными. Потому что в любом случае при обращении в арбитражный суд с иском лицо обязано доказать наличие защищаемого права или интереса. Если доказать это истец не может, то суд вправе признать отсутствие у него "заинтересованности" в оспаривании результатов торгов <1>. Следовательно, наличие или отсутствие интереса в признании торгов недействительными, а значит, и право на иск, должен в каждом конкретном случае устанавливать суд.

_____

<1> См.: п. 1 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства; информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 4.

От недействительных торгов следует отличать несостоявшиеся торги. Общим в правовой природе недействительных и несостоявшихся торгов является то, что они представляют собой несуществующие юридические факты. Поэтому единственным правовым последствием как недействительных, так и несостоявшихся торгов является недействительность договора, заключенного по его итогам.

Недействительные торги состоялись, но в связи с допущенными при их проведении нарушениями результаты таких торгов могут быть лишены юридической силы по решению суда. Несостоявшиеся торги фактически проведены, но правовой силы они изначально не имели. Несостоявшиеся торги не могут быть признаны недействительными, так как отсутствует сам предмет спора. Признание торгов несостоявшимися не связано с какими-либо нарушениями процедур или общих норм законодательства. Несостоятельность связана исключительно с отсутствием состязательности. В свою очередь, недействительность торгов является следствием нарушений законодательно установленных правил их проведения (п. 1 ст. 449 ГК РФ).

Итак, единственное основание для признания торгов несостоявшимися - отсутствие состязательности между их участниками. Оно может проявляться в том, что участник торгов всего один и соревнование в таком случае невозможно (п. 5 ст. 447 ГК РФ), единственному участнику попросту не с кем торговаться. Однако в торгах могут участвовать и несколько лиц, которые не конкурируют между собой. Формально признать торги несостоявшимися невозможно, так как в них принимает участие не одно лицо, но, руководствуясь общим смыслом законодательства, суды справедливо оценивают конкуренцию при проведении торгов, учитывая различные обстоятельства.

Незаинтересованность в конкуренции на торгах может проявляться по-разному. Допустим, в ходе аукциона, открытого по форме подачи ценовых предложений, после троекратного объявления аукционистом начальной цены никто не поднял билет. В такой ситуации отсутствуют предложения о приобретении имущества, т.е. участники аукциона пассивны, и торги следует считать несостоявшимися. Предположим, на торгах, закрытых по форме подачи ценовых предложений, участники (все либо все, кроме одного) подают заведомо неприемлемые для организатора торгов ценовые предложения, а именно: на торгах с восходящей ценой подано ценовое предложение ниже минимума, определенного организатором торгов, а на торгах, идущих на понижение цены, напротив, - ценовое предложение, превышающее начальную (предельную) цену. Подобные ценовые предложения отклоняются организатором, и, следовательно, торги опять не состоялись.

Участники торгов могут быть не заинтересованы в соревновании из-за родственных или супружеских отношений между руководителями организаций, участвующих в торгах, наличия аффилированности между участниками (допустим, одна компания является единственным учредителем другой или одно и то же лицо выполняет функции единоличного исполнительного органа в компаниях, участвующих в торгах, и т.п.).

В случае признания торгов несостоявшимися организатор торгов может объявить о повторном проведении торгов, изменив их условия. В то же время признание несостоявшимися торгов на размещение государственного или муниципального заказа не означает необходимости проведения повторных торгов. В этом случае государственный контракт заключается с единственным участником, подавшим заявку на участие в торгах, причем на условиях, изложенных в его заявке, но не превышающих начальную (максимальную) цену контракта (или отдельного лота), объявленную в извещении о проведении торгов. Такую процедуру можно считать заключением государственного контракта на бесконкурсной основе. Аналогичные последствия установлены и в случае, когда несостоявшимся объявлен аукцион по продаже государственного или муниципального земельного участка (либо права его аренды) для жилищного строительства (ст. 38.1 Земельного кодекса РФ).

5. Форма договора в предпринимательской деятельности

Универсальной для договоров в предпринимательской деятельности является простая письменная форма. Хотя законодательство допускает устную форму для сделок, исполняемых при их совершении, а также сделок во исполнение письменного договора (ст. 159 ГК РФ), на практике это применяется редко, тем более что в случае спора ссылаться на документальные доказательства невозможно, так как их просто нет. Проиллюстрируем этот вывод примером оформления заемных отношений. Довольно часто предприниматели, занимая денежные средства друг у друга, рассчитывают на то, что достаточно передать деньги при свидетелях. Однако факт

уплаты денежных средств может быть подтвержден только письменными доказательствами, и поэтому ходатайства о допросе свидетелей судом отклоняются <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 3 февраля 2004 г. N Ф09-90/04-ГК.

Недопустимо ссылаться на наличие заемных отношений, если предприниматель оплачивал обязательства своего компаньона перед третьими лицами по устной договоренности. В данном случае даже платежные документы (платежные поручения, расходные кассовые ордера) не могут заменить собой письменную форму договора займа <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 июня 2006 г. N А58-4192/05-Ф02-2826/06-С2.

Письменная форма договора обязательна, если в нем участвует юридическое лицо, а также в некоторых иных случаях. Например, условия о неустойке могут быть изложены только письменно (ст. 331 ГК РФ), однако в силу того, что никто не подписывает отдельных соглашений о неустойке, а включает эти положения непосредственно в текст договора, форма соглашения о неустойке оказывается соблюденной. Такие же требования независимо от суммы сделки и ее субъектного состава предъявляются, например, к кредитному договору, залогу, поручительству, продаже недвижимости.

Письменная форма договора (сделки) считается соблюденной при составлении одного документа, подписанного уполномоченными лицами, или при обмене документами посредством почтовой, телефонной, электронной связи, позволяющей установить, что документ исходит от стороны по договору. В подобных случаях должны быть соблюдены правила об акцепте оферты. К сожалению, заключение договора "по переписке", допустим, в случае обмена факсимильными экземплярами договора между предпринимателями, находящимися в разных населенных пунктах, может повлечь негативные последствия в ходе арбитражного разбирательства. Документы, полученные посредством факсимильной, электронной или иной связи, допускаются в качестве письменных доказательств в случаях и порядке, установленных законом или договором. В связи с отсутствием такого порядка документы, полученные по факсу, зачастую не рассматриваются судьей в качестве доказательств <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24 мая 2005 г. N Ф08-2267/2005-922А.

Но иногда закон обязывает заключать договор только путем составления единого документа, подписанного обеими сторонами: например, договор продажи недвижимости (ст. 550 ГК РФ), договор продажи предприятия (ст. 560 ГК РФ), аренды здания или сооружения (ст. 651 ГК РФ).

Нотариально удостоверенная письменная форма соблюдается путем совершения нотариусом удостоверительной надписи на договоре. На сегодняшний день обязательному нотариальному удостоверению подлежат доверенность на совершение сделок, требующих нотариальной формы, совершение передоверия по доверенности, договор ренты, завещание и брачный договор. Из этого перечня очевидно, что нотариальное удостоверение не имеет практического применения для оформления предпринимательских договоров.

Письменная форма с государственной регистрацией применяется для некоторых сделок, предметом которых является недвижимость, и, как уже отмечалось ранее, для оформления передачи прав на использование некоторых объектов исключительных прав (к примеру, товарных знаков). По нашему законодательству в отношении недвижимости осуществляются два вида государственной регистрации: регистрация перехода права на имущество и регистрация договора с имуществом. Сравним эти процедуры на примере договора продажи недвижимости. Переход права собственности на недвижимое имущество от продавца к покупателю подлежит регистрации в любом случае, а регистрация самого договора купли-продажи зависит от целевого назначения недвижимого имущества. Если это нежилое помещение (офисное, служебное, производственное), то договор не регистрируется; если же речь идет о продаже жилых квартир или домов, то государственная регистрация осуществляется дважды, поскольку в таком случае регистрируются и переход права на имущество, и сам договор.

Включение сторонами в договор, не требующий государственной регистрации, условия о том, что он подлежит государственной регистрации и вступает в силу с момента регистрации, противоречит нормам законодательства. Такое условие является ничтожным (ст. ст. 168 и 180 ГК РФ) <1>.

<1> См.: п. 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. N 59 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона "О

государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" // Вестник ВАС РФ. 2001. N 4.

Если предметом договора является имущество, которое можно демонтировать без ущерба его назначению, регистрация не требуется. К сожалению, вопрос об отнесении имущества к недвижимости является спорным в судебной практике. Например, контейнерные автозаправочные станции, которые возводятся как временные сооружения, зачастую признаются недвижимым имуществом <1>.

<1> См.: Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 1 марта 2001 г. N Ф08-446/2001, ФАС Западно-Сибирского округа от 9 сентября 2002 г. N Ф04/3344-346/А67-2002.

Квалификация имущества в качестве недвижимости имеет значение для оценки самого факта заключения договора. Если имущество является недвижимым, то в случае его продажи требуется указывать в договоре данные о расположении недвижимости на земельном участке или в составе другого имущества (ст. 554 ГК РФ). Это условие является существенным и при его отсутствии договор продажи недвижимости считается незаключенным.

Государственной регистрации подлежит и договор аренды недвижимости. При этом на практике зачастую возникает вопрос: необходимо ли получать свидетельство о государственной регистрации права аренды недвижимого имущества? Такие свидетельства выдаваться не могут, поскольку регистрируется не право аренды, а договор. Государственная регистрация связана только с договорами аренды недвижимости, заключенными на определенный срок - не менее года (п. 2 ст. 651 ГК). Если же договор аренды заключен без определения срока или в него включено условие об автоматической пролонгации срока, государственная регистрация не требуется.

При аренде отдельных видов недвижимости, например участка лесного фонда, срок аренды является существенным условием (ст. 72 Лесного кодекса РФ).

6. Подписание договора уполномоченным лицом

Подпись - это реквизит, которым завершается составление договора; подпись подтверждает, что содержание договора соответствует действительной воле стороны. Наше законодательство не содержит легального определения термина "подпись", однако она требуется на любых документах (не только на договорах, но и на актах, доверенностях, оферте о заключении договора и ее акцепте). В точном правовом смысле акт подписания документа - это собственноручное написание своего полного имени (фамилии, имени и отчества). В этой связи А.М. Эрделевским было предложено ввести в правовой обиход термин "параф" в качестве используемой в практике подписи в виде монограммной аббревиатуры и части фамилии и росчерка с наложениями букв, черточек и завитков <1>.

<1> См.: Эрделевский А.М. Подпись или параф // Домашний адвокат. 2000. N 22. С. 4.

Подпись, совершаемая на документах организации, имеет более важное значение, чем проставление на них печати. Наличие только подписи на документе подтверждает его действительность даже при отсутствии печати. Сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Скрепление договора печатью не является обязательным условием для соблюдения простой письменной формы сделки. Отсутствие или подделка печати на письменном договоре не влияют на его действительность <1>. Такой подход характерен для оформления не только договоров, но и других документов; например, акт сверки взаиморасчетов имеет доказательственную силу даже при отсутствии на нем круглых печатей, если имеются подписи руководителей и главных бухгалтеров <2>.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 9 марта 2004 г. N КГ-А40/945-04.

<2> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 2 августа 2001 г. N А65-12750/2000-СГ1-13.

Немаловажным является вопрос о том, чьи подписи должны стоять на договоре, достаточно ли подписи руководителя (первого лица организации) или требуются подписи других уполномоченных лиц. Законом или договором могут устанавливаться дополнительные требования к письменной форме сделки (договора). В этой связи некоторые юристы-практики полагают, что Федеральный закон от 21 ноября 1996 г. N 129-ФЗ "О бухгалтерском учете" является именно тем

законом, который в качестве дополнительного реквизита договора предусматривает подпись главного бухгалтера (п. 3 ст. 7).

С одной стороны, это действительно эффективно для того, чтобы бухгалтер мог контролировать движение имущества и расходование денежных средств. С другой стороны, это усложняет оформление документов и противоречит ст. 53 ГК РФ, устанавливающей, что юридическое лицо приобретает права и обязанности через свои органы. Главный бухгалтер органом юридического лица не является, он - работник на основании трудового договора. Кроме того, судебная практика отвергает применение Закона о бухгалтерском учете еще и потому, что договор не является денежным или расчетным документом <1>. Поэтому бухгалтер может контролировать договорную работу путем обязательного подписания документов по приемке товарно-материальных ценностей и денежных средств. Подпись главного бухгалтера необходима лишь на доверенностях, выданных от имени государственных и муниципальных предприятий, на получение и выдачу денег и имущественных ценностей (п. 5 ст. 185 ГК РФ).

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 31 октября 2000 г. N А56-12485/2000.

Традиционное наличие оттисков печатей на договорах действующее законодательство не устанавливает. Например, законы о хозяйственных обществах предусматривают, что общества должны иметь круглые печати, но не указывают, для чего именно. Зачастую необходимость наличия печатей на договорах трактуется как обычай делового оборота в предпринимательской деятельности (ст. 5 ГК РФ). Однако обычай делового оборота как правовая норма может применяться только в двух случаях: если к нему есть отсылка в законодательстве и при наличии пробела в законодательстве.

Норма ст. 160 ГК РФ о письменной форме сделки сформулирована предельно четко, поэтому нет оснований рассматривать проставление печатей на договоре как обычай делового оборота. Скрепление печатью следует считать дополнительным требованием к форме договора, несоблюдение которого влечет последствия несоблюдения письменной формы, т.е. невозможность в случае спора ссылаться на свидетельские показания (п. 1 ст. 162 ГК РФ). Единственный случай необходимости печати - это доверенность от имени юридического лица, она требует наличия подписи руководителя и приложения печати организации (п. 5 ст. 185 ГК РФ).

Хотя скрепление договора печатями организаций относится к дополнительным его реквизитам, использование печатей весьма целесообразно. Речь идет не о своеобразном удостоверении полномочий лица, подписывающего договор от имени компании, а о тех случаях, когда требуется изготовить надлежаще удостоверенную копию договора. Надлежащим в нашей стране считается нотариальное удостоверение, однако нотариус свидетельствует верность копии, только если подписи на оригинальном документе заверены нотариально или скреплены печатями <1>. Если необходимо изготовить копию многостраничного документа, то он должен быть прошит и пронумерован, а также скреплен печатями организаций или предпринимателей, его составивших. Учитывая весьма распространенные случаи мошеннических действий, подлогов документов среди отечественных бизнесменов, целесообразно не только прошивать договоры и скреплять их печатями, но и подписывать каждую страницу договора, чтобы не допустить замены страниц.

<1> См.: ст. ст. 77 - 79 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. N 4462-1.

Во многих организациях (и частных, и государственных) при заключении договоров используется процедура визирования. Визирование имеет правовое значение только в тех случаях, когда стороны сочли это необходимым и обусловили в тексте самого договора. Визирование - внутренняя процедура документооборота компании, она регламентируется исключительно локальными актами, наличие виз на договоре показывает руководителю организации, что текст договора согласован ключевыми структурными подразделениями. Предположим, юридический отдел завизировал договор, который впоследствии был признан недействительным. Какие санкции будут применены к руководителю юридического отдела? Конечно, только дисциплинарные: замечание, выговор, увольнение. В данном случае лицо, завизировавшее договор, несет ответственность только как работник перед работодателем.

Все подписи можно разделить на два вида: автографы (собственноручные подписи) и их аналоги. В современной бизнес-практике в основном используются два аналога собственноручной подписи: факсимиле и электронная цифровая подпись (ЭЦП).

Факсимиле (от лат. "facsimile" - сделай подобное) представляет собой клише-печать, воспроизводящую собственноручную подпись, или ее сканированное изображение, которое включается в текст документа. Возможность использования при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи, электронно-цифровой подписи либо иного аналога

собственноручной подписи (кода, шифра) предусмотрена в п. 2 ст. 160 ГК РФ. Вместе с тем использование любых аналогов собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

Что касается ЭЦП, то проставление ее на документе возможно только тогда, когда сам документ существует в электронной форме, а не на бумажном носителе. Для того чтобы электронный документ мог иметь доказательственную силу, в нем должен быть предусмотрен порядок разрешения возможных разногласий <1>. Поскольку договоры пока существуют не в электронной, а в бумажной форме, использовать на них ЭЦП не представляется возможным.

<1> См.: письмо ВАС РФ от 19 августа 1994 г. N С1-7/ОП-587 "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике" // Вестник ВАС РФ. 1994. N 11.

Возможность использования аналогов собственноручной подписи предусмотрена Положением ЦБ РФ от 3 октября 2002 г. N 2-П "О безналичных расчетах в Российской Федерации", но опять же со ссылкой на нормативные акты. Сейчас ЭЦП получила распространение именно в банковской практике в связи с внедрением различных систем дистанционного обслуживания клиентов: "Банк-Клиент", "Домашний банк" и пр.

В нашей стране не существует закона или иного правового акта, которые могли бы устанавливать порядок использования аналогов подписи при заключении сделок. Если стороны желают проставлять на договорах факсимиле, они должны прийти к соглашению об этом. Контрагентам необходимо заключать отдельное соглашение о возможности использования факсимиле, иначе договор с его использованием будет признан недействительным <1>.

<1> См. Постановление ФАС Уральского округа от 30 августа 2000 г. N Ф09-1193/2000-ГК.

В современной судебно-арбитражной практике встречаются примеры негативного отношения к использованию факсимиле. Так, оформление векселей возможно только собственноручной подписью векселедателя <1>. Законодательство о налогах и сборах не предусматривает возможности использования аналогов собственноручной подписи, поэтому счета-фактуры, подписанные с помощью факсимиле, являются недействительными <2>.

<1> См.: п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 1997 г. N 18 "Обзор практики разрешения споров, связанных с использованием векселя в хозяйственном обороте" // Вестник ВАС РФ. 1997. N 10.

<2> См.: письмо МНС России от 1 апреля 2004 г. N 18-0-09/000042@, Постановление ФАС Поволжского округа от 18 января 2005 г. N А12-9345/04-С10 и др.

От имени юридического лица договор подписывает его орган, уполномоченный на это учредительными документами, т.е. единоличный исполнительный орган (директор, генеральный директор). Другие лица вправе подписывать договор только на основании доверенности.

Следует различать две ситуации, связанные с превышением полномочий при подписании договора от имени организации: договор подписан сотрудником, который не уполномочен надлежащим образом, т.е. не является органом юридического лица и не имеет доверенности; договор подписан органом юридического лица, но с превышением полномочий или за пределами полномочий <1>.

<1> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 14 мая 1998 г. N 9 "О некоторых вопросах практики применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок" // Вестник ВАС РФ. 1998. N 7.

В первом случае применяются последствия, предусмотренные ст. 183 ГК РФ о действиях представителя, во втором - ст. 174 ГК РФ о недействительности заключенной сделки. При отсутствии (превышении) полномочий действовать от имени другого лица сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица, если только представляемый впоследствии прямо не одобрит данную сделку (ст. 183 ГК РФ).

Эта норма применяется независимо от того, знала ли другая сторона о том, что представитель действует с превышением полномочий или при отсутствии таковых. Закон не предусматривает возможности считать такую сделку недействительной; напротив, сделка действительна и считается совершенной в интересах представителя. Конечно, контрагенту может быть невыгодно иметь договор с физическим лицом, вышедшим за пределы доверенности или не имевшим ее. Но суды не выясняют согласие контрагента на такой договор, а также способность конкретного физического лица быть стороной этого договора и возможность исполнить его условия.

В то же время судебная практика довольно широко трактует понятие "прямое последующее одобрение сделки", при наличии которого сделка будет считаться совершенной в интересах самого юридического лица. Прямым последующим одобрением сделки может считаться, например, частичная или полная оплата товаров, работ, услуг, их приемка, уплата процентов и неустойки и пр. <1> Подписание договора неизвестным лицом путем подражания подписи руководителя дает основания признать договор недействительным, однако наличие печати организации может быть расценено как последующее одобрение договора <2>. Подписание акта выполненных работ уполномоченными лицами также свидетельствует об одобрении сделки <3>.

<1> См.: п. 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 23 октября 2000 г. N 57 "О некоторых вопросах практики применения статьи 183 Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 2000. N 12.

<2> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 28 апреля 2005 г. N А57-46/04-2-21.

<3> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21 июня 2005 г. N Ф08-2592/2005.

В любом случае суд самостоятельно решает, применять или нет ст. 183 ГК РФ, учитывая прежние и последующие деловые отношения сторон <1>. Допустим, договор подписан неуполномоченным лицом, но отгруженный товар принят по накладным и оплачен. Данный факт не был признан судом "прямым последующим одобрением сделки", так как в накладных и счетах не было ссылок на номер и дату договора <2>. Подписание договора неуполномоченными лицами не является основанием для признания его незаключенным, это обстоятельство само по себе не создает препятствий для надлежащего исполнения договора <3>.

<1> См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 28 августа 2002 г. N А49-1377/02-72/18.

<2> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 6 марта 2002 г. N Ф08-562/2002.

<3> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 9 февраля 2004 г. N Ф08-158/2004.

Статья 174 ГК РФ о недействительности сделки, заключенной органом юридического лица за пределами своих полномочий, применяется при одновременном наличии нескольких условий. Во-первых, полномочия руководителя организации должны быть ограничены учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в законе.

На сегодняшний день в основном применяются три способа ограничения полномочий: по сумме сделки, по виду сделки и по соотношению суммы сделки и стоимости чистых активов организации. Допустим, в уставе компании указывается, что генеральный директор вправе заключать все виды сделок на сумму не более 1 млн. руб. Сделки, превышающие эту сумму, должны быть предварительно одобрены советом директоров или общим собранием участников (акционеров) компании. Следовательно, если директор совершит сделку на более крупную сумму, не получив одобрения от вышестоящего органа управления, такая сделка будет считаться оспоримой по ст. 174 ГК РФ. Ограничения полномочий руководителя по видам сделок встречаются на практике довольно редко, они могут быть связаны с возникновением обременительных обязательств для компании (например, выдача собственных векселей, поручительств за третьих лиц и т.п. независимо от суммы). Наконец, ограничения полномочий по соотношению суммы сделки и стоимости чистых активов в чем-то схожи с процедурой заключения крупных сделок в хозяйственных обществах (допустим, директору разрешается свободно заключать сделки, не превышающие 10 - 15% от стоимости чистых активов).

Во-вторых, в подобных случаях заключенная сделка является не просто недействительной, она оспорима. Следовательно, иск о признании ее недействительной может быть заявлен в течение года со дня, когда истец узнал или должен был узнать о соответствующих обстоятельствах.

В-третьих, иск может быть заявлен лицом, в интересах которого были ограничены полномочия руководителя. Таким лицом является отнюдь не контрагент по договору, а сама организация (иски предъявляют ее акционеры или участники "в защиту интересов организации"). Но суды вправе признавать такие сделки недействительными и по своей инициативе без предъявления иска, в том числе встречного.

В-четвертых, для признания сделки недействительной необходимо доказать, что другая сторона по сделке знала или заведомо должна была знать об ограничениях полномочий. На первый взгляд нет прямых доказательств того, что директор организации-контрагента вышел за пределы своих полномочий. Однако в предпринимательской деятельности нужно действовать с той степенью разумности и осмотрительности, которая требуется по условиям оборота (ст. 401 ГК РФ). Данное обстоятельство должно оцениваться с учетом всех обстоятельств дела, но обычно суды подходят к этому вопросу проще. Как правило, в преамбуле любого договора, указываются полномочия руководителя. Например, "компания в лице директора, действующего на основании

устава...". Таким образом, другая сторона по сделке заведомо должна ознакомиться с текстом устава своего контрагента и знать о существующих ограничениях полномочий <1>.

<1> Такой подход давно распространен в судебно-арбитражной практике (см., например: Вестник ВАС РФ. 1996. N 7. С. 41; 1997. N 3. С. 59). По справедливому мнению М.И. Брагинского, обязанность ознакомиться с уставом своего контрагента при заключении с ним договора вступает в явное противоречие с потребностями нормально функционирующего рынка (см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 178, 179).

Если впоследствии заключенная сделка одобрена, оснований для признания ее недействительной нет. Одобрением может считаться принятие исполнения по сделке, а также (что стало встречаться в судебной практике) одобрение ее на последующем заседании совета директоров или общем собрании участников (акционеров).

§ 4. Особенности ответственности за нарушение предпринимательского договора

Особенности ответственности по предпринимательским договорам обусловлены закрепленным в абз. 3 ч. 1 ст. 2 ГК РФ таким признаком предпринимательской деятельности, как осуществление ее на риск самого предпринимателя (лица, которое занимается предпринимательской деятельностью). Под риском применительно к вопросам, рассматриваемым в настоящем параграфе, следует понимать, во-первых, самостоятельную ответственность предпринимателя всем своим имуществом, на которое в соответствии с действующим законодательством может быть обращено взыскание по его долгам перед кредиторами, и, во-вторых, возложение на лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, всех отрицательных последствий такой деятельности. В соответствии со ст. 2 ГК РФ предпринимательская деятельность осуществляется на риск лиц, занимающихся ею. Поэтому, с одной стороны, для ответственности за нарушение предпринимательских договоров применяются более жесткие правила, например об основаниях ответственности, а с другой стороны, предоставляется большая свобода в определении ее объема.

В ГК РФ применительно к ответственности речь идет об ответственности за нарушение обязательства или за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. В связи с этим под ответственностью за нарушение предпринимательского договора следует понимать ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, возникшего на основании предпринимательского договора (ст. 307 ГК РФ).

В юридической литературе высказаны различные точки зрения по поводу юридического понятия гражданско-правовой ответственности <1>. Неоднозначно термин "ответственность" используется и в ГК РФ. По одним видам обязательств под ответственностью понимаются ее формы: возмещение убытков и уплата неустойки, а по другим - и те правовые последствия, которые наступают в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства (см., например, ст. 723 "Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество работы"). В настоящем параграфе под ответственностью за нарушение предпринимательского договора понимаются установленные законом или договором санкции имущественного характера в форме возмещения убытков и (или) уплаты неустойки, которые налагаются на сторону предпринимательского договора, не исполнившую или ненадлежаще исполнившую свое обязательство, связанное с осуществлением предпринимательской деятельности.

<1> См. обзор различных точек зрения: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 490 - 502, 511 - 514.

1. Особенности условий ответственности за нарушение предпринимательского договора

Основная особенность ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, связанного с осуществлением его стороной предпринимательской деятельности, предусмотрена п. 3 ст. 401 ГК РФ. В отличие от общего принципа ответственности за вину в соответствии с этим пунктом лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее такое обязательство, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы. Непреодолимой силой признаются чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства. В качестве примера таких обстоятельств могут быть приведены явления стихийного характера (землетрясение, наводнение, лесные пожары, удар молнии и т.п.), а также эпидемии, военные действия, крупные забастовки и т.д. Вместе с тем п. 3 ст. 401 ГК РФ содержит незакрытый перечень обстоятельств,

которые не признаются непреодолимой силой. ГК РФ отнес к ним три обстоятельства: нарушение обязательств контрагентами лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность (поставщик не исполнил своих обязательств перед покупателем по поставке грузовых автомобилей вследствие того, что ему вовремя не были поставлены его контрагентом - моторным заводом двигатели); отсутствие на рынке нужных для исполнения обязательства товаров или отсутствие у лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, денежных средств, необходимых для исполнения связанного с ней обязательства (у поставщика отсутствуют денежные средства для приобретения необходимого для изготовления продукции сырья и материалов либо у покупателя отсутствуют денежные средства для оплаты поставленных ему товаров).

Таким образом, по общему правилу ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, наступает независимо от вины, т.е. как при ее наличии, так и при ее отсутствии.

В соответствии с п. 3 ст. 401 ГК РФ исключения из указанного правила могут устанавливаться законом или договором.

По отдельным видам договорных обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, такие исключения предусмотрены самим ГК РФ. По некоторым из них ГК РФ прямо устанавливает ответственность за вину. Так, по договору контрактации производитель сельскохозяйственной продукции, не исполнивший свое обязательство перед заготовителем либо исполнивший его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (ст. 538), энергоснабжающая организация несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств при наличии вины, если в результате регулирования режима потребления энергии, осуществленного на основании закона или иных правовых актов, допущен перерыв в подаче энергии абоненту (п. 2 ст. 547), по договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ исполнитель несет ответственность перед заказчиком за нарушение договора, если не докажет, что оно произошло не по его вине (ст. 777).

По-иному сформулированы основания ответственности перевозчика за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств. Перевозчик несет ответственность за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза, если не докажет, что несохранность груза произошла вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело (ст. 796). Это означает, что ответственность перевозчика наступает при наличии его вины в несохранности груза, так как согласно абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ вина - это непринятие всех мер для надлежащего исполнения обязательства, которые необходимы при той степени заботливости и осмотрительности по характеру этого обязательства и условиям оборота. Ответственность перевозчика за просрочку доставки груза также наступает за вину. Транспортные уставы и кодексы конкретизируют перечень обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности. Например, на основании ст. 97 Устава железнодорожного транспорта РФ <1> перевозчика освобождают от ответственности за просрочку доставки груза непреодолимая сила, военные действия, блокада, эпидемии и иные независящие от перевозчика обстоятельства, препятствующие осуществлению перевозок, а также временное прекращение или ограничение перевозки грузов в определенных железнодорожных направлениях или на отдельные железнодорожные станции в порядке, установленном ст. 29 Устава.

<1> СЗ РФ. 2003. N 2. Ст. 170; N 28. Ст. 2891.

Статья 166 Кодекса торгового мореплавания РФ <1> предусматривает освобождение перевозчика от ответственности за утрату или повреждение груза либо за просрочку его доставки, если он докажет, что они произошли вследствие непреодолимой силы; опасностей или случайностей на море; любых мер по спасанию людей или разумных мер по спасанию имущества на море; пожара, возникшего не по вине перевозчика; действий или распоряжений соответствующих властей (задержания, ареста, карантина и др.); военных действий и народных волнений; действия или бездействия отправителя или получателя груза; скрытых недостатков груза, его свойств или естественной убыли; незаметных по наружному виду недостатков тары и упаковки груза; забастовок или иных обстоятельств, вызвавших приостановление либо ограничение работы полностью или частично; иных обстоятельств, возникших не по вине перевозчика, его работников или агентов.

<1> СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207; 2004. N 45. Ст. 4377.

По некоторым видам обязательств основания ответственности определяются с учетом вины контрагента лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность. Так, профессиональный хранитель отвечает за утрату, недостачу или повреждение вещей, если не докажет, что утрата,

недостача или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы, либо из-за свойств вещи, о которых хранитель, принимая ее на хранение, не знал и не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности поклажедателя (ст. 901 ГК РФ). По договорам хранения ценностей в банке с предоставлением клиенту индивидуального банковского сейфа (п. 3 ст. 922 ГК РФ) и хранения ценностей в предоставленном гостиницей сейфе (п. 2 ст. 925 ГК РФ) соответственно банк или гостиница освобождаются от ответственности за сохранность ценностей, если докажут, что по условиям хранения доступ кого-либо к сейфу без ведома клиента был невозможен либо стал возможным вследствие непреодолимой силы. Доверительного управляющего освобождают от ответственности за убытки, причиненные выгодоприобретателю и учредителю управления, непреодолимая сила либо действия выгодоприобретателя или учредителя управления (п. 1 ст. 1022 ГК РФ).

Исключения из принципа ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, независимо от вины могут устанавливаться не только законом, но и договором.

Включение в договор иных правил по сравнению с общим правилом об ответственности независимо от вины по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, ограничено.

Первое ограничение касается недопущения устранения или ограничения ответственности за умышленное нарушение обязательства, предусмотренного соглашением сторон, которое достигнуто до нарушения обязательства (п. 4 ст. 401 ГК РФ). Такое соглашение признается ничтожным по ст. 168 ГК РФ как не соответствующее закону. Из этой нормы следуют по крайней мере два вывода.

Представляется, что это ограничение распространяется как на предпринимательские договоры, которые заключены обеими сторонами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, так и на предпринимательские договоры, которые связаны с осуществлением предпринимательской деятельности только одной стороной.

Правила п. 4 ст. 401 ГК РФ подлежат применению как в случае установления ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), так и в случае, когда ответственность за нарушение таких обязательств наступает в соответствии с законом при наличии вины.

Второе ограничение касается договоров присоединения (ст. 428 ГК РФ), в отношении которых предусмотрены два правила в зависимости от сторон такого договора. Если договор присоединения для одной стороны связан с осуществлением предпринимательской деятельности, а для другой - нет, то последняя, присоединившись к условиям договора, разработанным первой стороной, вправе требовать расторжения или изменения договора, хотя этот договор и не противоречит закону (как в случае, предусмотренном п. 4 ст. 401 ГК РФ), но исключает или ограничивает ответственность стороны, осуществляющей предпринимательскую деятельность.

Если обе стороны осуществляют предпринимательскую деятельность, то требование о расторжении или изменении договора стороны, присоединившейся к договору, не подлежит удовлетворению, если она знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.

Третье ограничение касается договоров, одной из сторон которых является потребитель-гражданин. Так как нормы Закона о защите прав потребителей <1> об основаниях ответственности продавца, изготовителя, исполнителя независимо от вины являются императивными, то в договоре эти нормы не могут быть изменены.

<1> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 140; 2004. N 52. Ст. 5275.

Следует обратить внимание на то, что ГК РФ предусматривает условия, при которых за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств применяются санкции, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, не являющиеся гражданско-правовой ответственностью. Так, покупатель, которому поставлены товары ненадлежащего качества, вправе предъявить поставщику требования о безвозмездном устранении недостатков товара, а в случае существенного нарушения требований к качеству товара о замене такого товара либо отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной за него денежной суммы (ст. ст. 518 и 475 ГК РФ) при наличии условий, предусмотренных ст. 476 ГК РФ, которая различает их в зависимости от наличия или отсутствия договорной гарантии качества.

2. Объем ответственности за нарушение предпринимательского договора

По общему правилу лицо, не исполнившее или ненадлежаще исполнившее обязательство, обязано возместить своему контрагенту причиненные в связи с этим убытки в полном объеме (п. 1

ст. 393 ГК РФ). Под убытками понимаются расходы, которые контрагент произвел или должен будет произвести для восстановления ущерба в своей имущественной сфере, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые контрагент получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы обязательство было исполнено надлежаще.

В совместном Постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <1> содержатся разъяснения по определению объема подлежащих возмещению убытков. В п. 10 обращено внимание на то, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть предоставлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг; договор, определяющий размер за нарушение обязательств, и т.п.

<1> Вестник ВАС РФ. 1996. N 9.

При рассмотрении дел, связанных с возмещением убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, необходимо учитывать, что, если нарушенное право может быть восстановлено в натуре путем приобретения определенных вещей (товара) или выполнения работ (оказания услуг), стоимость таких вещей (товаров), работ или услуг должна определяться по правилам п. 3 ст. 393 ГК РФ и в тех случаях, когда на момент предъявления иска или вынесения решения фактические затраты кредитором еще не произведены (п. 49).

По отдельным видам обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, ГК РФ предусматривает порядок определения таких убытков. Так, ст. 524 ГК РФ закрепила порядок исчисления убытков при расторжении договора поставки вследствие нарушения обязательства поставщиком или покупателем. Если договор поставки расторгнут из-за нарушения обязательства поставщиком и покупатель в разумный срок после этого купил у другого лица по более высокой, но разумной цене товар взамен предусмотренного договором, то покупатель имеет право на возмещение убытков в виде разницы между установленной в договоре ценой и ценой по совершенной взамен сделке. Если же основанием расторжения договора поставки послужило нарушение обязательства покупателем и поставщик продал товар другому лицу по более низкой цене, чем установлена в договоре, то убытки в виде разницы в ценах возмещаются покупателем.

В ситуации, когда взамен расторгнутого договора не совершена сделка с другим лицом и на данный товар имеется текущая цена, соответствующая сторона может предъявить требование о возмещении разницы между ценой, установленной договором, и текущей ценой на момент расторжения договора.

Текущей ценой признается цена, обычно взимавшаяся при сравнимых обстоятельствах за аналогичный товар в месте, где должна быть осуществлена передача товара. Если в этом месте не существует текущей цены, может быть использована текущая цена, применявшаяся в другом месте, которая может служить разумной заменой, с учетом разницы в расходах по транспортировке товара.

Представляется, что указанный порядок расчета убытков может применяться по аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) к иным видам обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

В отношении определения размера неполученного дохода (имущественной выгоды) разъяснено, что при его расчете необходимо учитывать разумные затраты, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода следует определять исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительных расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров (п. 11 Постановления).

В соответствии с п. 1 ст. 400 ГК РФ по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность).

ГК РФ допускает ограничение ответственности в различных формах, в частности установления исключительной неустойки, когда взысканию подлежит только неустойка, но не убытки (абз. 2 п. 1 ст. 394), возможности возмещения только реального ущерба. Исключительная неустойка может предусматриваться законом или договором. Так, транспортными уставами и кодексами установлена исключительная неустойка за просрочку доставки грузов, а также за

неподачу перевозчиком транспортных средств и неиспользование отправителем поданных транспортных средств. В соответствии со ст. 547 ГК РФ энергоснабжающая организация, не исполнившая или ненадлежащее исполнившая обязательство, обязана возместить только реальный ущерб.

По некоторым видам обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, даже реальный ущерб не возмещается полностью. Например, согласно п. 2 ст. 777 ГК РФ исполнитель по договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ по общему правилу обязан возместить причиненные убытки в пределах стоимости работ, в которых выявлены недостатки, если договором не предусмотрено, что они подлежат возмещению в пределах общей стоимости работ по договору, а ст. 923 ГК РФ предусматривает, что в случае утраты, недостачи или повреждения вещей, сданных в камеру хранения, транспортная организация отвечает в пределах суммы их оценки поклажедателем при сдаче на хранение. Пункты 2 и 3 ст. 796 ГК РФ ограничивают ответственность перевозчика за утрату или недостачу груза (багажа) размером стоимости утраченного или недостающего груза (багажа); за его повреждение (порчу) размером суммы, на которую понизилась стоимость груза (багажа). При невозможности восстановить поврежденный груз (багаж) перевозчик возмещает ущерб в размере его стоимости. В случае утраты груза (багажа), сданного к перевозке с объявлением его ценности, ответственность перевозчика ограничивается размером объявленной ценности. Помимо возмещения убытков в указанных размерах на перевозчика возлагается обязанность возвратить провозную плату за перевозку утраченного, недостающего, испорченного или поврежденного груза или багажа, если эта плата не входит в стоимость груза.

На воздушном и морском транспорте действуют иные правила (ст. 119 Воздушного кодекса РФ <1> и ст. 170 Кодекса торгового мореплавания <2>). Так, воздушный перевозчик несет ответственность за утрату, недостачу, повреждение (порчу) груза (багажа), принятого к перевозке без объявленной ценности, в размере стоимости груза (багажа), но не более двух установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда за килограмм веса груза (багажа), а за вещи, находящиеся при пассажире, если невозможно установить их стоимость, - в размере их стоимости, но не более чем 10 установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда.

<1> СЗ РФ. 1997. N 12. Ст. 1383; 2007. N 50. Ст. 6245.

<2> СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207; 2007. N 50. Ст. 6246.

Стороны обязательства могут ограничить свою ответственность своим соглашением. В основном это правило применяется к обязательствам, которые для обеих сторон связаны с осуществлением предпринимательской деятельности. Так, в соответствии с п. 1 ст. 902 ГК РФ возмездным договором хранения, в том числе на товарном складе, может быть ограничена ответственность поклажедателя в размере полного возмещения убытков (ст. 393), причиненных утратой, недостачей или повреждением вещей, принятых на хранение.

Вместе с тем соглашение сторон об ограничении ответственности в случаях, предусмотренных законом, может быть признано недействительным. Так, согласно п. 2 ст. 793 ГК РФ соглашения транспортных организаций с пассажирами и грузовладельцами об ограничении или устранении установленной законом ответственности перевозчика недействительны, за исключением случаев, когда возможность таких соглашений при перевозках грузов предусмотрена транспортными уставами и кодексами. В этой норме в наибольшей степени проявляется дифференциация правового регулирования ограничения ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности обеими его сторонами или только одной из них. Связано это с необходимостью защиты прав более слабой стороны, гражданина-потребителя. Ограничение предусмотренной законом ответственности перед потребителем стороны, осуществляющей предпринимательскую деятельность, в договоре не допускается, в то время как такое ограничение возможно в договоре, который для обеих сторон является предпринимательским, в случаях, предусмотренных законом.

Пункт 2 ст. 400 ГК РФ содержит еще одно важное правило для защиты прав гражданина-потребителя. Соглашение об ограничении размера ответственности лица, для которого обязательство по договору присоединения связано с осуществлением предпринимательской деятельности, является ничтожным в двух случаях: либо когда размер ответственности для данного вида обязательства или за данное нарушение определен законом, либо когда указанное соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

3. Виды ответственности за нарушение предпринимательского договора

Когда на стороне должника, не исполнившего или ненадлежаще исполнившего обязательство, связанное с осуществлением предпринимательской деятельности, выступают два и более юридических лица и (или) индивидуальных предпринимателя, ГК РФ различает долевую, солидарную или субсидиарную ответственность.

В исключение из общего правила о долевой ответственности таких должников (ст. 321 ГК РФ) для обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, установлена солидарная ответственность (п. 2 ст. 322 ГК РФ). При солидарной ответственности кредитор вправе требовать исполнения обязательства как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности как полностью, так и в части долга. Если кредитор не получит полного удовлетворения от одного из солидарных должников, он вправе требовать того, что недополучил, от остальных солидарных должников, которые остаются обязанными перед кредитором до тех пор, пока обязательство не будет исполнено полностью (ст. 323 ГК РФ).

В случае исполнения солидарной обязанности одним из солидарных должников полностью все остальные солидарные должники освобождаются от ответственности перед кредитором.

Однако должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях, за вычетом доли, падающей на него самого, а если один из солидарных должников не исполнит это требование, то неуплаченное распределяется в равных долях между должником, не исполнившим регрессное требование, и остальными должниками. Указанные правила применяются, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками (ст. 325 ГК РФ).

Нормы о солидарной ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, содержатся в главах ГК РФ, посвященных отдельным видам обязательств. Так, по договору финансового лизинга, когда продавец имущества, передаваемого в аренду, выбирается арендодателем, продавец и арендодатель несут солидарную ответственность перед арендатором по обязательствам, вытекающим из договора купли-продажи (п. 2 ст. 670). Установлена солидарная ответственность пользователя и правообладателя по договору коммерческой концессии по требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя (ч. 2 ст. 1034), товарищей по договору простого товарищества, связанному с осуществлением его участниками предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 1047 ГК РФ).

Из правила о солидарной ответственности по обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, могут предусматриваться исключения законом, иными правовыми актами или договором. Так, если на стороне подрядчика по договору подряда, в том числе строительного подряда, выступают одновременно два или более лица, они несут перед заказчиком долевую ответственность при делимости предмета обязательства (п. 2 ст. 707 ГК РФ). В соответствии с ч. 1 ст. 1034 ГК РФ правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии.

Раздел II. ДОГОВОРЫ О ПЕРЕДАЧЕ ИМУЩЕСТВА

Глава 2. ДОГОВОР ПОСТАВКИ

§ 1. Понятие договора поставки

1. Определение понятия договора поставки. Договор поставки - один из наиболее применяемых в предпринимательской деятельности договоров. Он направлен на возмездное перенесение права собственности (иного вещного права) на товар от продавца (поставщика) на покупателя. Этот договор является одним из основных видов договора купли-продажи.

Договор поставки широко применяется в промышленности, сельском хозяйстве при реализации произведенных товаров. Торговые, сбытовые, снабженческие организации используют этот договор при продвижении товаров от изготовителей к потребителям. По договору поставки приобретают товары организации-потребители всех отраслей экономики.

Гражданский кодекс договором поставки признает договор, по которому поставщик (продавец), осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или покупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

В этом определении закреплены признаки, позволяющие отграничить договор поставки от других видов договора купли-продажи. К ним прежде всего относятся: состав сторон договора (правовой статус поставщика) и цель покупки товара.

В качестве продавца (поставщика) в договоре поставки выступает предприниматель. Это может быть коммерческая организация либо гражданин - индивидуальный предприниматель. Поставщик продает либо производимые им товары, либо товары, купленные для продажи.

Второй основной признак - цель приобретения товара. Договором поставки признается договор, по которому товар приобретается либо для использования в предпринимательской деятельности (для промышленной переработки и потребления, для последующей продажи и другой профессиональной деятельности), либо для иной деятельности, не связанной с личным, домашним, семейным и иным подобным использованием товара (поставки в мобилизационные ресурсы, армию, детские сады и др.). Из цели покупки следует, что и вторая сторона договора - покупатель чаще всего является предпринимателем.

Гражданин как физическое лицо, не занимающееся предпринимательской деятельностью, стороной договора поставки быть не может.

Наряду с основными признаками важны вторичные признаки договора поставки, содержащиеся в определении договора поставки, закрепленном в ст. 506 ГК РФ.

Эти особенности заключаются в следующем:

- во-первых, по договору поставки возможна передача товаров единовременно (в срок) либо отдельными партиями в течение длительного периода (в обусловленные сроки), а также передача либо одной вещи, в том числе индивидуально-определенной (машины, прибора индивидуального исполнения и др.), либо большого количества вещей;

- во-вторых, момент заключения договора и срок его исполнения, как правило, не совпадают;

- в-третьих, изготовителем часто заключается договор на будущие вещи, поставщик же - посредник не всегда является собственником продаваемых вещей;

- в-четвертых, для договора поставки характерны длящиеся отношения и исполнение обязательства частями (отдельными партиями);

- в-пятых, в структуре договорных связей по поставкам часто участвуют посреднические организации, поэтому потребитель в этих случаях не является стороной договора поставки, заключаемого изготовителем товара.

Из сказанного вытекает, что договор поставки с учетом характерных для него черт является возмездным, двусторонним, консенсуальным.

Субъектный состав договора поставки и его цели служат основой установления стабильных и длительных хозяйственных связей предпринимателей. Именно при поставках нередко применяются так называемые рамочные (организационные) договоры, в которых отсутствуют условия о количестве и ассортименте покупаемых товаров. В них определяются лишь порядок согласования количества и ассортимента товаров, подлежащих поставке в течение длительного периода, и условия поставки.

Признаки договора поставки позволяют определить вид заключенного договора купли-продажи независимо от того, какое наименование ему присвоили стороны. Судебная практика в случае спора о характере договора при квалификации правоотношений спорящих сторон исходит из признаков договора поставки, предусмотренных ст. 506 ГК, независимо от использованного наименования договора, названия сторон либо обозначения способа передачи товара в тексте договора <1>.

<1> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. N 18 "О некоторых вопросах, связанных с применением Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки" // Вестник ВАС РФ. 1998. N 3.

Если для разграничения договоров поставки и розничной купли-продажи прежде всего используется цель покупки, то при разграничении договоров поставки и контрактации учитываются профессиональная деятельность продавца и вид подлежащих передаче товаров. В силу ст. 535 ГК продавцом по договору контрактации является производитель сельскохозяйственной продукции. Контрактуется при этом будущая сельскохозяйственная продукция, подлежащая выращиванию или производству.

Договор энергоснабжения отличается от договора поставки по ряду признаков, в том числе по цели подачи электрической или тепловой энергии и субъектам договора. При подаче энергоресурсов через присоединенную сеть для бытового назначения (гражданам) используется договор энергоснабжения, так как договор поставки неприменим при продаже товаров в целях, связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием. Тот же признак позволяет отграничить договор поставки газа для производственных нужд от договора подачи газа гражданам для бытового потребления. На отношения по последнему договору в соответствии со ст. 548 ГК распространяются нормы о договоре энергоснабжения. Кроме того, одной стороной в договоре энергоснабжения, как правило, является потребитель (абонент), и стороны обладают правом взаимного контроля в процессе исполнения договора. Условия договора энергоснабжения (его содержание) существенно отличаются от договора поставки.

2. Особенности правового регулирования договора поставки. Основным правовым источником для договора поставки служит ГК РФ. Договор поставки как вид договора купли-продажи подчиняется общим положениям о купле-продаже, включенным в § 1 гл. 30 ГК. Вместе с тем договор поставки регулируется нормами § 3 той же главы.

Нормы § 3 гл. 30 ГК РФ являются по отношению к общим положениям о договоре купли-продажи специальными, следовательно, подлежат приоритетному применению.

Более детальное, а в отдельных случаях более жесткое регулирование договорных отношений по поставкам связано с тем, что такой договор в основном используется коммерческими организациями - профессиональными участниками товарного рынка.

Значение общих положений гл. 30 ГК особенно велико именно для договора поставки. В § 3 гл. 30 отсутствуют нормы о таких важных условиях этого договора, как количество и ассортимент, качество и комплектность, цена, расчеты и др. Эти условия определяются нормами § 1 гл. 30 ГК "Общие положения о купле-продаже". Такое соотношение норм обусловлено тем, что юридические различия договора поставки и общих положений о договоре купли-продажи все же не столь велики.

Наряду с нормами гл. 30 ГК к договору поставки применяются другие законы Российской Федерации, а также постановления Правительства РФ, регулирующие отношения по поставкам. Нормы о поставках продовольственных товаров включены в Федеральный закон "О государственном регулировании агропромышленного производства" <1>. К договору поставки газа для производственных нужд применяются Правила поставки газа в Российской Федерации, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. N 162 <2>.

<1> СЗ РФ. 1997. N 29. Ст. 3501.

<2> СЗ РФ. 1998. N 6. Ст. 770.

Существенное значение для договора поставки имеет применение деловых обычаев и деловых обыкновений.

§ 2. Особенности заключения договора поставки

В силу принципа свободы договора договор поставки заключается по соглашению сторон, так же как и условия договора поставки определяются, как правило, соглашением его сторон. Однако отдельные законы в исключение из общего принципа свободы договора предусматривают обязанность поставщика заключить договор поставки, а их императивные нормы предопределяют в известной степени условия договора. Так, Закон о защите конкуренции (ст. 10) запрещает хозяйствующим субъектам - поставщикам, занимающим доминирующее положение на товарном рынке, отказываться от заключения договоров с потребителями при наличии возможности производства или поставки соответствующего товара. Закон "Об электроэнергетике" (ст. 37) предусматривает обязанность гарантирующего поставщика заключить договор поставки электроэнергии по требованию потребителя. Оба эти закона запрещают включать в договор дискриминационные условия.

Во всех случаях, когда из ГК и иных законов вытекает обязанность поставщика заключить договор, подлежат применению порядок и сроки заключения договора, установленные ст. 445 ГК.

Согласно деловым обыкновениям при поставках оферта в форме проекта договора, как правило, направляется поставщиком. Отдельные нормативные акты, например Правила поставки газа в Российской Федерации, возлагают направление проекта договора на поставщика.

В некоторых случаях оферте могут предшествовать направление заявки, переговоры сторон, обмен письмами по поводу возможных условий договора (например, по договорам поставки индивидуального оборудования, машин, приборов). Такую стадию, предшествующую оферте, обычно называют преддоговорными контактами. Она является факультативной.

При наличии разногласий принято в деловой практике составление стороной, получившей договор, протокола разногласий. Исходя из широкого применения договора поставки во всех сферах экономики ГК определил порядок согласования разногласий по договору поставки, заключенному при отсутствии обязанности заключить его (ст. 507).

Сторона, получившая возражения по условиям договора поставки или предложение о согласовании новых условий (в форме протокола разногласий, письма, телеграммы и др.), обязана принять меры к согласованию условий договора. Этой статьей установлен 30-дневный срок для согласования соответствующих условий, если иной срок не определен сторонами. В случае, когда сторона, получившая предложение о согласовании иных условий, считает нецелесообразным такое согласование, она обязана в тот же срок уведомить другую сторону об отказе заключить договор на предложенных условиях. Таким образом, из ст. 507 ГК вытекает необходимость активных действий стороны, получившей акцепт с возражениями (договор с протоколом разногласий). Она должна либо уведомить другую сторону об отказе от заключения договора,

либо принять меры к согласованию разногласий путем обмена документами, личных встреч руководителей и др. Если существенные условия договора не согласованы и разногласия не устранены, договор признается незаключенным.

Нарушение обязанности принять меры к устранению возражений, т.е. уклонение от согласования спорных условий, несообщение об отказе заключить договор, рассматривается как основание для предъявления второй стороной требований о возмещении убытков.

Несогласованные разногласия по договору, заключение которого не является обязательным, могут быть переданы на рассмотрение арбитражного суда только при наличии об этом соглашения сторон (ст. 446 ГК).

Срок действия договора поставки. Договор поставки может быть разовый, годовой, долгосрочный. В соответствии с деловыми обыкновениями часть условий договора поставки излагается в его тексте, часть - в прилагаемой к договору спецификации, являющейся неотъемлемой частью договора. В годовом и долгосрочном договорах стороны могут согласовать условия о количестве и ассортименте и т.п. на один год (квартал) и предусмотреть порядок согласования спецификации на последующие годы (периоды). Годовые и долгосрочные договоры поставки заключаются путем составления одного документа, подписываемого сторонами, либо иным способом, предусмотренным п. 2 ст. 434 ГК. При разовых поставках часто применяется акцепт в форме, предусмотренной п. 3 ст. 438 ГК. В соответствии с этой нормой совершение лицом, получившим оферту, действий по выполнению указанных в ней условий в срок, установленный для принятия оферты, признается ее акцептом.

§ 3. Содержание договора. Права и обязанности сторон

1. Основные обязанности сторон. Из определения понятия договора поставки вытекает, что основной обязанностью поставщика является передача товара покупателю в количестве, ассортименте и в сроки, обусловленные договором, а покупателя - принять товар, проверить его соответствие условиям договора и оплатить обусловленную договором цену.

Принятие товара покупателем охватывает ряд действий, обеспечивающих определение соответствия поставленного товара условиям договора и сопроводительным документам. Объем таких действий зависит от обусловленного договором способа передачи товара, порядка и места исполнения договорных обязательств. При сдаче поставщиком перевозчику товара для доставки покупателю последний обязан принять товар от перевозчика - транспортной организации в порядке, действующем на транспорте, и осуществить осмотр товара.

В соответствии со ст. 513 ГК РФ покупатель обязан осмотреть принятые товары, проверить их количество и качество. О выявленном несоответствии или недостатках товаров покупатель обязан незамедлительно письменно уведомить поставщика. В соответствии с деловыми обычаями проверка покупателем количества и качества принятых товаров производится в порядке и в сроки, предусмотренные договором. Результаты проверки отражаются в акте.

Судебная практика допускает применение к приемке товаров по соглашению сторон Инструкций о приемке продукции по количеству и качеству, утвержденных Госарбитражем СССР в 1965 и 1966 гг. <1>. О выявленном несоответствии товара условиям договора покупатель также обязан уведомить поставщика в соответствии со ст. 483 ГК РФ.

<1> См.: п. 14 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. N 18.

О выявленном несоответствии товара условиям договора покупатель также обязан уведомить поставщика, согласно ст. 483 ГК.

Если несоответствие товара договору является существенным, дающим право отказаться от товара, покупатель обязан принять товар на ответственное хранение и незамедлительно уведомить поставщика как о выявленном несоответствии, так и о своем решении отказаться от приема товара. Неуведомление об отказе от товара, если выявленное несоответствие не влияет на возможность реализации, дает право считать, что товар принят покупателем.

Именно такую трактовку неуведомления покупателем об отказе от товаров, не соответствующих по ассортименту условиям договора, дает п. 4 ст. 468 ГК.

Права и обязанности сторон конкретного договора определяются его условиями. Совокупность условий договора, устанавливающих права и обязанности сторон, срок и порядок исполнения договора, составляет содержание договора.

Среди условий договора следует выделить те, которые признаны для договора поставки как вида купли-продажи существенными. Статья 455 ГК отнесла к ним условия о количестве и наименовании товара.

Условия поставки, предусмотренные диспозитивными нормами § 3 гл. 30 ГК, если они иначе не определены в договоре, также становятся условиями договора и не нуждаются в

воспроизведении в его тексте. Не нуждаются в воспроизведении в договоре и императивные нормы ГК.

Для договора поставки, особенно заключенного на длительный срок, важно четко определить количество и ассортимент подлежащих поставке товаров, их качество и комплектность, сроки и порядок поставки, цену и условия расчетов.

2. Количество и ассортимент товаров. Количество товаров, подлежащих передаче, как существенное условие договора определяется сторонами в соответствующих единицах измерения или денежном выражении. В договоре поставки, заключенном на год или на несколько лет, стороны могут указать объемы поставок (количество) на весь срок действия договора либо установить порядок определения количества товаров, подлежащих передаче в течение каждого года или даже полугодия, квартала.

Количество определяется в договоре поставки по каждому наименованию товара и по каждой позиции ассортимента с соблюдением правил, установленных ст. 455 ГК.

Ассортимент товаров хотя не отнесен ГК к существенным условиям договора поставки, имеет важное значение. Стороны определяют ассортимент с учетом правил, установленных ст. 467 ГК. Приоритет при определении ассортимента имеет покупатель. В соответствии с деловыми обыкновениями стороны указывают ассортимент, как правило, в спецификации. Деловой практике известны два способа определения ассортимента в годовых и долгосрочных договорах поставки. Стороны могут определить групповой ассортимент на год и установить при этом порядок и сроки согласования развернутого ассортимента в дальнейшем либо возможно установление соглашением сторон ассортимента товаров на весь срок действия договора с включением в него условий о порядке и сроках внесения изменений в согласованный ассортимент.

Количество и ассортимент товаров относятся к условиям договора поставки, определяемым по усмотрению сторон.

3. Качество и комплектность товаров. Условие договора о качестве товаров определяется сторонами по правилам, предусмотренным ст. 469 ГК. Оно устанавливается в договоре поставки обычно путем указания документа, которому качество товара должно соответствовать (технологический регламент, стандарт). При этом, если таким документом предусмотрены обязательные требования к качеству товара, поставщик вправе отступать от них только в случае, когда в договоре устанавливаются повышенные требования к качеству по сравнению с обязательными. Условия договора поставки как предпринимательского, снижающие требования к качеству товаров по сравнению с обязательными требованиями, являются недействительными (п. 4 ст. 469 ГК).

В случаях, когда условие договора о качестве товара определяет поставщик путем отсылки к утвержденному им самим стандарту, качество должно ему соответствовать. Такое условие рассматривается как договорное условие о качестве, если при заключении договора покупатель не представил возражений и иных требований к качеству.

При определении гарантийного срока в договоре поставки могут быть предусмотрены: условия о сроках распространения гарантии на составляющие части товара (комплектующие изделия); момент, с которого начинает течь гарантийный срок; исчисление гарантийного срока на комплектующие изделия, а также иные условия, предусмотренные ст. 471 ГК.

Усмотрение сторон при формировании условия договора о комплектности товаров не ограничивается нормативным документом о стандартизации. Стороны не связаны условиями нормативного документа о стандартизации, так как правила этого документа о комплектности не носят императивного характера, не определяют обязательных требований, а имеют значение рекомендаций. Следовательно, при заключении договора у сторон есть два варианта определения комплектности товара: а) отсылка к требованиям нормативного документа о стандартизации; б) включение в договор условия о поставке товара без ненужных покупателю комплектующих изделий либо о поставке товара с дополнительными, по сравнению с документом о стандартизации, комплектующими изделиями.

4. Сроки поставки. Срок поставки может быть определен в договоре путем указания конкретной даты (конкретного месяца, квартала) либо указания периодов поставки в течение срока действия договора. Сроки исполнения обязательства поставки можно считать обусловленными и тогда, когда в договоре отсутствуют конкретные сроки передачи товаров, но определен срок действия договора. В этом случае в соответствии со ст. 314 ГК передача товара может быть осуществлена по требованию покупателя в любой срок в пределах срока действия договора. Поставщик при исполнении договора, не содержащего срока поставки, может руководствоваться диспозитивной нормой ст. 508 ГК, предусматривающей поставку товаров помесячно равными партиями. При заключении договора поставки с условием его исполнения к строго определенному сроку применяется ст. 457 ГК.

Для годовых и долгосрочных договоров важно не только указание конкретных сроков передачи товаров, но и периодов поставки.

Деловой практике известны квартальные, месячные, декадные и иные периоды. Период поставки - это равномерный промежуток времени, в течение которого производится поставка предусмотренного договором количества товаров отдельными партиями (по частям). Статья 508 ГК о периодах поставки носит диспозитивный характер, т.е. предусмотренные ею месячные периоды поставки применяются только в случаях отсутствия в договоре условия о периодах поставки. Выбор сторонами периода поставки зависит от особенностей товаров, места нахождения сторон, количества товаров, способов поставки (передачи) товаров.

Период поставки товаров имеет значение для применения диспозитивной нормы, устанавливающей сроки представления отгрузочной разнарядки (ст. 509), нормы, предусматривающей порядок восполнения недопоставки товаров (ст. 511). Досрочная поставка или просрочка поставки также часто определяется исходя из установленного договором периода поставки.

Кроме периодов поставки стороны могут согласовывать графики поставки. Определяемые сторонами графики поставки устанавливают сроки передачи товаров в пределах периода поставки. Их назначение - обеспечить равномерную передачу товаров, в том числе скоропортящихся, а также товаров, для хранения которых необходимы специальные емкости, и др.

5. Последствия поставки с нарушением сроков (периодов). Нарушением срока являются как досрочная поставка, так и просрочка поставки. Досрочная поставка - это поставка до наступления предусмотренной договором календарной даты передачи товара либо периода поставки. Она допускается только с согласия покупателя. Согласие покупателя на досрочную поставку может быть оговорено непосредственно в договоре либо сообщено им поставщику в письменной форме по конкретной поставке.

В соответствии со сложившейся практикой при досрочной поставке без согласия покупателя товары принимаются им на ответственное хранение и подлежат оплате по цене, действующей на момент наступления срока поставки.

Иные последствия влечет просрочка поставки, т.е. непередача поставщиком покупателю товаров до конца обусловленного договором срока (периода). В соответствии с п. 3 ст. 511 ГК покупатель вправе отказаться от принятия товаров, поставка которых просрочена, если договором не предусмотрено иное. При этом покупатель обязан в письменной форме уведомить поставщика о своем отказе от получения товаров. Сам по себе факт просрочки передачи товаров без направления уведомления об отказе не дает покупателю права отказаться от принятия и оплаты товаров, отгруженных по истечении срока поставки, но в пределах срока действия договора. Такая норма соответствует предусмотренной ГК обязанности поставщика восполнить недопоставку в следующем периоде.

Вопрос о последствиях просрочки поставки должен решаться по-другому, если договором предусмотрена поставка к строго определенному сроку или из договора ясно вытекает, что при нарушении срока его исполнения покупатель утрачивает интерес к договору (например, поставка новогодних елок, сувениров к определенному празднику и др.). В этом случае должна применяться ст. 457 ГК, согласно которой продавец может исполнить договор после истечения определенного в нем срока только с согласия покупателя.

6. Порядок исполнения поставщиком обязанности передать товар покупателю. Исполнение договора поставки возможно путем доставки товара либо выборки товара покупателем. В ГК термин "доставка" применен для обозначения одного из способов исполнения поставщиком обязанности по передаче товара покупателю, а именно путем сдачи товаров организации транспорта для доставки покупателю. В соответствии со ст. 458 ГК термин "доставка" означает и передачу поставщиком товара покупателю в месте его нахождения, и передачу товара организации связи для доставки покупателю. В ст. 510 ГК использован термин "выборка", традиционно применяемый в законодательстве о поставках. Понятие выборки как получения товаров покупателем в месте нахождения поставщика аналогично использованному в ст. 458 ГК понятию предоставления продавцом товара в распоряжение покупателя в месте нахождения товара. Поэтому при определении момента исполнения поставщиком обязанности передачи товара покупателю, места и порядка ее исполнения стороны руководствуются как ст. 510, так и ст. 458 ГК.

Таким образом, передача товара покупателю (указанным им получателям) возможна тремя способами: доставка поставщиком товара покупателю; передача товара организациям транспорта или связи для доставки покупателю; получение товаров покупателем в месте нахождения поставщика.

Если поставщик передает товар организации транспорта для его доставки покупателю, то в договоре определяются вид транспорта (железнодорожный, водный, автомобильный, воздушный), скорость доставки (грузовая или иная скорость) и иные условия перевозки. При отсутствии условий о способе транспортировки право выбора вида транспорта предоставлено поставщику.

Когда договором установлена обязанность покупателя получить своими силами и своим транспортом товар в месте нахождения поставщика (обязанность выборки), в договоре

определяются порядок уведомления покупателя о готовности товаров к получению, а также срок получения им товаров после уведомления. При отсутствии срока выборки товаров в договоре их выборка производится покупателем в разумный (реальный, нормальный) срок, исчисляемый с момента получения уведомления о готовности товаров. Готовность товаров к передаче означает выполнение поставщиком действий, предусмотренных ст. 458 ГК, т.е. действий по идентификации товара (его маркировка, упаковка или затаривание и т.д.).

Срок получения покупателем товаров в месте их нахождения может быть предусмотрен в договоре путем согласования графика поставки. В этом случае не требуется уведомление о готовности, так как поставщик обязан предоставить товар в распоряжение покупателя к сроку, определенному графиком.

7. Цена товара. Оплата товара как основная обязанность покупателя осуществляется по цене, обусловленной договором. В соответствии со ст. 424 ГК при заключении договора стороны, как правило, устанавливают цену своим соглашением (свободную договорную цену). Лишь при государственном регулировании цены стороны договора поставки применяют фиксированную или регулируемую цену.

В процессе согласования цены на товар стороны, кроме того, определяют, какая из сторон несет расходы по доставке (определяют франкировку). В договоре, заключенном со снабженческими, сбытовыми, торговыми и иными посредническими организациями, стороны могут также согласовать размер снабженческо-сбытовых скидок и наценок.

В годовом или ином долгосрочном договоре поставки важным условием является условие о порядке согласования цены на товары, поставляемые в течение длительного срока. Например, с учетом инфляции стороны могут обусловить цену на один период поставки (квартал, месяц), с тем чтобы цена товаров на каждый последующий период определялась в порядке, предусматриваемом договором.

На основании п. 2 ст. 424 ГК, закрепляющего принцип неизменности установленной в договоре цены, стороны могут определять в долгосрочном договоре поставки возможность изменения цены при изменении обстоятельств, учитываемых при заключении договора. Судебно-арбитражная практика исходит из того, что арбитражный суд должен отказать в удовлетворении требований об увеличении или уменьшении цены, установленной договором, при отсутствии в договоре условий о возможности изменения цены.

8. Сроки платежа и форма расчетов. Стороны вправе избрать любую из тех форм расчетов, которые указаны в ст. 862 ГК. Если же в договоре отсутствует условие о форме расчетов, то применяется форма, предусмотренная диспозитивной нормой ст. 516 ГК, т.е. расчеты осуществляются платежными поручениями.

В соответствии со ст. 486 ГК оплата товаров может быть произведена как до, так и после передачи товаров либо в момент передачи. При этом стороны могут предусмотреть различные сроки оплаты: осуществить предварительную оплату либо оплату покупателем товаров через определенное время после их передачи, т.е. продажу в кредит, в том числе и оплату в рассрочку. При отсутствии в договоре конкретного срока платежа покупатель обязан оплатить товар непосредственно после передачи, т.е. незамедлительно.

9. Обязанность восполнения недопоставки. Исполнение договора поставки подчиняется общим нормам об исполнении договора, установленным общими положениями об обязательствах ГК. Вместе с тем к исполнению предпринимательского договора предъявляются более жесткие требования, диктуемые потребностями хозяйственного оборота.

Гражданский кодекс устанавливает обязанность поставщика реально выполнить обязательство поставки. Поставщик, допустивший недопоставку товаров в отдельном периоде поставки, обязан в соответствии со ст. 511 восполнить недопоставленное количество товаров. Принцип восполнения недопоставленных товаров давно был известен законодательству о поставках. Статья 511 ГК, воспроизводя его, включает ряд правил о порядке, основаниях и сроках восполнения недопоставленного товара по договору поставки с длящимися отношениями. Однако этот принцип применим и для одноразовой поставки.

Обязанность восполнения установлена на случай недопоставки товаров, просрочки поставки или ненадлежащего исполнения поставщиком указаний покупателя о поставке товаров получателям. Недопоставка выражается либо в передаче поставщиком товаров в период поставки в меньшем, чем обусловлено договором, количестве, либо в неисполнении обязанности по передаче товаров в обусловленном договором количестве. Недопоставка означает не только нарушение условий о количестве, но и о сроке, следовательно, недопоставка одновременно является и просрочкой поставки. Термин "просрочка поставки" обычно применяется к случаю выполнения обязательства по количеству с нарушением обусловленного срока. В соответствии с п. 1 ст. 511 ГК поставщик обязан передать покупателю не поставленные в одном периоде товары в следующем периоде (месяце, квартале). При диспозитивном характере нормы о периодах поставки (ст. 508 ГК) в договоре могут быть предусмотрены и иные сроки восполнения недопоставки (например, при месячных периодах поставки - квартальное восполнение).

Обязанность восполнения недопоставки товаров сохраняется в пределах срока действия договора. В долгосрочном договоре стороны вправе ограничить предельный срок восполнения. Из диспозитивного характера ст. 511 ГК вытекает также возможность включения в договор условия, исключающего обязанность поставщика восполнять недопоставленное количество товаров без предварительного согласия покупателя. Кроме того, отсутствует обязанность восполнения по договору с условием его исполнения к строго определенному сроку (ст. 457 ГК).

§ 4. Условия договора поставки при возложении исполнения договорных обязательств на третьих лиц

1. Указание покупателем получателей товаров. В качестве покупателя по договору поставки нередко выступают оптовые торговые, комплектующие, сбытовые и иные коммерческие организации, осуществляющие профессиональную деятельность по реализации товаров. ГК определяет порядок возложения покупателем исполнения договора на третьих лиц - получателей.

Покупатель вправе указать непосредственно в договоре получателей товаров (их отгрузочные реквизиты) либо предусмотреть в договоре порядок и сроки представления отгрузочной разнарядки. Отгрузочная разнарядка - документ, в котором покупатель указывает получателей товаров и их отгрузочные реквизиты. В соответствии с п. 2 ст. 509 ГК право покупателя давать поставщику указание об отгрузке (передаче) товаров третьим лицам (получателям), т.е. представлять отгрузочную разнарядку, должно быть предусмотрено договором. В договоре определяются также содержание разнарядки и срок ее представления. Содержание разнарядки по количеству и ассортименту товаров, подлежащих передаче получателям, и срокам (периодам) поставки должно соответствовать условиям договора поставки.

Если срок представления отгрузочной разнарядки договором не предусмотрен, то в соответствии с диспозитивной нормой (п. 2 ст. 509 ГК) разнарядка должна быть направлена поставщику не позднее чем за 30 дней до наступления периода поставки. На определение сторонами срока направления разнарядки влияют способ доставки, вид транспорта, место нахождения сторон.

ГК предусматривает последствия непредставления покупателем отгрузочной разнарядки. Поставщик в этом случае имеет право либо отказаться от исполнения договора поставки в части той партии, на передачу которой не представлена разнарядка, либо потребовать от покупателя оплаты этой партии товаров. Кроме того, поставщик может потребовать возмещения убытков, причиненных непредставлением отгрузочной разнарядки. При определении последствий непредставления или несвоевременного представления отгрузочной разнарядки применяется ст. 328 ГК, предусматривающая последствия невыполнения встречной обязанности.

Представление отгрузочной разнарядки является частным случаем возложения покупателем исполнения договора (принятия и оплаты товара) на получателей товара - третьих лиц (ст. 313 ГК). Поэтому в соответствии со ст. 403 ГК ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение указанным в разнарядке получателем обязанности по принятию товаров, извещению поставщика о ненадлежащем исполнении договора, в том числе о несоответствии полученного товара условиям договора, несет покупатель, а не получатель.

2. Обязанности покупателя при неоплате товара указанным им плательщиком. Нередко в договоре, заключенном профессиональной коммерческой организацией, предусматриваются непосредственные расчеты поставщика с получателем товаров, указанным в договоре либо в отгрузочной разнарядке. Покупатель вправе также возложить оплату товаров на третье лицо - плательщика, не являющегося получателем товаров. В соответствии со ст. 403 ГК ответственность за неосновательный отказ получателя (плательщика) от оплаты и за просрочку оплаты несет покупатель, т.е. в случае неоплаты товара получателем (плательщиком) покупатель обязан оплатить товар.

Обязанность покупателя оплатить товар наступает при (а) необоснованном отказе получателя (плательщика) от оплаты переданного товара; (б) неоплате им товара в установленный договором срок; (в) уклонении от оплаты (неосуществлении предварительной оплаты и т.д.).

Отказ получателя (плательщика) от оплаты либо уклонение от оплаты товаров признаются необоснованными, если поставщиком соблюдены условия договора с покупателем.

3. Обязанность получателя по приему груза. Обязанность по проверке количества и качества товаров, соответствия товаров условиям договора возлагается не только на покупателя, но и на получателя (третье лицо по отношению к сторонам договора), о чем имеется прямое указание в ст. 513 ГК. Непосредственно осуществляет получатель также приемку товаров от перевозчика.

Договором поставки могут быть определены срок и порядок направления извещения о выявленных несоответствиях принятого товара договору, транспортным документам, документам по качеству не только покупателем, но и получателями.

§ 5. Последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора поставки. Ответственность сторон за нарушение обязательств по поставке

1. Принцип надлежащего исполнения обязательств по поставке. Своевременная поставка товаров надлежащего качества в количестве и ассортименте, предусмотренных договором поставки, и своевременная их оплата являются необходимыми условиями успешного развития экономики, рыночных отношений. Именно поэтому в Гражданском кодексе подробно определены негативные последствия нарушения каждой из сторон своих обязательств, предусмотрены средства обеспечения реального исполнения договора и соблюдения прав и интересов стороны договора, добросовестно исполнившей обязательства. В соответствии с общими нормами обязательственного права каждая из сторон вправе требовать от другой стороны возмещения убытков, причиненных нарушением обязательств. Однако важное значение имеют и иные последствия, наступающие при нарушении договора: обязанность устранения нарушений, право одностороннего отказа от исполнения договора, уплата неустойки (штрафа, пени) и др.

2. Последствия нарушения поставщиком условий договора о количестве и сроках поставки. Последствия таких нарушений предусмотрены ст. 511 ГК. Согласно этой норме поставщик обязан реально выполнить договор, т.е. восполнить в натуре недопоставленное количество. Однако нарушение срока поставки (просрочка поставки) также может служить основанием для одностороннего отказа покупателя от принятия товаров, поставка которых просрочена. Другой случай нарушения поставщиком условий о сроке поставки - досрочная поставка без согласия покупателя - дает ему право отказаться от оплаты и принятия товаров, переданных досрочно. Принятые же покупателем досрочно поставленные товары засчитываются в счет количества товаров, подлежащих поставке в следующем периоде.

Аналогичное нарушение покупателем условий договора о сроках и количестве, т.е. невыборка им товаров, вызывает иные последствия. Невыборка товаров покупателем (получателем) в установленные договором сроки и в количестве дает поставщику согласно ст. 515 ГК право либо отказаться от исполнения договора в части поставки невыбранных товаров, либо предъявить к покупателю требование об их оплате. Несообщение же поставщиком покупателю о готовности товаров к передаче рассматривается в судебной практике как просрочка поставки со всеми вытекающими последствиями, т.е. покупатель вправе либо потребовать передачи товаров (восполнения недопоставленных товаров), либо отказаться от принятия товаров.

Последствия нарушения поставщиком обязательств по поставке товаров в согласованном ассортименте предусмотрены п. 2 ст. 512 ГК. Нарушение условий договора об ассортименте товаров заключается в поставке товаров отдельных наименований в меньшем (недопоставка) или большем (перепоставка), чем предусматривалось договором, количестве. При недопоставке товаров одного наименования, входящего в ассортимент, покупатель вправе требовать восполнения недопоставки в следующем периоде независимо от того, отказался он или нет от товаров, поставленных с нарушением установленного договором ассортимента. Количество товаров одного ассортимента может быть зачтено в покрытие недопоставки товаров другого ассортимента лишь с согласия покупателя.

3. Последствия поставки товаров ненадлежащего качества. Такие последствия предусмотрены ст. 475 ГК. В соответствии с этой статьей покупатель в зависимости от характера недостатков вправе предъявить поставщику ряд требований. При обнаружении существенных недостатков, предусмотренных п. 2 ст. 475 ГК, покупатель вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной суммы либо потребовать замены товара. В случае выявления иных недостатков покупателю предоставлено право потребовать от поставщика либо соразмерного уменьшения цены, либо безвозмездного устранения недостатков, либо возмещения своих расходов на устранение недостатков. Однако ст. 518 ГК исключает применение упомянутых последствий передачи покупателю товаров ненадлежащего качества в случае, когда поставщик без промедления заменит поставленные товары товарами надлежащего качества, т.е. осуществит замену в такой короткий срок, который возможен при обязательствах конкретного случая. Этот срок исчисляется с момента получения уведомления (извещения) покупателя (получателя) о недостатках товаров, направленного в соответствии со ст. ст. 483 и 513 ГК. При этом поставщику предоставлено право осуществить замену товаров без согласия покупателя.

Вместе с тем п. 2 ст. 518 ГК предусматривает случаи, когда поставщик обязан заменить товар по требованию покупателя независимо от характера недостатков. Такое требование вправе заявить покупатель, осуществляющий продажу товаров в розницу, при условии что товар с недостатками возвращен потребителем. Эта норма учитывает более широкие права покупателя-гражданина по договору розничной купли-продажи, предусмотренные ст. 503 ГК. Она направлена на обеспечение прав граждан и гарантирует реальность требования о замене проданного недоброкачественного товара на доброкачественный. Поставщик обязан выполнить требование

покупателя в натуре в разумный срок. Замена товара не освобождает его от возмещения убытков, понесенных покупателем.

4. Последствия нарушения поставщиком комплектности или передачи товара с нарушением согласованного комплекта товаров. Такие последствия предусмотрены ст. 480 ГК. Однако они не наступают при замене поставщиком некомплектного товара комплектным или при доукомплектовании товаров. Аналогично норме, предусмотренной ст. 518 ГК, замена или укомплектование товаров должны быть произведены по инициативе поставщика в кратчайший срок (без промедления), исчисляемый с момента направления покупателем (получателем) уведомления (извещения) об отступлении от требований комплектности или условий договора о поставке комплекта товаров (ст. 519 ГК).

При незамедлительных замене или укомплектовании поставщиком товаров покупатель (получатель) не вправе предъявить требования, предусмотренные ст. 480 ГК, кроме требования о возмещении убытков.

Отступление поставщика от комплектности при продаже товаров также подпадает под понятие продажи товара с недостатками. Поэтому покупатель - гражданин на основании ст. 17 Закона о защите прав потребителей вправе либо потребовать от продавца замены некомплектного товара на комплектный, либо возвратить некомплектный товар продавцу. В таком случае продавцу, осуществляющему продажу товаров в розницу, предоставлено право требовать у поставщика замены некомплектного товара (либо его укомплектования) в разумный срок.

5. Право покупателя приобрести товар у других лиц. Применение перечисленных последствий нарушения поставщиком условий договора о количестве, качестве, комплектности, ассортименте товаров и сроках поставки не всегда обеспечивает выполнение обязательства поставки в натуре. Поэтому в ГК введена неизвестная ранее законодательству о договоре поставки норма, предоставляющая покупателю право в случае неисполнения поставщиком обязательств приобрести товары у других лиц.

В рыночных условиях покупатель получил не только право, но и реальную возможность приобрести товары у других лиц при нарушении поставщиком обязанности передать товары в обусловленный срок либо заменить товары, переданные с недостатками, товарами надлежащего качества или комплектными.

В соответствии со ст. 520 ГК такое право возникает у покупателя при: (1) передаче поставщиком товаров в меньшем количестве, чем предусмотрено договором, или с нарушением сроков; (2) невыполнении поставщиком требования покупателя о замене недоброкачественных товаров на товары надлежащего качества; (3) неукомплектовании поставщиком товаров по требованию покупателя.

Все необходимые и разумные расходы по приобретению товаров у других лиц покупатель вправе взыскать с поставщика наряду с предъявлением требования о возмещении иных возможных убытков.

Аналогичные права покупатель получает также в случае приобретения у других лиц товаров при расторжении договора по своей инициативе вследствие нарушения поставщиком договорных обязательств. Поэтому ст. 520 ГК предусматривает, что при определении размера подлежащих возмещению расходов на приобретение товаров у других лиц применяется правило, установленное п. 1 ст. 524 ГК.

6. Право покупателя отказаться от оплаты недоброкачественных и некомплектных товаров. Покупателю (получателю) товаров в случае поставки недоброкачественных или некомплектных товаров в дополнение к последствиям нарушений, предусмотренных ст. ст. 475 и 480 ГК, предоставлено право отказаться от оплаты товаров, не соответствующих условиям договора о качестве и комплектности, а если товар уже оплачен, потребовать возврата уплаченных сумм до устранения недостатков. Таким правом покупатель (получатель) может воспользоваться в том случае, когда он не отказывается от исполнения договора, а лишь требует замены товаров с недостатками товарами надлежащего качества или их доукомплектования. Правом отказа от оплаты товара покупатель может воспользоваться также, если договором предусмотрена оплата товаров через определенный срок после их передачи или оговорена рассрочка платежа, а также в иных случаях, когда несоответствие товаров условиям договора установлено покупателем до наступления срока их оплаты.

7. Порядок взыскания неустойки за недопоставку или просрочку поставки. Гражданский кодекс и иные действующие нормативные акты о договоре поставки, кроме законов о поставках товаров для государственных и муниципальных нужд, не устанавливают законной неустойки (штрафа, пени) за нарушение поставщиком обязательств. Следовательно, соответствующие нарушения могут влечь за собой взыскание неустойки лишь в случае, когда неустойка (штраф, пени) будет предусмотрена в договоре (договорная неустойка).

Вместе с тем ГК содержит норму, устанавливающую порядок взыскания неустойки за недопоставку и просрочку поставки товаров. В ст. 521 ГК воспроизведен известный ранее действовавшему законодательству о поставках и практике принцип суммированного

обязательства, согласно которому обязательство поставки товаров в каждом периоде поставки складывается из обязательства данного периода и обязательства по восполнению недопоставленного в предыдущем периоде количества товаров. При этом уплата поставщиком неустойки за невыполнение обязанности по передаче товаров в установленный договором срок не освобождает его от обязанности восполнения недопоставленного количества в натуре в следующем периоде либо в иные сроки, предусмотренные договором.

В этом случае в соответствии со ст. 521 ГК неустойка взыскивается вторично со стоимости недопоставленных в предыдущем периоде товаров, если они не переданы покупателю в следующем периоде, так как количество товаров, не переданное покупателю в предыдущем периоде, прибавляется к количеству товаров, которые должны быть переданы в следующем периоде (в следующий частный срок), и со стоимости этого суммарного количества товаров при невыполнении обязательства начисляется неустойка.

Таким образом, неустойка взыскивается до фактического исполнения обязательства в пределах срока действия договора, если иное им не предусмотрено.

Установленный ст. 521 ГК порядок взыскания неустойки направлен на стимулирование реального исполнения поставщиком обязательств и применяется в случаях, если стороны предусмотрели в договоре взыскание неустойки за недопоставку или просрочку поставки и ее размер либо если неустойка установлена законами о государственных и муниципальных нуждах.

8. Ответственность покупателя за задержку платежа. Ряд последствий установлен ГК при нарушении покупателем условий об оплате поставленных товаров. Прежде всего следует назвать право поставщика приостановить передачу подлежащих поставке товаров до полной оплаты ранее поставленных товаров (п. 5 ст. 486 ГК). Это новое для договора поставки правило дает поставщику возможность, не отказываясь от исполнения договора, приостановить исполнение. При нарушении покупателем условий договора поставки о порядке и сроках расчетов применяются последствия, установленные общими положениями о купле-продаже (ст. ст. 486 - 489 ГК), а также уплата процентов, предусмотренных ст. 395 ГК.

При поставках продовольственных товаров перерабатывающими сельскохозяйственную продукцию предприятиями торговым организациям в случае неоплаты последними поставленных товаров поставщик вправе либо применить законную неустойку, предусмотренную Федеральным законом "О государственном регулировании агропромышленного производства", либо взыскать проценты по ст. 395 ГК. Покупатель продовольственных товаров в соответствии с названным Законом уплачивает поставщику пени в размере 2% от суммы несвоевременно оплаченной стоимости товаров за каждый день просрочки платежа, а при просрочке платежа более 30 дней - пени в размере 3%.

Еще одно правовое последствие предусмотрено ст. 523 ГК на случай неоднократного нарушения покупателем сроков оплаты товаров. По этому основанию поставщик вправе односторонне полностью или частично отказаться от исполнения договора.

Право выбора способа защиты своих законных интересов, нарушенных неоплатой или задержкой оплаты товара, предоставлено поставщику.

§ 6. Основания и порядок изменения и расторжения договора поставки

1. Изменение и расторжение договора поставки соглашением сторон. В соответствии со ст. 421 ГК стороны вправе в любой момент своим соглашением изменить условия договора поставки либо договориться о расторжении договора на будущее время, в том числе и при условии выплаты отступного. При этом применяется порядок изменения и расторжения договора, предусмотренный ст. 452 ГК. На предложение одной стороны вторая сторона должна ответить в течение 30 дней. При отказе принять предложение либо при отсутствии ответа сторона, инициировавшая изменение или расторжение договора, вправе обратиться в суд. Молчание в этом случае не вызывает правовых последствий.

Согласно ст. 450 ГК при недостижении сторонами соглашения договор поставки может быть изменен или расторгнут по решению суда при существенных нарушениях договорных обязательств одной из сторон.

2. Односторонний отказ от исполнения договора. К договору поставки применяется общий принцип договорного права, согласно которому не допускается односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий, за исключением случаев, предусмотренных законом, а для предпринимательских договоров - также в случаях, предусмотренных договором (ст. 310 ГК).

Статья 523 ГК предусматривает ряд оснований, по которым допускается односторонний отказ от исполнения договора поставки или одностороннее изменение его условий. Такими основаниями прежде всего являются существенные нарушения договора одной из его сторон.

В силу ст. 523 ГК нарушение договора поставки поставщиком предполагается существенным при неоднократном нарушении им сроков поставки товаров и при поставке товаров ненадлежащего качества.

Для признания нарушения договора поставки в силу этой нормы существенным необходимо, чтобы оно было неоднократным (неоднократное нарушение поставщиком сроков поставки товаров, неоднократная невыборка товаров покупателем или неоднократное нарушение им сроков оплаты товаров), а при поставке товаров ненадлежащего качества - при условии, что недостатки товаров не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок.

Под неоднократностью нарушения судебно-арбитражная практика понимает нарушение, допущенное одной из сторон не менее двух раз.

Ряд статей, содержащихся в § 1 и 3 гл. 30 ГК, предоставляет каждой из сторон при нарушении договора другой стороной право отказаться полностью или частично от исполнения договора. Так, покупатель вправе отказаться от исполнения договора в случае передачи товара в меньшем, чем обусловлено договором, количестве (ст. 466), с нарушением ассортимента (ст. 468), с существенным нарушением требований к качеству (ст. 475) и к комплектности (ст. 480), при просрочке поставки (ст. 511).

Поставщик может отказаться от исполнения договора в случае несообщения покупателем ассортимента подлежащих поставке товаров (ст. 467), при необоснованном отказе покупателя от принятия товара (ст. 484) или от его оплаты (ст. 486), непредставлении покупателем отгрузочной разнарядки (ст. 509), невыборке товаров покупателем в установленный срок (ст. 515).

Наличие в ГК ряда норм, предоставляющих каждой из сторон право односторонне отказаться полностью или частично от исполнения договора вследствие того или иного нарушения договора, означает, что перечень нарушений, упомянутых в ст. 523 ГК и предоставляющих право на односторонний отказ, не является исчерпывающим.

Когда по условиям договора передача товара осуществляется отдельными партиями, судебная практика признает допустимым полный отказ поставщика от исполнения договора из-за непредставления покупателем отгрузочной разнарядки или из-за невыборки товара в установленный срок и тем самым расторжение договора в целом, если иное не было заявлено в самом отказе <1>.

<1> См.: п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. N 18 // Вестник ВАС РФ. 1998. N 3.

В иных случаях передача товара отдельными партиями, если нет неоднократности нарушения, дает основание полагать, что отказ от исполнения договора возможен только в отношении той части товаров, при поставке которой допущены нарушения. Частичный отказ от исполнения договора в этом случае означает его изменение, а не расторжение.

3. Порядок одностороннего отказа от исполнения договора. При одностороннем частичном или полном отказе одной из сторон от исполнения договора поставки последний признается соответственно измененным или расторгнутым. Сам термин "односторонний отказ" означает, что достаточно уведомления второй стороны об отказе от исполнения договора полностью или частично. Согласие второй стороны на изменение или расторжение договора не требуется, так как отказ стороны вызван нарушением другой стороной договорных условий. Не требуется в этих случаях и обращение в суд.

Нарушение договора одной из сторон, предоставляющее другой стороне право на односторонний отказ, автоматически изменения договора или его расторжения не вызывает. Сторона о своем отказе от исполнения договора полностью или частично должна уведомить другую сторону. Уведомление направляется в письменной форме и подписывается лицом, уполномоченным на заключение, изменение или расторжение договора. Договор поставки считается измененным или расторгнутым с момента получения другой стороной уведомления об отказе, если иной срок в нем не указан.

К отношениям сторон, когда одной из них предоставлено право на односторонний отказ от исполнения договора полностью или частично, порядок изменения или расторжения договора, предусмотренный ст. 452 ГК, неприменим.

4. Право сторон на возмещение убытков. При расторжении договора вследствие нарушения обязательства поставщиком покупатель вправе купить у другого лица по более высокой, но разумной цене товар взамен предусмотренного договором. В этом случае покупатель вправе требовать от поставщика возмещения убытков в виде разницы между ценой, которая была оговорена в договоре, и той ценой, по которой куплен товар у другого лица. Аналогичное право предоставлено ст. 524 ГК поставщику, если при расторжении договора из-за его нарушения, допущенного покупателем, он продал товар по более низкой цене.

Глава 3. ДОГОВОР ЭНЕРГОСНАБЖЕНИЯ

§ 1. Сфера применения договора энергоснабжения

Договор энергоснабжения является одним из отдельных видов договора купли-продажи. В действующем Гражданском кодексе Российской Федерации нормы, регулирующие договор энергоснабжения, помещены в § 6 "Энергоснабжение" гл. 30 "Купля-продажа".

Впервые правила энергоснабжения были установлены на уровне закона в Основах гражданского законодательства 1991 г., тогда этот договор имел название "Договор о снабжении энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть" (ст. 84 Основ). А до этого сложные правоотношения, связанные с подачей и использованием энергии, которые касаются практически всех организаций и граждан, регулировались подзаконными, в основном ведомственными, нормативными актами. Из числа последних актов такого рода могут быть названы Правила пользования электрической энергией и Правила пользования тепловой энергией, утвержденные Приказом Министерства энергетики и электрификации СССР от 6 декабря 1981 г. N 310 <1>.

<1> Правила пользования электрической и тепловой энергией. 3-е изд. М., 1982. С. 3, 78.

Ранее в юридической литературе преобладающей являлась точка зрения, согласно которой под действие договора снабжения подпадают все отношения, складывающиеся при снабжении электрической, тепловой энергией и газом. Во всяком случае соответствующие договоры рассматривались как однотипные. Вопрос о сходстве договоров на снабжение электрической, тепловой энергией и газом, позволяющем выделить самостоятельный договор энергоснабжения, впервые поставил С.М. Корнеев <1>.

<1> См.: Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. М., 1956. С. 13 и сл.

Наиболее последовательно отстаивает эту позицию А.М. Шафир, который отмечает, что "договоры на снабжение через присоединенную сеть опосредуют отношения по снабжению электроэнергией, теплом и газом только по присоединенной сети (т.е. электросети или трубопроводу). Лишь в этом случае имеется обусловленная непрерывным характером снабжения непосредственная зависимость деятельности снабжающей организации и потребителя, в результате которой договорные отношения распространяются на сферу использования энергии и газа" <1>.

<1> Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий (правовые вопросы). М., 1990. С. 8 - 9.

Данная позиция нашла отражение в Основах гражданского законодательства 1991 г. (ст. 84), которые предусматривали, что по договору о снабжении энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть снабжающая сторона обязуется обеспечить потребителя (абонента) предусмотренными договором ресурсами, а потребитель обязуется оплачивать принятые ресурсы.

Однако вряд ли можно согласиться с авторами, утверждающими, что подобная позиция проведена в ГК: договоры на снабжение тепловой энергией, газом и другими товарами через присоединенную сеть заключаются и исполняются по модели договора на энергоснабжение <1>. По мнению же других авторов, договоры снабжения тепловой энергией, водой, нефтью и нефтепродуктами и др. представляют собой разновидности договора энергоснабжения <2>.

<1> См.: Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 128.

<2> См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 2. М., 1997. С. 85.

Дело в том, что передача (доставка) энергии (нефти, газа, ресурсов, товаров) через присоединенную сеть является технической особенностью (одним из способов) исполнения обязательств, вытекающих из подобных договоров, данное обстоятельство само по себе никак не может служить видообразующим признаком для выделения самостоятельного типа или даже отдельного вида гражданско-правового договора (например, вида договора купли-продажи). При разработке Гражданского кодекса в качестве такого критерия выделения в отдельный вид купли-продажи договора энергоснабжения рассматривался объект данного договора - энергия. Именно особенности данного объекта предопределяют необходимость специальных правил, регулирующих правоотношения, связанные со снабжением энергией через присоединенную сеть.

Если же речь идет о правоотношениях, объектом которых является не энергия, а иные ресурсы и другие товары, то передача их покупателю (потребителю) через присоединенную сеть является лишь одним из возможных способов исполнения обязательств. Ту же нефть или нефтепродукты можно доставить покупателю в цистернах, а газ - в баллонах. Подобные отношения будут регулироваться договором поставки или купли-продажи.

Поэтому в соответствии с ГК (п. 1 ст. 539) договором энергоснабжения регулируются отношения, связанные со снабжением через присоединенную сеть, лишь в тех случаях, когда через присоединенную сеть передается энергия, а не любые ресурсы или товары.

Что же касается положений, содержащихся в ст. 548 ГК, о распространении действия правил о договоре энергоснабжения на некоторые другие правоотношения (кстати, и сама ст. 548 имеет наименование "Применение правил об энергоснабжении к иным договорам"), то это не более чем прием законодательной техники, призванный компенсировать отсутствие норм, регулирующих соответствующие договоры.

Необходимо также обратить внимание на различный подход законодателя к договорам, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, и к иным договорам, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами. В первом случае, учитывая, что речь идет о договоре энергоснабжения, поскольку его объектом является тепловая энергия, законодатель предусмотрел возможность регулирования указанного договора иными федеральными законами и иными правовыми актами, имея в виду, что в них могут содержаться правила, относящиеся к специфическим особенностям тепловой энергии. Во втором случае, когда законодатель говорит об иных договорах на снабжение товарами, не являющимися энергией, которые объединяет с договором энергоснабжения лишь то, что при их исполнении также используется присоединенная сеть, нормы о договоре энергоснабжения применяются, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства.

Таким образом, договором энергоснабжения охватываются лишь те правоотношения, которые складываются при снабжении потребителей электрической или тепловой энергией через присоединенную сеть.

Что касается иных договоров, предметом которых является снабжение потребителей через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, то они не относятся к договорам энергоснабжения. Когда же речь идет о возможности применения к соответствующим договорам положений ГК о договоре энергоснабжения при отсутствии специального правового регулирования указанных договоров, если иное не вытекает из существа возникающих из них обязательств, то это является лишь приемом законодательной техники и никак не влияет на квалификацию указанных договоров в качестве договора энергоснабжения либо его разновидностей.

Иллюстрацией к сказанному может служить правовое регулирование правоотношений, связанных со снабжением газом через присоединенную сеть (по трубопроводам). Еще в 60-е гг. XX в. О.Н. Садиков, возражая сторонникам выделения самостоятельного договора на снабжение электрической, тепловой энергией и газом через присоединенную сеть, отмечал сходство условий договора поставки и снабжения газом и указывал, что квалификация договора на снабжение газом промышленных предприятий как договора особого вида, а не в качестве разновидности договора поставки создает для практики определенные трудности <1>.

<1> См.: Садиков О.Н. Правовые вопросы газоснабжения. М., 1961. С. 158 - 159.

Правовое регулирование правоотношений, складывающихся при снабжении потребителей газом, в последние годы исходит из того, что указанные отношения (с участием юридических лиц) должны опосредоваться именно договором поставки газа, а не договором энергоснабжения.

В настоящее время отношения, связанные с поставками (снабжением) газа через трубопроводные сети с участием юридических лиц, регулируются Правилами поставки газа в Российской Федерации, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 5 февраля 1998 г. N 162 <1>. В соответствии с п. 5 названных Правил договор поставки газа должен соответствовать требованиям § 3 гл. 30 Гражданского кодекса Российской Федерации (договор поставки). Тем самым, учитывая положения п. 2 ст. 548 ГК, в принципе исключается возможность применения к указанным правоотношениям норм ГК о договоре энергоснабжения.

<1> СЗ РФ. 1998. N 6. Ст. 770.

Подобный подход к регулированию правоотношений, связанных с поставками (снабжением) газа через присоединенную сеть, вызывает серьезные возражения с точки зрения целесообразности субсидиарного применения к ним норм ГК, регламентирующих договор поставки, вместо правил о договоре энергоснабжения. Ведь по своему содержанию положения

Правил поставки газа представляют собой по сути детализацию правил ГК о договоре энергоснабжения. Кроме того, применение к указанным правоотношениям норм ГК о договоре поставки может вызвать немало проблем. К примеру, непонятно, как к этим правоотношениям должны применяться нормы ГК: об обязанности поставщика, допустившего недопоставку товаров в отдельном периоде поставки, восполнить недопоставленное количество товаров в следующем периоде поставки (ст. 511); о взыскании с поставщика договорной неустойки за недопоставку товаров нарастающим итогом до фактического исполнения обязательств в пределах его обязанности восполнить недопоставленное количество товаров в последующих периодах поставки (ст. 521); об обязанности покупателя в определенных случаях принять поставленный товар на ответственное хранение (ст. 514); о правомочиях покупателя в случае поставки ему товаров ненадлежащего качества и, в частности, о праве покупателя требовать замены поставленного товара (ст. ст. 518 и 475) и некоторые другие. Гораздо более логичным было бы допустить субсидиарное применение к правоотношениям, складывающимся при снабжении газом через присоединенную сеть, правил ГК о договоре энергоснабжения. Однако, повторим, это вопрос целесообразности, а не юридической квалификации соответствующего договора.

Вместе с тем необходимо отметить, что согласно п. 1 Правил поставки газа в Российской Федерации указанные Правила определяют отношения между поставщиками и покупателями газа, в том числе между газотранспортными организациями и газораспределительными организациями, и обязательны для всех юридических лиц, участвующих в отношениях поставки газа через трубопроводные сети. Следовательно, к правоотношениям, складывающимся при снабжении газом через трубопроводные сети физических лиц, включая индивидуальных предпринимателей, при отсутствии специальных правил, их регулирующих, подлежат применению правила ГК о договоре энергоснабжения.

Еще одним критерием, позволяющим определить сферу применения договора энергоснабжения, является субъектный состав регулируемых им правоотношений: в качестве обязательного участника таких правоотношений выступает лицо, потребляющее энергию (потребитель, абонент), что прямо вытекает из текста нормы, содержащейся в п. 1 ст. 539 ГК.

Ранее в юридической литературе рассматривались вопросы, связанные с правовым регулированием отношений между различными энергосистемами, а также между энергосистемами и производителями энергии. Наиболее полный анализ таких правоотношений содержится в трудах Б.М. Сейнароева, который наряду с договором на снабжение электроэнергией, заключаемым между энергоснабжающей организацией и организацией - потребителем электроэнергии, выделял договор на переток электроэнергии, а также договор на снабжение энергосистем электроэнергией от блок-станций <1>.

<1> См., например: Сейнароев Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата, 1975. С. 10 - 11, 24 - 25.

Однако подобные договоры не могут квалифицироваться в качестве договора энергоснабжения (или его разновидности), поскольку в них не участвуют потребители энергии.

В связи с этим никак нельзя согласиться с позицией, высказанной в одном из учебников по гражданскому праву, согласно которой договор энергоснабжения имеет такие "разновидности, как: договор снабжения электрической энергией, договор о реверсных перетоках электроэнергии, договор о взаимном резервировании электроснабжения, договор снабжения газом, договоры снабжения тепловой энергией, водой, нефтью и нефтепродуктами и другие" <1>.

<1> Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 2. С. 85.

§ 2. Понятие и признаки договора энергоснабжения

Договором энергоснабжения признается договор, по которому энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии (ст. 539 ГК).

Договор энергоснабжения относится к договорам купли-продажи, поскольку содержит в себе все признаки этого договорного обязательства: одна сторона передает другой за плату определенный товар (энергию). С другой стороны, указанный товар обладает настолько специфическими свойствами, что это требует особого регулирования. Энергия, в отличие от вещей, представляет собой определенное свойство материи - способность производить полезную работу, обеспечивать выполнение различных технологических операций, создавать необходимые условия для предпринимательской и любой иной деятельности <1>.

<1> См.: Корнеев С.М. Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. 1995. N 7. С. 118.

Энергия обладает особыми физическими свойствами, которые не могут не оказывать влияние на специфический характер исполнения обязательств по договору энергоснабжения, в частности: проявление самого существования энергии в ее потреблении; невозможность определить наличие энергии в сети без специальных приборов <1>, необходимость принятия специальных мер безопасности при подаче и использовании энергии и т.п. Возможность вовлечения в экономический оборот энергии представилась только с появлением соответствующих технических устройств для ее производства, транспортировки и потребления. Специфическая особенность отношений по энергоснабжению состоит в том, что связи производителей данной продукции и потребителей не предусматривают, как правило, стадию накопления (складирования) продукции в силу ограниченной возможности этого на данном этапе развития техники. Поэтому энергоснабжающие организации должны учитывать объективные колебания уровня потребления энергии, а также возможное влияние деятельности одних потребителей централизованной системы энергоснабжения на количество и качество продукции, подаваемой другим потребителям <2>.

<1> См.: Сейнароев Б.М. Указ. соч. С. 51.

<2> См.: Шафир А.М. Указ. соч. С. 6 - 7.

Значительные специфические особенности отношений, связанные со снабжением энергией через присоединенную сеть, вызывают сложности в правильном определении места договора энергоснабжения в системе гражданско-правовых договоров. В юридической литературе имеется немало различных взглядов на правовую природу договора энергоснабжения через присоединенную сеть.

Так, М.М. Агарков предлагал квалифицировать договор о снабжении потребителя электрической энергией как договор подряда, полагая, что поскольку электрическая энергия не относится ни к вещам, ни к имущественным правам, то при ее передаче потребителю электростанция совершает работу <1>. Однако содержание договора энергоснабжения не включает в себя какие-либо обязанности энергоснабжающих организаций и, соответственно, права потребителей, связанные собственно с выполнением работы: по соблюдению начального, промежуточных и окончательного сроков выполнения работ, по контролю со стороны потребителя за ходом их выполнения и качеством работ и т.п. Кроме того, как правильно отмечал С.М. Корнеев, электрическая энергия, являющаяся объектом договора на снабжение электроэнергией, должна признаваться самостоятельной ценностью, экономическим благом <2>.

<1> См.: Агарков М.М. Подряд (текст и комментарий к ст. ст. 220 - 235 Гражданского кодекса). М., 1924. С. 13 - 14.

<2> См.: Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. С. 29.

Б.М. Сейнароев также разделяет позицию, согласно которой электроэнергия признается ценностью, экономическим благом, она может быть предметом договора с учетом особенностей, обусловленных физической сущностью электроэнергии, подчеркивая при этом, что электроэнергия не может быть предметом договора имущественного найма или договора хранения, так как она потребляется и, следовательно, ее невозможно возвратить <1>.

<1> См.: Сейнароев Б.М. Указ. соч. С. 53.

По мнению А.М. Шафира, договоры снабжения электрической, тепловой энергией и газом образуют самостоятельный гражданско-правовой договор на снабжение энергией и газом через присоединенную сеть, который является "самостоятельным договорным институтом, обособившимся в системе обязательственного права наряду с поставкой, перевозкой и др." <1>.

<1> Шафир А.М. Указ. соч. С. 7.

О.С. Иоффе, признавая договоры на снабжение энергией и газом самостоятельными договорами, все же отмечает особый характер соотношения указанных договоров и договора поставки. Договоры на снабжение энергией и газом "следует рассматривать как самостоятельные, но в то же время такие договоры, которые не прямо входят в состав обязательств по возмездной реализации имущества, а в пределах этих обязательств непосредственно примыкают к договору

поставки. Их юридическое отличие от поставки воплощается в правах и обязанностях сторон, образующих содержание названных договоров" <1>.

_____

<1> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 277.

Представляется, однако, что договор энергоснабжения, являясь отдельным видом договора купли-продажи, по набору квалифицирующих признаков никак не может быть признан ни разновидностью договора поставки, ни непосредственно примыкающим к нему договорным институтом.

Как известно, для договора поставки особые свойства товара не относятся к квалифицирующим признакам, позволяющим выделять этот договор в отдельный вид договора купли-продажи. В отношении же договора энергоснабжения именно уникальная специфика товара - энергии как свойства материи производить определенную работу является тем критерием, который служит основанием для выделения договора энергоснабжения в отдельный вид договора купли-продажи. В свою очередь, столь значительная специфика указанного объекта отношений по энергоснабжению предопределяет необходимость специального регулирования другого объекта, входящего в предмет обязательства, вытекающего из договора энергоснабжения, а именно действий обязанных сторон: энергоснабжающей организации и абонента по исполнению соответствующих обязательств. Особые свойства энергии как объекта отношений по энергоснабжению требуют также определения круга прав и обязанностей сторон (содержание договора), которые не свойственны ни договору поставки, ни договору купли-продажи.

Итак, договор энергоснабжения, являясь отдельным видом договора купли-продажи, относится к нему как вид к роду и никак не пересекается (не "примыкает") с другим видом договора купли-продажи - договором поставки.

§ 3. Субъекты договора энергоснабжения

Сторонами договора энергоснабжения являются энергоснабжающая организация и потребитель (абонент). В качестве энергоснабжающей организации могут выступать коммерческие организации, которые производят или закупают электрическую (тепловую) энергию и осуществляют ее продажу потребителям: гражданам или организациям. Абонентами признаются граждане или организации, использующие электрическую или тепловую энергию.

В ряде случаев понятия "потребитель энергии" и "абонент энергосистемы" не являются тождественными. Каждый абонент является потребителем, но не каждый потребитель - абонентом, поскольку имеются еще и потребители субабоненты. Субабонент энергоснабжающей организации - это потребитель, непосредственно присоединенный к электрическим (тепловым) сетям абонента и имеющий с ним договор на пользование электрической (тепловой) энергией <1>.

_____

<1> См.: Шафир А.М. Указ. соч. С. 42.

При наличии согласия энергоснабжающей организации абонент может передавать энергию, принятую им от энергоснабжающей организации через присоединенную сеть, другому лицу - субабоненту (ст. 545 ГК). В этом случае возникает сложная структура договорных связей: отношения между энергоснабжающей организацией и абонентом опосредуются договором энергоснабжения, а отношения, складывающиеся между абонентом и субабонентом, - договором на пользование электрической (тепловой энергией). При этом абонент выступает перед энергоснабжающей организацией как потребитель энергии и поэтому несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств субабонентом, с другой стороны, перед субабонентом абонент выступает в качестве энергоснабжающей организации и, следовательно, несет ответственность за нарушение последней своих обязательств. При заключении соответствующих договоров стороны не лишены права установить иной порядок исполнения обязательств и применения ответственности за их нарушение.

§ 4. Заключение договора энергоснабжения

Законодательством установлен различный порядок заключения, изменения или расторжения договора энергоснабжения в зависимости от того, кто выступает в качестве абонента (потребителя) энергии: гражданин (физическое лицо) или организация (юридическое лицо). Однако перед тем, как приступить к анализу особенностей порядка заключения договора с участием названных субъектов, отметим общие положения, относящиеся к заключению всякого договора энергоснабжения, которые носят принципиальный характер.

Договор энергоснабжения относится к публичным договорам. Как известно, публичным договором 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 (ст. 426 ГК).

Признание законодателем договора энергоснабжения публичным договором влечет применение к отношениям, связанным с заключением договора энергоснабжения, правил заключения договоров в обязательном порядке (ст. 445 ГК).

Сфера применения названных положений о порядке и сроках заключения договоров, обязательных для одной из сторон, ограничена случаями, когда законом, иными правовыми актами или соглашением сторон не предусмотрены другие правила и сроки заключения договоров, как это имеет место в отношении договора энергоснабжения организаций (юридических лиц).

Правила о порядке и сроках заключения договоров, обязательных для одной из сторон, сформулированы в ст. 445 ГК применительно к двум различным ситуациям, когда обязанная сторона (энергоснабжающая организация) выступает в роли лица, получившего предложение заключить договор, или сама направляет контрагенту предложение о его заключении. В обоих случаях действует общее правило, согласно которому правом на обращение с иском в суд о разногласиях по отдельным условиям договора, а также о понуждении к его заключению наделяется то лицо, которое вступает в договорные отношения со стороной, в отношении которой установлена обязанность заключить договор, т.е. абонент по договору энергоснабжения.

Уклонение от заключения договора может повлечь для стороны, в отношении которой установлена обязанность заключить договор (энергоснабжающей организации), два вида юридических последствий: решение суда о понуждении к заключению договора, которое может быть принято по заявлению другой стороны, направившей оферту (абонента); обязанность возместить другой стороне убытки, причиненные уклонением от заключения договора, что также производится по решению суда в случае необоснованного уклонения от заключения договора.

В тех случаях, когда в качестве абонента выступает физическое лицо и энергия используется последним в целях бытового потребления, законодатель допускает упрощенный порядок заключения договора: для того чтобы признать договор заключенным, достаточно первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети (п. 1 ст. 540 ГК).

Стремлением законодателя обеспечить стабильность договорных отношений по энергоснабжению объясняется включение в текст ГК норм, регулирующих порядок заключения договора энергоснабжения между энергоснабжающими организациями и абонентами - юридическими лицами (п. п. 2 и 3 ст. 540). В случаях, когда истекает срок действия договора энергоснабжения и ни одна из сторон до истечения этого срока не заявит о его прекращении или изменении либо о заключении нового договора, договор энергоснабжения считается продленным на тех же условиях и на тот же срок. Не допускается пауза в договорных отношениях и в тех случаях, когда по предложению одной из сторон заключается новый договор. До этого момента условия старого договора сохраняют свою силу.

Как уже отмечалось, заключение договора энергоснабжения с абонентом как публичного договора является обязанностью энергоснабжающей организации, и порядок оформления договорных отношений, в том числе порядок передачи на рассмотрение арбитражного суда разногласий по отдельным условиям договора, регулируется ст. 445 ГК. Организация, выступающая в роли абонента, во всех случаях вправе обратиться в суд с заявлением о таких разногласиях. Что же касается энергоснабжающей организации, то она вправе обратиться в суд в связи с наличием спора по условиям договора по общим правилам, предусмотренным ст. 446 ГК.

Разногласия, возникшие при заключении договора энергоснабжения, могут быть переданы на рассмотрение суда энергоснабжающей организацией в двух случаях: если имеется соглашение сторон о передаче возникшего или могущего возникнуть спора на разрешение арбитражного суда либо если такая передача предусмотрена законодательством.

Соглашение сторон о передаче разногласий, возникших при заключении договора, на разрешение суда может быть достигнуто путем обмена письмами, телеграммами. Возможен и такой вариант, когда условие о передаче разногласий на разрешение суда включается энергоснабжающей организацией в проект договора, а абонент в составленном им протоколе разногласий не высказывает замечаний по соответствующему условию проекта договора. Не исключена возможность принятия судом к своему производству споров, подлежащих передаче в суд по соглашению сторон, даже если отсутствует письменное соглашение, однако абонентом совершен ряд действий, свидетельствующих о том, что он не возражает против рассмотрения конкретного спора в суде, например представлен отзыв на исковое заявление энергоснабжающей организации, в котором отсутствуют возражения относительно рассмотрения судом соответствующего преддоговорного спора.

В связи с тем что заключение договора энергоснабжения для энергоснабжающей организации, признаваемой субъектом публичного договора, является обязательным, важно отметить также, что имеются определенные обязательные условия, которые должны быть

выполнены абонентом, претендующим на заключение договора энергоснабжения: он должен располагать отвечающим установленным техническим требованиям энергопринимающим устройством, присоединенным к сетям энергоснабжающей организации, а также обеспечить учет потребления энергии (п. 2 ст. 539 ГК). Указанные обязательные для абонента условия иногда называются в юридической литературе технической предпосылкой заключения договора энергоснабжения <1>.

<1> См., например: Сейнароев Б.М. Указ. соч. С. 37.

Отсутствие у абонента исправной энергоустановки (и, напротив, неисправность имеющейся энергоустановки), присоединенной к сетям энергоснабжающей организации, а также другого необходимого оборудования, необеспечение учета потребления энергии лишают его возможности реализовать свое право на заключение договора с энергоснабжающей организацией, несмотря на установленную законодательством обязанность последней заключать договор со всяким, кто к ней обратится (ст. 426 ГК). В этом смысле соблюдение абонентом названных условий действительно может быть признано технической предпосылкой заключения договора энергоснабжения.

§ 5. Существенные условия договора энергоснабжения

Существенными условиями договора энергоснабжения помимо предмета договора являются количество и качество энергии, режим потребления энергии, цена, а также условия по обеспечению содержания и безопасной эксплуатации сетей, приборов и оборудования.

Специфика предмета договора энергоснабжения, его отличие от предмета обязательств, вытекающих из иных видов договора купли-продажи, состоят в следующем.

Во-первых, передача товара потребителю осуществляется путем подачи энергии через присоединенную сеть на энергоустановку этого потребителя (абонента).

Во-вторых, на абонента возлагаются дополнительные обязанности в связи с использованием такого товара, как энергия: обеспечить соблюдение режима ее потребления, безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им соответствующих приборов и оборудования.

В-третьих, энергоснабжающая организация наделяется дополнительными правами в области контроля за техническим состоянием энергоустановки абонента, его приборов и оборудования.

В-четвертых, правовое регулирование договора энергоснабжения не исчерпывается нормами, содержащимися в ГК. Напротив, детальное регулирование указанных правоотношений должно обеспечиваться законами и иными правовыми актами об энергоснабжении, а также принятыми в соответствии с ними обязательными правилами.

Ранее в юридической литературе предметом договора энергоснабжения, как правило, признавалась собственно энергия как ценность, самостоятельное экономическое благо <1>. Однако, как известно, всякое обязательство представляет собой такое правоотношение, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (в действующем ГК - ст. 307). Поэтому предметом обязательств, вытекающих из договора энергоснабжения (а следовательно, и предметом данного договора), в первую очередь являются действия энергоснабжающей организации по подаче энергии через присоединенную сеть на энергоустановку абонента, а также действия абонента по принятию и оплате энергии.

<1> См.: Сейнароев Б.М. Указ. соч. С. 53. Правда, отдельные авторы под предметом договора энергоснабжения понимали действия по передаче энергии. См., например: Шешенин Е.Д. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношении с договором хозяйственных услуг // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. Вып. 4. Свердловск, 1964. С. 244.

Действия энергоснабжающей организации по передаче энергии потребителю также отличаются значительным своеобразием, которое предопределено особыми свойствами энергии. По договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязана предоставить потребителю возможность использовать энергию из ее сети в обусловленных договором пределах. Именно в этом состоит существо обязательства на стороне энергоснабжающей организации <1>.

<1> См.: Корнеев С.М. Указ. соч. С. 99.

В ГК (ст. 541) по-разному определяется условие договора энергоснабжения о количестве подаваемой абоненту энергии, в зависимости от того, кто выступает в качестве последнего: физическое лицо или организация. В случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, он вправе использовать энергию в необходимом ему количестве (п. 3 ст. 541 ГК).

Что касается договоров энергоснабжения, заключаемых с абонентами-организациями, то энергоснабжающая организация обязана подавать абоненту энергию через присоединенную сеть в количестве, предусмотренном договором, и с соблюдением режима подачи, согласованного сторонами. Количество поданной энергоснабжающей организацией и использованной абонентом энергии определяется в соответствии с данными учета о ее фактическом потреблении (п. 1 ст. 541 ГК).

Таким образом, количество подаваемой абоненту энергии является существенным условием договора энергоснабжения, заключаемого с абонентом-организацией. Договор энергоснабжения, в котором отсутствует данное условие, признается незаключенным.

Например, в арбитражный суд обратилось акционерное общество с иском к муниципальному предприятию жилищно-коммунального хозяйства о взыскании предусмотренного сторонами в договоре штрафа за неподачу тепловой энергии.

Ответчик возражал против исковых требований, ссылаясь на то, что причиной неподачи тепловой энергии явилось уклонение акционерного общества при заключении договора от согласования количества ежемесячной и ежеквартальной поставки энергии. Арбитражный суд исковые требования удовлетворил. Кассационная инстанция решение суда первой инстанции отменила, в иске акционерному обществу отказала по следующим основаниям.

Согласно ст. 541 ГК энергоснабжающая организация обязана подавать абоненту энергию через присоединенную сеть в количестве, предусмотренном договором энергоснабжения. Если договор не позволяет определить количество подлежащего передаче товара, договор не считается заключенным (п. 2 ст. 465 ГК).

Поскольку договор, на основании которого производился отпуск тепловой энергии, сведений о количестве ежемесячно и ежеквартально поставляемой энергии не содержал, он признается незаключенным. Следовательно, у суда не было оснований для удовлетворения иска о взыскании штрафа <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 1998. N 4. С. 56 - 57.

Условие договора снабжения электрической энергией о количестве подаваемой энергии считается согласованным при соблюдении двух обязательных условий: в договоре должны быть предусмотрены, во-первых, количество киловатт-часов электроэнергии, подлежащей отпуску абоненту, и, во-вторых, величина присоединенной или заявленной мощности энергоустановки абонента. Дело в том, что суммарные договорные величины потребления электрической энергии и мощности не должны превышать производственных возможностей энергоснабжающих организаций по отпуску электроэнергии всем потребителям энергосистемы.

Кроме того, необходимо учитывать, что энергоснабжающие организации, как правило, являются субъектами естественных монополий, в отношении которых может применяться метод регулирования их деятельности, суть которого состоит в определении категорий потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, либо в определении минимального уровня их обеспечения (ст. 6 Федерального закона "О естественных монополиях") <1>. Такое регулирование, по мнению Н.И. Клейн, может применяться при невозможности удовлетворить потребности соответствующего потребителя в энергии в полном объеме. Количество подаваемой энергии устанавливается в соответствии с заказом потребителя, но не менее того уровня, который определен органом регулирования естественных монополий <2>.

<1> СЗ РФ. 1995. N 34. Ст. 3426.

<2> См.: Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садиков. С. 134.

Исполнение условия договора энергоснабжения о количестве подаваемой энергии на стороне энергоснабжающей организации состоит в том, что она обязана обеспечить получение абонентом соответствующего количества энергии на его энергоустановку путем ее подключения (доступа) через присоединенную сеть к мощностям энергосистемы. Надлежащее исполнение обязательства энергоснабжающей организацией предполагает также предоставление абоненту возможности получать энергию непрерывно, путем поддержания напряжения и тока в сети, независимо от количества фактически полученной абонентом энергии.

Особенности энергии как объекта договора энергоснабжения предопределяют своеобразие ее приемки абонентом по количеству. Естественно, в данном случае исключается возможность

приемки энергии как обычного товара, т.е. путем визуального осмотра, подсчета единиц товара и т.п. Имеется жесткая зависимость между производством энергии и ее потреблением в каждый данный момент времени, позволяющая говорить о неразрывности технологического процесса производства и потребления энергии. Поэтому количество фактически принятой энергии может определяться исключительно по показателям приборов учета.

Договором энергоснабжения может быть предусмотрено право абонента изменять количество принимаемой им энергии, определенное договором, при условии возмещения им расходов, понесенных энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве (п. 2 ст. 541 ГК).

Отпускаемая энергоснабжающей организацией абоненту энергия по своему качеству должна соответствовать требованиям, установленным государственными стандартами и иными обязательными правилами или предусмотренным договором энергоснабжения (п. 1 ст. 542 ГК).

Когда речь идет о качестве электрической энергии, имеются в виду такие ее параметры, как напряжение и частота тока. Качество тепловой энергии характеризуется температурой и давлением пара, температурой горячей воды.

Величина напряжения тока определяется сторонами при заключении договора энергоснабжения.

Другой параметр качества электроэнергии - частота тока определяется государственными стандартами и иными обязательными правилами и не относится к условиям договора, вырабатываемым по соглашению сторон.

Существенной особенностью отношений, связанных со снабжением электрической энергией, является то, что соблюдение требований, предъявляемых к качеству электроэнергии, непосредственно зависит от действий не только энергоснабжающей организации, но и самих потребителей. Нарушение потребителями правил эксплуатации своих электроприемников и режима потребления электроэнергии может привести к снижению качественных показателей электроэнергии, в том числе подаваемой из энергосистемы другим потребителям. Причем энергоснабжающие организации зачастую не располагают техническими возможностями для устранения подобных нарушений <1>.

<1> См.: Либкинд М.С. О качестве электрической энергии // Стандарты и качество. 1979. N 10. С. 32.

Сторона, действия которой привели к снижению показателей качества электроэнергии (кроме частоты тока), определяется по регистрирующим приборам потребителя, а при их отсутствии - по актам, составляемым представителями энергоснабжающей организации, потребителя и органа госэнергонадзора.

При отпуске тепловой энергии энергоснабжающая организация должна обеспечить соответствие температуры и давления пара или температуры горячей воды (теплоносителя) условиям заключенного договора энергоснабжения.

В случае нарушения энергоснабжающей организацией требований, предъявляемых к качеству энергии, абонент вправе применить к ней ответственность в порядке и размере, предусмотренных ст. 547 ГК. Что касается иных (помимо ответственности) последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, то абонент вправе реализовать предоставленное ему право на отказ от оплаты такой энергии. При этом, принимая во внимание фактическое использование абонентом указанной энергии (хотя и не соответствующей требованиям к ее качеству), во избежание неосновательного обогащения абонента ГК (п. 2 ст. 542) наделил энергоснабжающую организацию, подавшую некачественную энергию, правом требовать от абонента стоимость того, что абонент неосновательно сберег вследствие использования этой энергии.

Одна из основных обязанностей абонента (потребителя) по договору энергоснабжения - осуществлять оплату принятой им энергии. По общему правилу оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество энергии в соответствии с данными учета энергии. Иное может быть предусмотрено законом, другими правовыми актами или соглашением сторон (п. 1 ст. 544 ГК).

Оплата полученной абонентом энергии должна производиться, как правило, по ценам, регулируемым государством. ГК (п. 1 ст. 424) установлено, что в предусмотренных законом случаях подлежат применению цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами.

Как отмечалось, договор энергоснабжения является публичным договором (ст. 426 ГК), что предполагает установление одинаковых цен для всех потребителей. Исключение могут составить лишь случаи, когда законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Кроме того, энергоснабжающие организации являются субъектами естественных монополий и подпадают под действие Федерального закона "О

естественных монополиях", что предполагает применение специальных методов регулирования их деятельности, обеспечивающих защиту потребителей. Данные обстоятельства делают необходимым государственное регулирование цен на электрическую и тепловую энергию.

Порядок расчетов за энергию, подаваемую по договору энергоснабжения, определяется законом, иными правовыми актами или договором (п. 2 ст. 544 ГК). Указом Президента Российской Федерации от 18 сентября 1992 г. N 1091 (в ред. от 08.07.2004 N 857) "О мерах по улучшению расчетов за продукцию топливно-энергетического комплекса" <1> было установлено, что энергоснабжающие организации производят расчеты с потребителями, кроме бюджетных организаций и населения, за отпускаемые энерго- и газоснабжающими организациями электрическую и тепловую энергию и газ, а также за реализуемые нефтедобывающими объединениями и предприятиями и организациями концерна "Роснефтепродукт" нефть и нефтепродукты на основании показателей измерительных приборов и действующих тарифов. Такой порядок расчетов применяется и после введения в действие части второй Гражданского кодекса (1 марта 1996 г.), поскольку с формально-юридической точки зрения он корреспондирует с правилом, содержащимся в п. 2 ст. 544 ГК, согласно которому порядок расчетов за энергию определяется законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

_____

<1> Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1992. N 13. Ст. 1006.

При этом сторона вправе использовать любую форму расчетов, предусмотренную законами, установленными в соответствии с ними банковскими правилами либо применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота (ст. 862 ГК).

Абонент по договору энергоснабжения обязан соблюдать предусмотренный договором режим потребления электрической и тепловой энергии, а также обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии (п. 1 ст. 539 ГК).

Соответствующие условия договора энергоснабжения относятся к категории существенных условий договора и должны быть в обязательном порядке включены в договор под страхом признания его незаключенным.

Реализация указанных условий договора энергоснабжения, заключенного с абонентом-организацией, предполагает исполнение абонентом следующих основных обязанностей:

- обеспечивать надлежащее техническое состояние и безопасность эксплуатируемых энергетических сетей, приборов и оборудования;
- соблюдать установленный режим потребления энергии;
- немедленно сообщать энергоснабжающей организации об авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях, возникающих при пользовании энергией (п. 1 ст. 543 ГК).

Соответственно, энергоснабжающая организация имеет корреспондирующее с названными обязанностями абонента право требовать от последнего неуклонного исполнения условий договора энергоснабжения, определяющих обязанности абонента по эксплуатации энергосетей, приборов и оборудования. В этих целях энергоснабжающие организации, а также органы госэнергонадзора вправе осуществлять контроль за обеспечением надлежащего технического состояния сетей, энергоустановок, приборов и оборудования и их безопасной эксплуатации. Такой контроль должен осуществляться в порядке, определяемом законом и иными правовыми актами. Требования к техническому состоянию и безопасности энергетических сетей, приборов и оборудования определяются правилами эксплуатации электроустановок потребителей.

Выполнение потребителями электрической и тепловой энергии своих обязательств, вытекающих из договора энергоснабжения, по надлежащему содержанию и эксплуатации технических устройств на практике означает, что они должны поддерживать в исправном техническом состоянии электро- и теплопотребляющее оборудование, электросети и теплопроводы, контрольно-измерительные приборы, изоляцию трубопроводов, а также электро- и теплоиспользующее оборудование; своевременно производить планово-предупредительный ремонт и испытания принадлежащих им электро- и теплоустановок в объемах и сроки, предусмотренные действующими нормами и правилами и согласованные с энергоснабжающей организацией; выполнять в установленные сроки предписания энергоснабжающей организации и инспекторов госэнергонадзора об устранении недостатков в устройстве эксплуатации и обслуживании электроустановок, систем теплопотребления и т.п.

Названные обязанности потребителей в значительной степени носят технический характер и определяются нормативными актами и иными обязательными правилами. Поэтому в юридической литературе указанные правила нередко именуются техническими нормами, которым придан общеобязательный характер <1>.

_____

<1> См., например: Корнеев С.М. Указ. соч. С. 51.

В случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, обязанность обеспечивать надлежащее техническое состояние и безопасность энергетических сетей, а также приборов учета потребления энергии по общему правилу возлагается на энергоснабжающую организацию (п. 2 ст. 543 ГК).

§ 6. Ответственность по договору энергоснабжения

Ранее в советский период ответственность энергоснабжающей организации в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договорных обязательств носила ограниченный характер. Причем ведомственные правила, регламентировавшие эти отношения, зачастую сводили ответственность энергоснабжающей организации к чисто символическим значениям.

Определенные нормы, направленные на ограничение ответственности энергоснабжающей организации, содержатся и в тексте ГК (ст. 547). Однако важно подчеркнуть, что в случае нарушения обязательств по договору обе стороны - и энергоснабжающая организация, и абонент - несут одинаковую (ограниченную) ответственность в виде возмещения причиненного этим реального ущерба. Таким образом, как в отношении энергоснабжающей организации, так и в отношении абонента не допускается взыскания убытков в виде упущенной выгоды.

Что касается оснований и условий ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору энергоснабжения, то в § 6 гл. 30 ГК имеется лишь одно специальное правило, предусматривающее, что при определенных обстоятельствах энергоснабжающая организация отвечает за нарушение договора при наличии ее вины. Речь идет о случаях, когда энергоснабжающей организацией допущен перерыв в подаче энергии абоненту в результате регулирования режима потребления энергии, осуществленного на основании закона или иных правовых актов (п. 2 ст. 547 ГК).

В остальных случаях при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств сторон, вытекающих из договора энергоснабжения, подлежат применению общие положения об основаниях и условиях ответственности за нарушение гражданско-правового обязательства. В частности, необходимо отметить, что энергоснабжающие организации при исполнении своих обязательств по договору энергоснабжения оказываются в положении стороны, осуществляющей предпринимательскую деятельность, поэтому в случае нарушения договора она несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (п. 3 ст. 401 ГК). По таким же принципам строится ответственность абонента, являющегося коммерческой организацией или гражданином-предпринимателем, если они получают энергию для предпринимательской деятельности.

Если же в роли абонента выступает некоммерческая организация, например учреждение, финансируемое из бюджета, то ответственность такого абонента за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по договору энергоснабжения (к примеру, за несвоевременную оплату полученной энергии) строится на началах вины. Бремя доказывания отсутствия вины возлагается на должника, т.е. в нашем случае на абонента, который в соответствии с п. 1 ст. 401 ГК может быть признан невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, он принял все меры для надлежащего исполнения обязательства.

Ответственность сторон по договору энергоснабжения может применяться не только в форме убытков (прямого ущерба), но и в форме законной или договорной неустойки. За несвоевременную оплату полученной электрической или тепловой энергии абонент может быть привлечен к ответственности за нарушение денежного обязательства. Учитывая, что к договору энергоснабжения, являющемуся отдельным видом договора купли-продажи, подлежат применению общие положения о купле-продаже (в части, не урегулированной специальными правилами), в данном случае отношения сторон подпадают под действие нормы, содержащейся в п. 3 ст. 486 ГК. Согласно указанной норме если покупатель своевременно не оплачивает переданный в соответствии с договором купли-продажи товар, продавец вправе потребовать оплаты товара и уплаты процентов в соответствии со ст. 395 ГК.

§ 7. Расторжение и изменение договора энергоснабжения

Для отношений, связанных с энергоснабжением потребителей, особое значение имеет обеспечение стабильности договорных связей. Поэтому применительно к договору энергоснабжения характерно чрезвычайно строгое соблюдение правил расторжения и изменения договора.

За исключением некоторых специальных норм, регулирующих действия энергоснабжающей организации и абонента по прекращению или изменению договорных отношений, к договору энергоснабжения подлежат применению общие положения о расторжении и изменении гражданско-правового договора (ст. ст. 450 - 453 ГК).

Как общее правило установлена презумпция, в соответствии с которой основанием изменения или расторжения договора является соглашение сторон (ст. 450 ГК).

Применительно к договору энергоснабжения, когда абонентом выступает юридическое лицо, предусмотрено специальное правило, согласно которому энергоснабжающая организация вправе отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке по основаниям, предусмотренным ст. 523 ГК, за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами (п. 1 ст. 546 ГК). Названная ст. 523 ГК содержит перечень существенных нарушений договора поставки, которые могут служить основанием для одностороннего отказа от исполнения договорных обязательств по инициативе как поставщика, так и покупателя. В частности, нарушение договора поставки покупателем предполагается существенным в случаях: неоднократного нарушения сроков оплаты товаров; неоднократной невыборки товаров. Второе основание, очевидно, неприменимо к договору энергоснабжения. Следовательно, энергоснабжающая организация вправе отказаться от договора энергоснабжения только при неоднократном нарушении абонентом сроков оплаты полученной энергии.

Порядок совершения действий по одностороннему отказу от исполнения договора и их последствия определяются на основании п. 4 ст. 523 ГК, согласно которому договор считается измененным и расторгнутым с момента получения одной стороной уведомления другой стороны об одностороннем отказе от исполнения договора полностью или частично, если иной срок расторжения или изменения договора не предусмотрен в уведомлении либо не определен соглашением сторон.

§ 8. Перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии

Принципиальное значение в деле регулирования взаимоотношений энергоснабжающих организаций и потребителей энергии имеют положения ГК, регламентирующие действия энергоснабжающей организации, связанные с перерывом в подаче, прекращением или ограничением подачи энергии (п. п. 2 и 3 ст. 546 ГК).

В качестве общего правила предусмотрено, что перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии могут иметь место только по соглашению сторон, за исключением трех случаев.

Во-первых, такие действия энергоснабжающей организации допускаются при отсутствии соглашения сторон, но с предварительным уведомлением абонента, если неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента угрожает аварией или создает угрозу жизни или безопасности граждан. Данные обстоятельства должны быть удостоверены органом государственного энергетического надзора.

Во-вторых, перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии без согласования с абонентом и без предупреждения, но при условии немедленного уведомления абонента могут иметь место в случае необходимости принять неотложные меры по предотвращению или ликвидации аварии в системе самой энергоснабжающей организации.

В-третьих, прекращение или ограничение подачи энергии без согласования с абонентом - юридическим лицом, но с соответствующим его предупреждением допускается в установленном законом или иными правовыми актами порядке в случае нарушения указанным абонентом обязательств по оплате энергии <1>.

<1> Данное законоположение было включено в п. 2 ст. 546 ГК в соответствии с Федеральным законом от 26 марта 2003 г. N 37-ФЗ (СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1179) и объяснялось необходимостью обеспечения реформы электроэнергетики на основании Федерального закона "Об электроэнергетике" от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ (СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1177). На самом деле соответствующая норма не имеет никакого отношения к реформе электроэнергетики и направлена исключительно на защиту интересов энергоснабжающих организаций (в ущерб общественным интересам).

Энергоснабжающая организация, допустившая перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии с нарушением установленного порядка, обязана возместить потребителю ущерб, причиненный указанными действиями.

В таких случаях действия энергоснабжающей организации рассматриваются как ненадлежащее исполнение ею обязательств по договору энергоснабжения и влекут за собой ответственность, установленную ст. 547 ГК.

§ 9. Применение правил о договоре энергоснабжения к иным договорам

Как отмечалось, правила о договоре энергоснабжения применяются также к отношениям, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства (п. 2 ст. 548 ГК).

В соответствии с Правилами поставки газа в Российской Федерации (п. 1), утвержденными Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. N 162, указанные Правила определяют отношения между поставщиками и покупателями газа, в том числе газотранспортными организациями и газораспределительными организациями, и обязательны для всех юридических лиц, участвующих в отношениях поставки газа через трубопроводные сети. Хотя бесспорным является тот факт, что по своему юридическому содержанию нормы, включенные в Правила поставки газа, скорее напоминают специальные правила, детализирующие положения, которые регулируют договор энергоснабжения.

К примеру, Правила предусматривают следующий порядок заключения договора на поставку газа.

Для использования газа в качестве топлива покупатель должен иметь разрешение, которое выдается в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. Технические условия на подключение к газотранспортной системе выдаются соответственно газотранспортной или газораспределительной организацией при наличии упомянутого разрешения. Указанные документы являются основанием для проектирования газоснабжения вновь строящихся, расширяемых, реконструируемых и действующих организаций и установок.

Договорные объемы поставки газа не должны превышать объемы, указанные в разрешении на использование газа. Разрешение на использование газа теряет силу, если покупатель не подготовился к приему газа в течение пяти лет после указанного в нем срока.

Поставка газа производится на основании договора между поставщиком и покупателем, заключаемого в соответствии с требованиями Гражданского кодекса Российской Федерации, федеральных законов и иных нормативных правовых актов. Договор поставки газа должен соответствовать требованиям § 3 гл. 30 Гражданского кодекса Российской Федерации (договор поставки).

Преимущественное право на заключение договоров поставки газа имеют покупатели газа для государственных нужд, для коммунально-бытовых нужд и населения, а также покупатели, заключившие договоры на поставку газа ранее, - на пролонгацию этих договоров.

Покупатель или поставщик газа имеет право на его транспортировку в соответствии с Положениями об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе Российского акционерного общества "Газпром" и к газораспределительным сетям, утверждаемыми Правительством Российской Федерации. Порядок и условия транспортировки газа по газотранспортной системе устанавливаются газотранспортной или газораспределительной организацией и оформляются договором в соответствии с Правилами поставки газа.

Предложение о заключении договора поставки газа направляется, как правило, поставщиком покупателю, предварительно представившему заявку на приобретение газа.

Предложение о заключении договора транспортировки газа направляется газотранспортной организацией или газораспределительной организацией поставщику (покупателю) одновременно с разрешением на доступ к газотранспортной системе, выданным в соответствии с установленным Правительством Российской Федерации порядком.

Согласие на заключение договора поставки газа или договора транспортировки газа (подписанный проект договора) должно быть направлено стороной, получившей предложение о заключении договора (оферту), не позднее 30 дней с момента его получения, если иной срок не определен в оферте. При несогласии с условиями договора сторона, получившая оферту, обязана выслать другой стороне протокол разногласий, в случае неполучения в 30-дневный срок со дня отправления подписанного поставщиком протокола разногласий обратиться в арбитражный или третейский суд и по истечении срока действия договора, заключенного на предыдущий период, прекратить отбор газа. Отбор (продолжение отбора) газа покупателем по истечении указанного срока и (или) срока действия договора, заключенного на предыдущий период, считается согласием стороны, получившей оферту, на заключение договора поставки (транспортировки) газа на условиях поставщика (газотранспортной или газораспределительной организации). В случае если покупатель обратился в арбитражный суд, действие договора поставки газа, заключенного на предыдущий период, продлевается до вступления в силу решения суда (п. п. 4 - 11 Правил).

Соответствующим образом выглядят и основные условия договора на поставку газа.

Учет объема газа, передаваемого покупателю, производится контрольно-измерительными приборами стороны, передающей газ, и оформляется документом, подписанным сторонами по

форме и в сроки, указанные в договоре поставки газа. При неисправности или отсутствии контрольно-измерительных приборов у передающей стороны объем переданного газа учитывается по контрольно-измерительным приборам принимающей газ стороны, а при их отсутствии или неисправности - по объему потребления газа, соответствующему проектной мощности неопломбированных газопотребляющих установок, и времени, в течение которого подавался газ в период неисправности приборов, или иным методом, предусмотренным договором. Ответственность за техническое состояние и проверку контрольно-измерительных приборов учета газа несут организации, которым приборы принадлежат. Каждая из сторон договора обязана обеспечить представителю другой стороны возможность проверки в любое время работоспособности контрольно-измерительных приборов, наличия действующих свидетельств их проверки, а также документов об учете и использовании газа покупателем.

Сторона, ведущая учет газа, ежемесячно до 5-го числа месяца, следующего за расчетным периодом, составляет акт об объеме переданного газа, в котором отражаются ежесуточные объемы приема-передачи газа. При несогласии одной из сторон с определением объема переданного газа она подписывает акт, изложив особое мнение. При наличии разногласия стороны вправе обратиться в суд. До принятия решения судом объем переданного газа устанавливается в соответствии с показаниями контрольно-измерительных приборов стороны, передающей газ.

По представлению органов контроля за безопасностью использования газа поставка газа должна быть немедленно прекращена без предварительного предупреждения в случаях неудовлетворительного состояния газоиспользующих установок покупателя, создающих аварийную ситуацию и угрозу для обслуживающего персонала и населения. Поставщик имеет право уменьшить или полностью прекратить поставку газа покупателям (но не ниже брони газопотребления) в случае неоднократного нарушения сроков оплаты за поставленный газ или за его транспортировку, за исключением потребителей, перечень которых утверждается Правительством Российской Федерации. Решение о прекращении поставки газа действует до устранения обстоятельств, явившихся основанием для принятия такого решения.

Поставщик обязан обеспечить качество газа в соответствии с нормативными требованиями. Поставщик, газотранспортная или газораспределительная организация и покупатель несут в установленном порядке ответственность за техническое состояние принадлежащих им объектов газоснабжения и соблюдение оперативно-диспетчерской дисциплины. Поставщик, газотранспортная или газораспределительная организация и покупатель обязаны немедленно сообщать друг другу об авариях и неисправностях на объектах газоснабжения, ведущих к нарушению режима поставки либо приема газа (п. п. 33 - 38 Правил).

Как видим, анализ норм, содержащихся в Правилах поставки газа, свидетельствует о том, что по сути они действительно представляют собой специальные правила, детализирующие нормы ГК о договоре энергоснабжения, а не о договоре поставки. При этих условиях предусмотренное Правилами субсидиарное применение § 3 гл. 30 ГК (договор поставки) может породить множество трудноразрешимых проблем.

Совершенно иной подход отмечается в регулировании отношений, связанных со снабжением водой и приемом сточных вод через присоединенную сеть. Здесь действительно в полной мере использована модель договора энергоснабжения. В соответствии с Правилами пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации (п. п. 10 - 11), утвержденными Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1999 г. N 167 <1>, отпуск (получение) питьевой воды или прием (сброс) сточных вод осуществляются на основании договора энергоснабжения, относящегося к публичным договорам (ст. ст. 426, 539 - 548 ГК), заключаемого абонентом (заказчиком) с организацией водопроводно-канализационного хозяйства. Отношения, не урегулированные Правилами, определяются договором между сторонами в соответствии с общими положениями о купле-продаже (гл. 30 ГК) с учетом дополнительных требований, предусматривающих местную специфику и особенности пользования системами водоснабжения и канализации.

<1> СЗ РФ. 1999. N 8. Ст. 1028.

Практически все пункты Правил пользования системами коммунального водоснабжения и канализации (а их насчитывается в общей сложности 94) содержат специальные правила, детализирующие и дополняющие нормы ГК о договоре энергоснабжения применительно к договору на снабжение абонента питьевой водой и прием сточных вод.

Существенным образом конкретизируется порядок заключения договора. В частности, Правилами (п. 12) предусмотрено, что для заключения договора абонент (заказчик) представляет в организацию водопроводно-канализационного хозяйства следующие документы: заявку с указанием объектов, непосредственно присоединенных (присоединяемых) к системам водоснабжения и канализации, данных о субабонентах, а также объемах водопотребления и

водоотведения сточных вод абонента и субабонентов; документы, подтверждающие право собственности на устройства и сооружения для присоединения; разрешительную документацию на присоединение; схемы водоснабжения и канализации; баланс водопотребления и водоотведения; план мероприятий по рациональному использованию питьевой воды и сокращению сброса сточных вод.

Детализируется Правилами и круг существенных условий договора. Так, в соответствии с п. 13 Правил в договоре указывается предмет договора, которым является отпуск (получение) питьевой воды и (или) прием (сброс) сточных вод, при этом предусматриваются следующие существенные условия: режим отпуска (получения) питьевой воды, в том числе при пожаротушении, и приема (сброса) сточных вод; лимиты на отпуск (получение) питьевой воды и прием (сброс) сточных вод; качество питьевой воды и нормативные требования по составу сточных вод; условия прекращения или ограничения отпуска (получения) питьевой воды и приема (сброса) сточных вод; осуществление учета отпущенной (полученной) питьевой воды и принятых (сброшенных) сточных вод; порядок, сроки, тарифы и условия оплаты, включая за сверхлимитное водопотребление и превышение норматива сброса сточных вод и загрязняющих веществ; границы эксплуатационной ответственности сторон по сетям водоснабжения и канализации и др.

К договору прилагается акт разграничения эксплуатационной ответственности сторон по водопроводным и канализационным сетям и сооружениям на них. Разграничение может быть установлено по колодцу (или камере), к которому подключены устройства и сооружения для присоединения абонента к коммунальной водопроводной или канализационной сети. При отсутствии такого акта граница эксплуатационной ответственности устанавливается по балансовой принадлежности (п. 14 Правил).

Содержат Правила и так называемые технические нормы, соблюдение которых имеет целью обеспечить безопасную эксплуатацию технических устройств и оборудования. К примеру, согласно п. 27 Правил водопроводные устройства и сооружения для присоединения к системе водоснабжения до пуска в эксплуатацию подлежат промывке и дезинфекции абонентом (заказчиком) при участии представителей организации водопроводно-канализационного хозяйства до получения результатов анализов качества воды, отвечающих санитарно-гигиеническим требованиям, о чем составляются соответствующие акты. Подача питьевой воды осуществляется только при наличии разрешения местных служб госсанэпидемнадзора.

Количество полученной питьевой воды и сброшенных сточных вод определяется абонентом в соответствии с данными учета фактического потребления питьевой воды и сброса сточных вод по показаниям средств измерений, за исключением случаев, установленных названными Правилами.

Для учета объемов отпущенной абоненту питьевой воды и принятых сточных вод используются средства измерений, внесенных в государственный реестр, по прямому назначению, указанному в их технических паспортах. С этой целью оборудуются узлы учета. Узел учета должен размещаться на сетях абонента, как правило, на границе эксплуатационной ответственности между организацией водопроводно-канализационного хозяйства и абонентом (п. п. 33 и 34 Правил).

Подробно и детально регулируется Правилами порядок прекращения или ограничения отпуска питьевой воды или приема сточных вод. Соответствующие положения Правил развивают и детализируют положения ст. 546 ГК об изменении или расторжении договора энергоснабжения.

Так, организации водопроводно-канализационного хозяйства предоставлено право прекратить или ограничить отпуск питьевой воды и (или) прием сточных вод без предварительного уведомления абонента в следующих случаях: прекращение энергоснабжения объектов организации водопроводно-канализационного хозяйства; возникновение аварии в результате стихийных бедствий и чрезвычайных ситуаций; необходимость увеличения подачи питьевой воды к местам возникновения пожаров.

Организация водопроводно-канализационного хозяйства может прекратить или ограничить отпуск питьевой воды или прием сточных вод, предварительно уведомив абонента, органы местного самоуправления, местные службы госсанэпидемнадзора, а также территориальное подразделение государственной противопожарной службы, в следующих случаях: резкое ухудшение качества воды в источнике питьевого водоснабжения; получение предписания или решения местных служб госсанэпидемнадзора; самовольное пользование системами коммунального водоснабжения или канализации; попадание не разрешенных к сбросу сточных вод и загрязняющих веществ в систему коммунальной канализации, причинивших ущерб этой системе или приведших к аварии; устранение последствий аварии на системах коммунального водоснабжения и канализации; аварийное или неудовлетворительное состояние водопроводных или канализационных сетей абонента; проведение работ по присоединению новых абонентов в сроки, согласованные с указанными органами; проведение планово-предупредительного ремонта (п. п. 81 и 82 Правил).

Подробно регламентированы Правилами также действия сторон по выполнению условий договора и ответственность за его нарушение.

§ 10. Договор энергоснабжения в сфере электроэнергетики

Принятие Федерального закона "Об электроэнергетике" от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ <1>, сопровождавшееся изменением и дополнением правил о договоре энергоснабжения, содержащихся в Гражданском кодексе Российской Федерации, привело к появлению значительного количества новых договорных форм, призванных урегулировать отношения, связанные с реализацией и приобретением электроэнергии на оптовом и розничных рынках электрической энергии. Речь идет о таких договорах, как: договор о присоединении к торговой системе оптового рынка электрической энергии; двусторонний договор купли-продажи электрической энергии; договор купли-продажи электрической энергии по равновесной цене оптового рынка; договоры купли-продажи, а также поставки электрической энергии на розничных рынках; договор купли-продажи электрической энергии у гарантирующего поставщика; договор об оказании услуг по передаче электрической энергии; договор об осуществлении технологического присоединения энергопринимающего устройства (энергетической установки) к электрической сети; договор об оказании услуг по оперативно-диспетчерскому управлению и др.

<1> СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1177.

Что касается правил о традиционном договоре энергоснабжения (§ 6 гл. 30 ГК), то нельзя не заметить, что ст. 539 ГК дополнена новым пунктом (п. 4), согласно которому к отношениям по договору снабжения электрической энергией указанные правила о договоре энергоснабжения применяются, если законом или иными правовыми актами не установлено иное.

Столь серьезные изменения правового регулирования отношений, связанных с реализацией и приобретением электрической энергии, не могли не возбудить целого ряда вопросов, в частности: о роли и значении договора энергоснабжения в электроэнергетике; о договорных основах оптового и розничных рынков электроэнергии; о правовой природе договорных обязательств по реализации и приобретению электроэнергии на оптовом и розничных рынках электрической энергии и о порядке их правового регулирования.

Содержащиеся в ГК (§ 6 гл. 30) правила в своем первоначальном виде были рассчитаны прежде всего на отношения, связанные со снабжением потребителей электрической энергией. Что касается отношений, связанных с приобретением потребителями тепловой энергии, то они также подпадали под действие договора энергоснабжения, однако в этом случае законодатель предусмотрел возможность их преимущественного регулирования иными федеральными законами и другими правовыми актами (п. 1 ст. 548 ГК), имея в виду, что в специальном законодательстве могли содержаться правила, относящиеся к специфическим особенностям тепловой энергии. Определенная дифференциация отмечалась и в общей схеме правового регулирования отношений, связанных со снабжением соответственно электрической и тепловой энергией. Если объектом договоров являлась электрическая энергия, соответствующие правоотношения могли регулироваться помимо ГК другими федеральными законами и иными правовыми актами, а также принятыми в соответствии с ними обязательными правилами, но только в части, не урегулированной ГК. В случаях же, когда в качестве объекта договора энергоснабжения служила тепловая энергия, правила о договоре энергоснабжения, содержащиеся в ГК, подлежали применению только в том случае, если иное не было установлено законом или иными правовыми актами, регламентирующими снабжение тепловой энергией через присоединенную сеть.

Теперь же, после того, как ГК был дополнен (Федеральный закон от 26 марта 2003 г. N 37-ФЗ) положением о том, что к отношениям по договору снабжения электрической энергией правила о договоре энергоснабжения применяются, если законом или иными правовыми актами не установлено иное (п. 4 ст. 539), отмеченная особенность правового регулирования отношений, связанных со снабжением электрической энергией, оказалась утраченной. Поэтому сейчас можно говорить уже о единой схеме правового регулирования отношений по договорам снабжения как электрической, так и тепловой энергией, которая предоставляет возможность их преимущественного (перед ГК) регулирования со стороны специального законодательства. Таким образом, в сфере электроэнергетики содержащиеся в ГК (§ 6 гл. 30) нормы о договоре энергоснабжения могут применяться к договору снабжения электрической энергией субсидиарно при отсутствии специальных правил, направленных на регулирование этого договора, и в той части, в какой соответствующие отношения остаются не урегулированными специальными правилами.

Анализ текста Федерального закона "Об электроэнергетике" (с позиции вышеизложенной схемы правового регулирования) свидетельствует о том, что в сфере электроэнергетики предусмотренная ГК модель договора энергоснабжения полностью совпадает с договором

снабжения электрической энергией лишь в том случае, когда электрическая энергия приобретается потребителем (абонентом) на розничном рынке <1> у энергосбытовой организации, к сетям которой непосредственно присоединены сеть или электроустановка (иное энергетическое устройство), принадлежащие абоненту. В этом случае содержащиеся в ГК правила о договоре энергоснабжения подлежат применению в полном объеме.

<1> Глава 7 Федерального закона "Об электроэнергетике", содержащая правила о розничных рынках, вступает в силу одновременно с вступлением в силу правил оптового рынка, утверждаемых Правительством Российской Федерации (ст. 47 названного Федерального закона).

Вместе с тем, приобретая электрическую энергию на розничном рынке, потребитель свободен в выборе контрагента по договору купли-продажи или поставки электроэнергии (п. 2 ст. 37 Федерального закона "Об электроэнергетике"). Такой договор может быть заключен потребителем с энергосбытовой организацией (гарантирующим поставщиком) и при том условии, что электропринимающее устройство потребителя не присоединено непосредственно к сетям соответствующей энергосбытовой организации.

Несмотря на свое название, договор купли-продажи (поставки) электрической энергии по своей правовой природе не может быть квалифицирован в качестве договора купли-продажи или договора поставки (в том виде, как они определены в ГК), объектом которых, как известно, признаются вещи (ст. 455 ГК). Напротив, предмет данного договора (передача энергии), а также его субъектный состав (энергоснабжающая организация и потребитель электроэнергии) свидетельствуют о том, что перед нами договор снабжения электрической энергией, все отличие которого от договора энергоснабжения, предусмотренного ГК, сводится к отсутствию непосредственного присоединения энергопринимающего устройства потребителя к сетям контрагента - энергосбытовой организации при сохранении общего принципа подачи электроэнергии на энергопринимающее устройство потребителя через присоединенную сеть, пусть и принадлежащую иной (сетевой) организации.

Отмеченное обстоятельство (принадлежность присоединенной сети не к энергосбытовой организации, а к сетевой компании) может означать в данном случае лишь уменьшение круга обязанностей сторон по договору о снабжении электрической энергией по сравнению с договором энергоснабжения, предусмотренным ГК: на стороне энергосбытовой организации отсутствуют обязанности по обеспечению доступа потребителя к ее сетям и по транспортировке энергии, а потребитель, в свою очередь, не несет перед своим контрагентом по договору обязанности по содержанию и эксплуатации сетей, приборов и оборудования.

Соответствующие действия, выпадающие из содержания договора о снабжении электрической энергией, составляют предмет самостоятельных договора об оказании услуг по передаче (транспортировке) электроэнергии и договора по обеспечению доступа к электрическим сетям (технологическому присоединению энергопринимающих устройств (энергетических установок) к электрическим сетям), которые заключают соответственно энергосбытовая организация и потребитель электроэнергии с сетевыми компаниями, к электрическим сетям которых присоединены сети и энергетические установки участников договора о снабжении электрической энергией.

С учетом этого обстоятельства должна строиться и система правового регулирования отношений по договору снабжения электрической энергией, который должен подпадать под действие содержащихся в ГК правил о договоре энергоснабжения в части: порядка заключения и продления договора (ст. 540); количества (ст. 541) и качества (ст. 542) энергии, оплаты энергии (ст. 544); изменения и расторжения договора (п. 1 ст. 546); ответственности по договору энергоснабжения (ст. 547).

Что касается норм ГК об обязанностях потребителя по содержанию и эксплуатации сетей, приборов и оборудования (ст. 543), а также об основаниях в перерывах подачи, прекращения или ограничения подачи энергии (п. п. 2 и 3 ст. 546), то они, очевидно, должны регулировать соответствующие отношения, вытекающие из договора об оказании услуг по обеспечению доступа к электрическим сетям (технологическому присоединению энергопринимающих устройств (энергетических установок) к электрическим сетям).

Договоры, заключаемые на оптовом рынке электроэнергии

Проводимая в России реформа электроэнергетики предусматривает формирование свободного рынка электрической энергии, регулируемого целой системой договоров. Отношения, складывающиеся в сфере оборота электроэнергии, дифференцируются на оптовый рынок электрической энергии (мощности), под которым понимается сфера обращения электрической энергии в рамках Единой энергетической системы России в границах единого экономического пространства Российской Федерации с участием крупных производителей и крупных покупателей

электрической энергии, получивших статус субъектов оптового рынка и действующих на основе правил оптового рынка, утверждаемых Правительством Российской Федерации, и розничные рынки электрической энергии (сфера обращения электрической энергии вне оптового рынка с участием потребителей электрической энергии) <1>.

<1> См.: ст. 3 Федерального закона от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике".

Субъектами оптового рынка электроэнергии признаются юридические лица, получившие в установленном законом порядке право участвовать в отношениях по обращению электроэнергии на оптовом рынке: поставщики электрической энергии (генерирующие компании) и покупатели электрической энергии (энергосбытовые организации, крупные потребители электрической энергии, гарантирующие поставщики), а также администратор торговой системы оптового рынка; организации, обеспечивающие функционирование технологической инфраструктуры оптового рынка (в том числе организация по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью); системный оператор.

Одним из необходимых условий для получения организациями-поставщиками и покупателями электрической энергии статуса субъектов оптового рынка электрической энергии является вступление в число участников администратора торговой системы оптового рынка, действующего в организационно-правовой форме некоммерческого партнерства, либо подписание договора о присоединении к торговой системе оптового рынка электрической энергии (п. 1 ст. 35 Федерального закона "Об электроэнергетике").

Поставщики и покупатели электрической энергии - субъекты оптового рынка могут продавать (покупать) электрическую энергию на основе заключаемых непосредственно между ними так называемых двусторонних договоров купли-продажи электрической энергии. В этом случае цена продаваемой (покупаемой) электроэнергии, как и все прочие условия соответствующего договора, определяется по соглашению сторон. Двусторонний договор купли-продажи электрической энергии подлежит регистрации администратором торговой системы оптового рынка; на имя последнего участники такого договора подают также долгосрочное уведомление об отборе электрической энергии для обеспечения исполнения договорных обязательств.

При необходимости (например, если электрическая сеть, энергоустановка либо иное энергетическое оборудование покупателя не присоединены непосредственно к электрической сети поставщика) стороны двустороннего договора купли-продажи электрической энергии заключают с соответствующей сетевой организацией договор об оказании услуг по передаче электрической энергии, а с системным оператором - договор об оказании услуг по оперативно-диспетчерскому управлению (п. п. 1 и 2 ст. 32 Федерального закона "Об электроэнергетике").

Договор об оказании услуг по передаче электрической энергии признается публичным договором, обязательным для сетевой организации, которая должна обеспечить недискриминационный доступ к оказываемым услугам по передаче электрической энергии в отношении всех субъектов (покупателей и поставщиков) оптового рынка.

Кроме того, покупатель электрической энергии должен обеспечить технологическое присоединение своего энергопринимающего устройства (энергетической установки) к соответствующей электрической сети на основе отдельного договора об осуществлении технологического присоединения энергопринимающего устройства (энергетической установки) к электрической сети, который не может включать в свой предмет оказание услуг по передаче электрической энергии (п. 1 ст. 26 Федерального закона "Об электроэнергетике").

Услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике представляют собой комплекс мер по централизованному управлению технологическими режимами работы технических устройств электростанций, электрических сетей и энергопринимающего оборудования потребителей электрической энергии, осуществляемых в целях обеспечения надежного энергоснабжения и качества электрической энергии, соответствующих техническим регламентам и иным обязательным требованиям. Заключение договора об оказании услуг по оперативно-диспетчерскому управлению как для сетевого оператора, так и для участников договора купли-продажи электрической энергии является обязательным.

Деятельность, связанная с оказанием услуг по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике, а также по передаче (транспортировке) электрической энергии, признается осуществляемой в условиях естественной монополии, что предполагает ее жесткое государственное регулирование. В частности, Федеральным законом "Об электроэнергетике" предусмотрено государственное регулирование цен (тарифов) на услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике (п. 2 ст. 23), а также утверждение Правительством Российской Федерации Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии, которые должны регламентировать: правила заключения и исполнения договоров об оказании услуг по передаче электрической энергии, включая существенные условия указанных договоров; порядок доступа к электрическим сетям в условиях

их ограниченной пропускной способности; порядок установления тарифов на услуги по передаче электрической энергии; порядок раскрытия сетевыми компаниями информации о пропускной способности электрических сетей и их технических характеристиках; порядок рассмотрения жалоб и заявлений по вопросам предоставления доступа к услугам по передаче электрической энергии и др. (п. 3 ст. 26).

Субъекты оптового рынка электрической энергии вправе реализовывать (приобретать) электроэнергию не только по двусторонним договорам купли-продажи, но и любым иным способом, предусмотренным правилами оптового рынка. Так, субъекты оптового рынка могут использовать порядок реализации (приобретения) электрической энергии через систему подачи ценовых заявок и заключение договоров купли-продажи электрической энергии по равновесной цене оптового рынка <1>. Порядок подачи ценовых заявок, порядок их отбора и механизм определения равновесной цены оптового рынка определяются основными положениями функционирования оптового рынка. Отбор ценовых заявок, расчет и объявление равновесной цены оптового рынка осуществляются администратором торговой системы оптового рынка. Механизм определения указанной цены должен предусматривать оплату покупателем стоимости электрической энергии, поставленной на оптовый рынок, которая не может быть ниже цены, указанной в отобранных заявках поставщиков электрической энергии.

_____

<1> Представляется, что в этом случае роль продавца (в отношениях с покупателем электрической энергии) и покупателя (в отношениях с поставщиком электрической энергии на оптовый рынок) должен выполнять администратор торговой системы оптового рынка на основе агентского договора или договора комиссии, заключаемых с соответствующими субъектами оптового рынка электрической энергии.

Договоры, заключаемые на розничных рынках электроэнергии

Субъектами розничных рынков электрической энергии являются: потребители электрической энергии; производители электроэнергии, не имеющие права на участие в оптовом рынке; энергосбытовые организации; гарантирующие поставщики; территориальные сетевые организации, осуществляющие услуги по передаче электрической энергии; субъекты оперативно-диспетчерского управления, осуществляющие свою деятельность на уровне розничных рынков.

Отношения по приобретению потребителями электрической энергии на розничных рынках оформляются путем заключения последними договоров купли-продажи, а также договоров поставки электрической энергии. В роли продавцов (поставщиков) по таким договорам выступают энергосбытовые организации, в том числе производители электрической энергии (не обладающие статусом субъектов оптового рынка), а также гарантирующие поставщики.

Под энергосбытовыми организациями понимаются организации, осуществляющие в качестве основного вида деятельности продажу произведенной или приобретенной ими электрической энергии. Гарантирующим поставщиком признается коммерческая организация, которая в соответствии с законом или добровольно принятыми обязательствами обязана заключить договор купли-продажи электрической энергии с любым обратившимся к нему потребителем либо с лицом, действующим от имени и в интересах потребителя и желающим приобрести электрическую энергию.

В соответствии с Федеральным законом "Об электроэнергетике" (п. 2 ст. 37) потребитель свободен в выборе контрагента по договору купли-продажи или договору поставки электрической энергии. При этом сетевая организация не вправе отказать потребителю в заключении договора об оказании услуг по передаче электрической энергии по основаниям, связанным с выбором потребителем определенного поставщика электрической энергии. С другой стороны, если такой договор с сетевой компанией заключен, договор купли-продажи (поставки) электрической энергии не может быть расторгнут его сторонами до момента надлежащего уведомления соответствующей сетевой организации о намерении сторон расторгнуть названный договор.

Поставщиком - энергосбытовой организацией и потребителем может быть заключен смешанный договор, содержащий наряду с обязательствами по купле-продаже (поставке) электроэнергии элементы иных договорных обязательств. В данном случае речь идет прежде всего об элементах обязательств, вытекающих из договоров поручения, комиссии или агентского договора, поскольку согласно п. 2 ст. 37 Федерального закона "Об электроэнергетике" договором купли-продажи (поставки) электрической энергии может быть предусмотрена обязанность поставщика заключить договор оказания услуг по передаче электрической энергии потребителю с сетевой организацией от имени потребителя или от своего имени, но в интересах потребителя.

Определенной спецификой обладает договор купли-продажи электрической энергии с участием (в качестве продавца) гарантирующего поставщика. Указанный договор признается публичным, для гарантирующего поставщика его заключение является обязательным. В случае необоснованного уклонения гарантирующего поставщика от заключения договора купли-продажи

электрической энергии потребитель вправе обратиться в суд с требованием о понуждении гарантирующего поставщика к заключению указанного договора.

Кроме того, на гарантирующего поставщика, заключившего договор купли-продажи электрической энергии с потребителем, возложена обязанность самостоятельно урегулировать отношения с соответствующими организациями, связанные с приобретением необходимого количества электрической энергии, а также с оказанием услуг по ее передаче потребителю и по оперативно-диспетчерскому управлению (п. 5 ст. 38 Федерального закона "Об электроэнергетике").

Существенной особенностью договоров купли-продажи электрической энергии с участием гарантирующих поставщиков является то, что в отношении таких договоров осуществляется государственное регулирование сбытовых надбавок, причитающихся гарантирующим поставщикам, которые включаются в цену (тариф) на электрическую энергию, продаваемую потребителям (цены (тарифы) на электрическую энергию, поставляемую иными энергосбытовыми организациями, являются свободными и не подлежат государственному регулированию).

Отношения, складывающиеся на розничных рынках электрической энергии, подлежат регулированию основными положениями функционирования розничных рынков, утверждаемыми Правительством Российской Федерации, которые должны, в частности, предусматривать: порядок присвоения организациям статуса гарантирующего поставщика; правила заключения договоров купли-продажи электрической энергии между потребителями и гарантирующими поставщиками (включая существенные условия указанных договоров) и исполнения соответствующих договорных обязательств; порядок осуществления оперативно-диспетчерского управления на розничных рынках; правила недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии на розничных рынках.

Федеральный закон "Об электроэнергетике" упоминает среди договоров, заключаемых на розничных рынках электрической энергии, и традиционный договор энергоснабжения, но лишь в аспекте его правового регулирования: согласно п. 4 ст. 37 названного Федерального закона отношения по договору энергоснабжения регулируются утверждаемыми Правительством Российской Федерации основными положениями функционирования розничных рынков в той части, в которой Гражданский кодекс Российской Федерации допускает принятие нормативных правовых актов, регулирующих отношения по договору энергоснабжения.

Сфера действия договора энергоснабжения на розничных рынках электрической энергии ограничена лишь теми случаями, когда сети или энергетическое устройство (энергетическая установка), принадлежащие потребителю электрической энергии, непосредственно присоединены к сетям соответствующей энергосбытовой организации.

Правовая природа договорных обязательств

Насущная необходимость определения правовой природы договоров, заключаемых при приобретении (реализации) электрической энергии на оптовом и розничных рынках, предопределена тем обстоятельством, что без правильной правовой квалификации соответствующих договоров невозможно определить круг правил (из числа правовых норм, предусмотренных действующим законодательством), регулирующих договорные отношения сторон, складывающиеся на оптовом и розничных рынках электрической энергии.

Решение этой задачи осложняется крайне неудачным употреблением в Федеральном законе "Об электроэнергетике" понятий для обозначения договорных обязательств, возникающих на оптовом и розничных рынках электрической энергии. Соответствующие договорные отношения именуются следующим образом: двусторонний договор купли-продажи электрической энергии и договор купли-продажи электрической энергии по равновесной цене оптового рынка (на оптовом рынке); договор купли-продажи электрической энергии; договор поставки электрической энергии; договор купли-продажи электрической энергии с участием гарантирующего поставщика; смешанный договор; договор энергоснабжения.

Между тем ни договор купли-продажи, ни договор поставки как отдельный вид договора купли-продажи (в том виде, как они в настоящее время урегулированы в ГК) не предназначены для регулирования отношений, связанных с реализацией (приобретением) электрической энергии. Объектом указанных договоров являются товары, понимаемые как вещи (индивидуально-определенные или определенные родовыми признаками). Положения о купле-продаже могут применяться также к отношениям по продаже прав, если иное не вытекает из содержания и характера этих прав (п. п. 1 и 4 ст. 454, п. 1 ст. 455 ГК). Как известно, энергия (электрическая и тепловая) не относится ни к вещам, ни к правам, а представляет собой совершенно особый объект гражданских прав.

Впрочем, проблема состоит не столько в словоупотреблении (в рамках договора энергоснабжения и энергия признается особым товаром), сколько в характере соответствующих правоотношений и существе правил, их регулирующих: большинство норм, регулирующих обязанности продавца (поставщика) по передаче товаров в собственность покупателя, рассчитаны

именно на отношения по передаче вещей и по этой причине не могут распространяться на отношения, связанные с реализацией энергии, поскольку в последнем случае речь идет об обеспечении доступа к энергетической сети, а не о передаче конкретной партии товаров.

Для регулирования договорных отношений, связанных с реализацией (приобретением) энергии, в ГК (§ 6 гл. 30) предусмотрен отдельный вид договора купли-продажи - договор энергоснабжения. Именно особенности объекта энергии послужили основным видообразующим признаком, позволившим выделить договор энергоснабжения в качестве отдельного вида договора купли-продажи. Однако у договора энергоснабжения имеются и иные видообразующие признаки: энергия по такому договору приобретается абонентом, являющимся ее потребителем, и подается на энергопринимающее устройство последнего, присоединенное к сетям энергоснабжающей организации, что существенным образом ограничивает сферу применения данного договора.

Вместе с тем для всех договоров, которыми оформляются отношения по реализации (приобретению) электрической энергии на оптовом и розничных рынках (включая и договор энергоснабжения), общим остается то обстоятельство, что их объектом является электрическая энергия, что позволяет говорить об общем договоре (пусть и гипотетически), охватывающем все виды договоров, предметом которых являются действия сторон по реализации (приобретению) электрической энергии, и являющемся по отношению к последним родовым понятием.

Указанный общий (родовой) договор может быть обозначен как договор о реализации (приобретении) электрической энергии. Видимо, именно это имелось в виду законодателем, когда одновременно с принятием Федерального закона "Об электроэнергетике" другим Федеральным законом (от 26 марта 2003 г. N 37-ФЗ) было внесено дополнение в ГК (п. 4 ст. 539), согласно которому к отношениям по договору снабжения электрической энергией правила о договоре энергоснабжения, предусмотренные ГК (§ 6 гл. 30), применяются, если законом и иными правовыми актами не установлено иное.

Таким образом, в настоящее время сложилась следующая система договоров, регулирующих отношения, связанные с реализацией (приобретением) электроэнергии на оптовом и розничных рынках электрической энергии. Отдельным видом договора купли-продажи, объектом которого является электрическая энергия, можно было бы признать (хотя бы теоретически) договор о реализации (приобретении) электрической энергии. При этом роль общих правил, регулирующих отдельные разновидности этого договора (в которых только он и существует), должны выполнять содержащиеся в ГК (§ 6 гл. 30) нормы о договоре энергоснабжения.

Что касается договоров, заключаемых на оптовом и розничных рынках электрической энергии: двустороннего договора купли-продажи, договора купли-продажи электрической энергии по равновесной цене оптового рынка, договора купли-продажи и договора поставки электрической энергии на розничных рынках, договора купли-продажи электрической энергии с участием гарантирующего поставщика, договора энергоснабжения, - то все они являются разновидностями договора о реализации (приобретении) электрической энергии.

Такая система договоров, заключаемых на оптовом и розничных рынках электрической энергии, предопределяет порядок правового регулирования соответствующих договорных отношений. В первую очередь названные договоры регулируются специальными правилами о соответствующих договорах, содержащимися в Федеральном законе "Об электроэнергетике", иных федеральных законах и принимаемых в соответствии с ними постановлениях Правительства Российской Федерации и других нормативных актах.

Если какие-либо отношения, возникающие из названных договоров, остаются не урегулированными специальными правилами, то к ним подлежат применению правила о договоре энергоснабжения, содержащиеся в ГК (§ 6 гл. 30).

И лишь в том случае, когда соответствующие отношения окажутся не урегулированными ни специальными правилами о договорах, заключаемых на оптовом и розничных рынках электрической энергии, ни содержащимися в ГК нормами о договоре энергоснабжения, к ним могут применяться общие положения о договоре купли-продажи (§ 1 гл. 30 ГК).

Глава 4. ДОГОВОР КУПЛИ-ПРОДАЖИ ПРЕДПРИЯТИЯ

§ 1. Понятие и предмет договора продажи предприятия

Гражданский кодекс Российской Федерации определяет договор продажи предприятия как разновидность договора купли-продажи.

В соответствии с п. 1 ст. 559 ГК по договору продажи предприятия продавец обязуется передать в собственность покупателя предприятие в целом как имущественный комплекс, за исключением прав и обязанностей, которые продавец не вправе передавать другим лицам.

Нормы, регламентирующие порядок заключения и исполнения договора продажи предприятия, выделены в гл. 30 ГК в отдельный параграф наряду с общими положениями о купле-

продаже, розничной купле-продаже, поставке, поставке для государственных нужд, энергоснабжении, контрактации и продаже недвижимости.

Можно согласиться с мнением В.В. Витрянского, считающего, что договор продажи предприятия является отдельным видом договора купли-продажи, а отсылка к нормам, регулирующим договор купли-продажи недвижимости, никак не может служить основанием для вывода о том, что договор продажи предприятия является разновидностью договора купли-продажи недвижимости <1>.

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 222.

Аргументируя данную точку зрения, В.В. Витрянский говорит о том, что "квалифицирующим признаком, позволяющим выделять договор продажи предприятия в отдельный вид договора купли-продажи, является специфика предмета договора, включающего в себя... два рода объектов: во-первых, продаваемое предприятие как единый имущественный комплекс; во-вторых, действия продавца по передаче предприятия в собственность покупателя, а также действия последнего по его принятию и оплате" <1>.

<1> Там же. С. 223.

Представляется, что высказанная уважаемым автором позиция может быть принята только частично.

Действительно, предприятие как объект договора продажи предприятия является недвижимостью особого рода, о чем дальше будет сказано более подробно. Однако действия продавца по передаче предприятия в собственность покупателя и действия покупателя по оплате и принятию предприятия в принципе ничем не отличаются от аналогичных действий покупателя и продавца объектов недвижимости. Составление и подписание передаточного акта, подтверждающего факт исполнения продавцом обязанности по договору купли-продажи, являются обязательным элементом отношений сторон по договору купли-продажи недвижимости (ст. 556 ГК).

Особенности договора продажи предприятия, позволяющие выделить его в договор купли-продажи отдельного вида, заключаются:

1) в особенностях правового регулирования преддоговорных отношений сторон и порядка заключения договора (обязательное проведение инвентаризации, аудиторской оценки и составление бухгалтерского баланса, государственная регистрация договора купли-продажи предприятия);

2) в особенностях правового регулирования отношений сторон, возникающих после исполнения основных обязанностей сторон по договору (специальный порядок предъявления требований по качеству предприятия, расторжения и признания недействительным договора купли-продажи предприятия).

Вышеуказанные особенности отсутствуют в договоре купли-продажи недвижимости, так как они обусловлены спецификой предприятия как объекта договора продажи предприятия.

При определении предмета договора продажи предприятия необходимо подробнее рассмотреть вопрос о том, какие именно имущественные комплексы могут отчуждаться по договору продажи предприятия.

В соответствии со ст. 132 ГК РФ предприятием в качестве объекта прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности. Предприятие в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью. В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (коммерческое обозначение, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором.

Говоря о характеристиках предприятия как особого объекта прав, О.М. Козырь отмечает, что предприятие признано недвижимостью условно, что проявляется в том, что по составляющим его элементам этот объект настолько неоднороден, что отнесение его к той или иной группе объектов может быть осуществлено только исходя из характеристики его как особого имущественного комплекса, но не основываясь на природе составляющих его элементов, многие из которых к недвижимости не относятся. Предприятие является объектом, который выпадает из классификации недвижимых и движимых вещей, поскольку оно вещью, даже сложной, не является <1>.

<1> См.: Козырь О.М. Недвижимость в новом Гражданском кодексе России // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 180.

Дополняя характеристики предприятия, указанные О.М. Козырь, можно также отметить такую особенность предприятия, как отсутствие его в качестве определенного объекта гражданских прав в какой-либо иной момент, кроме момента продажи предприятия (или совершения иной сделки). Очевидно, что все элементы, входящие в состав конкретного предприятия, в совокупности характеризуют предприятие как объект гражданских прав только в момент заключения соответствующего договора. Сразу же после заключения договора купли-продажи в составе предприятия будут происходить изменения (погашаться и возникать долги и права требования, использоваться сырье, реализовываться продукция и т.д.), в результате которых невозможно говорить о тождестве продаваемого предприятия и того предприятия, которое будет существовать уже через месяц после заключения договора купли-продажи.

Статья 132 ГК говорит о предприятии как об имущественном комплексе, что отнюдь не означает тождественность данных понятий. В ст. 340 ГК говорится об ипотеке предприятия и иного имущественного комплекса, в ст. 1013 ГК сказано, что объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы.

С.А. Степанов, подчеркивающий невозможность отождествления предприятия в том виде, в котором его определение содержится в ст. 132 ГК, и имущественного комплекса, считает, что действующее законодательство "распространяет на имущественный комплекс режим недвижимости (ст. 132 ГК)" и тем самым упускает возможность создания иной юридической конструкции имущественного комплекса, в которой имущественный комплекс недвижимостью не является <1>.

<1> Степанов С.А. Недвижимое имущество в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 160, 161, 201.

Традиционно продажа предприятия рассматривается учеными как продажа бизнеса, которая предполагает передачу покупателю в совокупности материальных объектов (недвижимых и движимых вещей) и нематериальных объектов (исключительных прав, прав требования и долгов) <1>.

<1> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Т. 2. Полутом 1. М., 1999. С. 266 (автор - В.С. Ем); Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 223.

Вместе с тем очевидно, что в современном хозяйственном обороте бизнес, т.е. организованное предпринимательское дело, может не иметь в своей основе не только недвижимости, но и вообще материального элемента, о чем подробно пишет С.А. Степанов <1> при характеристике имущественного комплекса как объекта прав.

<1> См.: Степанов С.А. Указ. соч. С. 180.

Нередки ситуации, когда предприниматель арендует у государства на длительный срок земельный участок со зданиями, осуществляет их капитальный ремонт, закупает оборудование и на этой материальной основе начинает выпуск продукции под собственным коммерческим обозначением и собственными товарными знаками. Таким образом, организованный бизнес вполне может считаться имущественным комплексом, но не предприятием, так как ст. 132 ГК исходит из того, что "основным предпринимательским звеном" <1> любого предприятия является недвижимость, в силу чего все предприятие в целом как объект права рассматривается как недвижимость. При отсутствии в составе предприятия недвижимости, принадлежащей владельцу бизнеса на праве собственности, будут отсутствовать основания регистрировать право собственности на предприятие, равно как и договор купли-продажи предприятия, в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним <2>.

<1> Понятие основного предпринимательского звена имущественного комплекса введено С.А. Степановым для характеристики центрального элемента имущественного комплекса, объединяющего все остальные составляющие, в его монографии "Имущественные комплексы в российском гражданском праве" (М.: Норма, 2002).

<2> Данную точку зрения на предприятие разделяет О.Е. Романов (см.: Романов О.Е. Теоретические и практические аспекты определения состава предприятия как имущественного комплекса // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6. М., 2003. С. 226).

Таким образом, предметом договора купли-продажи предприятия являются сложные объекты - имущественные комплексы, которые имеют в своем составе недвижимость. Иные имущественные комплексы не отвечают признакам предприятия и, соответственно, не могут отчуждаться по договору купли-продажи предприятия.

Распространение ст. 132 ГК и, соответственно, всех иных норм ГК, посвященных обороту предприятий, только на те имущественные комплексы, в составе которых имеется недвижимость, вовсе не препятствует нормальному хозяйственному обороту. Предприятие как имущественный комплекс, как недвижимость особого рода продается в основном только в ходе приватизации государственного имущества. Для передачи частного бизнеса основной формой договора стал договор купли-продажи акций (долей) хозяйственного общества, владеющего соответствующим бизнесом (предприятием). Это объясняется не только простотой заключения и исполнения договора купли-продажи акций (долей) по сравнению с договором купли-продажи предприятия, но и отсутствием дополнительной налоговой нагрузки, которая существенна при продаже предприятия <1>.

<1> Продажа предприятия в отличие от продажи долей (акций) облагается налогом на добавленную стоимость в соответствии с нормами Налогового кодекса Российской Федерации.

Говоря о предмете договора продажи предприятия, нельзя оставить без внимания вопрос о том, может ли быть продана часть предприятия. С одной стороны, в ст. 132 ГК указано, что предприятие в целом или его часть могут быть объектом купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав. С другой стороны, в ст. 559 ГК говорится, что по договору продажи предприятия продавец обязуется передать в собственность покупателя предприятие в целом как имущественный комплекс.

Ученые в вопросе о возможности продажи части предприятия заняли неоднозначную позицию. В частности, В.С. Ем говорит о том, что предприятие - юридически неделимая совокупность имущества, при продаже имущества предприятия по частям невозможно частично передать большинство нематериальных активов <1>. С.А. Степанов признает возможность продажи части предприятия, если при этом соблюдаются следующие условия:

<1> См.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Т. 2. Полутом 1. М., 1999. С. 267.

1) часть имущественного комплекса должна быть обособлена от иного имущества без потерь свойства всего предприятия;

2) часть имущественного комплекса в качестве элементов должна включать свойственные только ей права и обязанности;

3) часть предприятия должна иметь собственное счетоводство, учет;

4) часть предприятия сама по себе, а не в дополнение к основному производству должна представлять предпринимательский интерес;

5) часть предприятия заряжена на самовоспроизводство, на борьбу за место на рынке, обеспечена людским субстратом <1>.

<1> См.: Степанов С.А. Указ. соч. С. 186 - 187.

Нетрудно заметить, что в том случае, если часть предприятия будет отвечать всем условиям, перечисленным С.А. Степановым, то это будет самостоятельное предприятие, которое принадлежит собственнику наряду с другим предприятием. Так как предприятие является объектом права, то вполне возможно, что один субъект имеет в собственности несколько предприятий и продажа одного из них будет являться продажей предприятия, а не части предприятия.

Таким образом, продажа части предприятия будет являться либо продажей самостоятельного предприятия, либо продажей отдельных видов имущества по общим правилам, предусмотренным для отчуждения соответствующих вещей или имущественных прав.

§ 2. Преддоговорные отношения сторон договора продажи предприятия

Особенности объекта в договоре продажи предприятия обусловили специфику преддоговорных отношений сторон.

Статья 561 ГК предусматривает, что до заключения договора продажи предприятия стороны обязаны совершить следующие действия:

1) провести полную инвентаризацию предприятия, составить и рассмотреть акт инвентаризации;

2) получить и рассмотреть заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия;

3) составить и рассмотреть бухгалтерский баланс предприятия;

4) составить перечень всех долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований и рассмотреть данный перечень.

Все документы, полученные в результате совершения вышеуказанных действий, должны прилагаться к договору купли-продажи предприятия (ст. 560 ГК). Надлежащее выполнение сторонами (и прежде всего продавцом) преддоговорных обязанностей является непосредственным условием признания договора продажи предприятия заключенным <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 4 сентября 2006 г., 11 сентября 2006 г. по делу N КГ-А40/8337-06.

Рассмотрим подробнее, каким образом должны исполняться те или иные преддоговорные обязанности сторон договора продажи предприятия.

Основным нормативным документом, регламентирующим проведение инвентаризации, являются Методические указания по инвентаризации имущества и финансовых обязательств, утвержденные Приказом Минфина России от 13 июня 1995 г. N 49. Проводимая инвентаризация должна быть сплошной, т.е. охватывать все виды имущества и обязательств продаваемого предприятия независимо от того, будет ли соответствующее имущество (обязательство) переходить к покупателю в составе предприятия. Вместе с тем следует иметь в виду, что если стороны намереваются исключить какое-либо имущество или обязательства, указанные в акте инвентаризации, из состава предприятия, они должны сделать специальную оговорку в договоре продажи предприятия, так как в противном случае все имущество, права и обязанности, указанные в акте инвентаризации, в силу п. 2 ст. 561 ГК будут подлежать передаче покупателю.

Заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия нельзя путать с актом оценки предприятия, проводимой независимым оценщиком. Определение состава и стоимости предприятий как имущественных комплексов является сопутствующей аудиту услугой, которая осуществляется имеющей лицензию аудиторской организацией или индивидуальным аудитором (п. 6 ст. 1 Федерального закона от 7 августа 2001 г. N 119-ФЗ "Об аудиторской деятельности"). Оценка предприятия независимым оценщиком осуществляется по правилам, установленным Федеральным законом от 29 июля 1998 г. N 135-ФЗ "Об оценочной деятельности в Российской Федерации", и не является обязательной в соответствии с требованиями ГК. Однако в том случае, если продается предприятие, собственником которого является Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование, проведение оценки предприятия обязательно в соответствии с требованиями ст. 8 Федерального закона от 29 июля 1998 г. N 135-ФЗ "Об оценочной деятельности в Российской Федерации".

Составление бухгалтерского баланса предприятия может на практике встретить существенные затруднения в связи со следующим.

Федеральный закон от 21 ноября 1996 г. N 129-ФЗ "О бухгалтерском учете" устанавливает, что бухгалтерский баланс является документом бухгалтерской отчетности организации или индивидуального предпринимателя. Самостоятельный бухгалтерский баланс могут иметь также обособленные структурные подразделения организаций.

Таким образом, составление бухгалтерского баланса продаваемого предприятия возможно только в том случае, если продавец предприятия осуществляет предпринимательскую деятельность только на данном предприятии либо предприятие является филиалом организации-продавца. Если же продавец имеет несколько предприятий в одной местности, то составление бухгалтерского баланса отдельно по каждому предприятию невозможно с точки зрения действующего законодательства о бухгалтерском учете. Соответственно, выполнение требований ст. 561 ГК в последнем случае будет невозможно, а значит, заключение договора продажи предприятия также невозможно.

Составление перечня долгов преследует своей целью разделение долгов, относящихся к деятельности предприятия, и долгов, не связанных с деятельностью предприятия, которые будут исключены из состава предприятия.

Положение кредиторов по долгам, которые не войдут в состав предприятия, будет отличаться от положения кредиторов, чьи долги войдут в состав предприятия, о чем подробнее будет сказано в § 4 настоящей главы.

Столь обширные преддоговорные обязанности сторон необходимы для того, чтобы, с одной стороны, максимально обеспечить интересы покупателя, который должен иметь полное представление о предмете договора, а с другой - обеспечить интересы продавца и третьих лиц,

которые пострадают в случае признания договора незаключенным по причине несогласования предмета договора или недействительным по причине заблуждения покупателя относительно предмета договора.

§ 3. Заключение договора продажи предприятия

Любой договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора (п. 1 ст. 432 ГК). Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 433 ГК).

1. Форма договора продажи предприятия

В соответствии со ст. 560 ГК договор продажи предприятия заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (п. 2 ст. 434), с обязательным приложением к нему документов, указанных в п. 2 ст. 561 ГК, т.е. акта инвентаризации, заключения независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, бухгалтерского баланса предприятия, перечня всех долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований.

Следует отметить, что все приложения к договору являются его неотъемлемой частью, если иное специально не предусмотрено договором.

Несоблюдение требований к форме договора продажи предприятия влечет за собой специальные последствия: договор признается недействительным.

2. Существенные условия договора продажи предприятия

Существенными условиями договора купли-продажи предприятия являются предмет договора и его цена.

Как уже было сказано в § 1 настоящей главы, предметом договора продажи предприятия являются только такие имущественные комплексы, которые имеют в своем составе недвижимость.

Помимо недвижимости в состав предприятия входят:

1) движимые вещи;

2) имущественные права (исключительные права и обязательственные права требования);

3) долги.

Для того чтобы вышеуказанные элементы в совокупности образовали предприятие, необходимо, чтобы все они были объединены возможностью их комплексного использования для осуществления предпринимательской деятельности определенного вида.

Тот вид предпринимательской деятельности, для осуществления которого предназначено предприятие, и будет определять возможность или невозможность включения конкретного имущества продавца в состав предприятия.

В том случае, если какое-либо имущество, определенно предназначенное для осуществления предпринимательской деятельности продаваемого предприятия, не будет указано в документах, оформляющих договор продажи предприятия, то вопрос о том, будет ли договор продажи предприятия считаться заключенным или нет, должен решаться каждый раз отдельно.

При решении данного вопроса необходимо исходить из того, что предмет договора продажи предприятия не может считаться согласованным, если в документах, составляющих договор, будет отсутствовать указание на имущество (вещи или имущественные права), без которого невозможно осуществление предприятием той деятельности, для которой оно предназначено.

Если имущество, которое является необходимым и достаточным для осуществления предприятием той деятельности, для которой оно предназначено, будет указано в договоре продажи предприятия, то остальное имущество, в том числе имущественные права, а также долги предприятия передаются покупателю независимо от того, поименованы они в договоре купли-продажи предприятия либо в приложениях к нему или нет.

Данный вывод основан на следующем.

В соответствии с п. 2 ст. 559 ГК исключительные права на средства индивидуализации предприятия, продукции, работ или услуг продавца (коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания), а также принадлежащие ему на основании лицензионных договоров права использования таких средств индивидуализации переходят к покупателю, если иное не предусмотрено договором.

Из формулировки п. 2 ст. 559 ГК следует, что в случае отчуждения продавцом недвижимости и движимых вещей, составляющих основу определенного бизнеса, исключительные права автоматически переходят к покупателю, даже если в договоре продажи предприятия об этом не будет сказано ни слова. Если же продавец не желает передавать исключительные права

покупателю, оговорка об этом прямо должна быть сделана в тексте договора продажи предприятия.

Независимо от формулировок договора продажи предприятия к покупателю не перейдут права продавца, полученные им на основании разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, так как указанные права являются составным элементом правоспособности продавца, а не входят в состав имущественного комплекса. Однако ГК предусматривает определенные гарантии для кредиторов продавца по обязательствам, исполнение которых невозможно без соответствующего разрешения (лицензии): в соответствии с п. 3 ст. 559 ГК передача покупателю в составе предприятия обязательств, исполнение которых покупателем невозможно при отсутствии у него разрешения (лицензии), не освобождает продавца от соответствующих обязательств перед кредиторами. За неисполнение таких обязательств продавец и покупатель несут перед кредиторами солидарную ответственность.

Что касается долгов, связанных с работой предприятия, которые не были указаны в договоре продажи предприятия, то из п. 3 ст. 565 ГК следует, что данные долги переходят к покупателю. Покупатель при этом в лучшем случае вправе требовать уменьшения покупной цены, а в худшем случае (если продавец докажет, что покупатель знал об этих долгах до заключения договора продажи предприятия) не имеет никаких прав.

Цена как существенное условие договора продажи предприятия названа не в § 8 гл. 30 ГК, посвященном продаже предприятий, а в ст. 555 ГК, посвященной продаже недвижимости.

Применение ст. 555 ГК к договору продажи предприятия основано на п. 2 ст. 549 ГК, в соответствии с которым правила, предусмотренные § 7 гл. 30 ГК, применяются к продаже предприятий постольку, поскольку иное не предусмотрено правилами о договоре продажи предприятия.

Статья 555 ГК предусматривает, что договор продажи недвижимости должен предусматривать цену этого имущества. При отсутствии в договоре согласованного сторонами в письменной форме условия о цене недвижимости договор о ее продаже считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК (т.е. на основании цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары), не применяются.

В связи с тем что договор продажи предприятия имеет особую форму (основной документ плюс приложения), встает вопрос о том, будет ли условие о цене предприятия считаться включенным в договор, если стоимость предприятия будет упомянута не в основном документе, а в приложении, в частности в аудиторском заключении о составе и стоимости предприятия.

Исходя из совокупного толкования ст. ст. 555 и 560 ГК сведения о стоимости предприятия, содержащиеся в аудиторском заключении, не могут считаться согласованным условием о цене предприятия, так как аудиторское заключение не отражает волю сторон относительно данного условия. Соответственно, только указание цены предприятия в основном (едином) документе можно считать надлежащим в целях признания договора продажи предприятия заключенным.

3. Государственная регистрация договора продажи предприятия

Пункт 3 ст. 560 ГК устанавливает, что договор продажи предприятия подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

Особенности предмета договора продажи предприятия обусловили особый характер государственной регистрации как самого договора продажи предприятия, так и права собственности на предприятие.

В соответствии со ст. 22 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" в случае необходимости совершения сделки в отношении предприятия как имущественного комплекса государственная регистрация наличия и перехода права на предприятие в целом и сделки с ним проводятся федеральным органом в области государственной регистрации.

Зарегистрированные переход права на предприятие, ограничение (обременение) права на предприятие являются основанием для внесения записей о переходе права, об ограничении (обременении) права на каждый объект недвижимого имущества, входящий в состав предприятия как имущественного комплекса, в Единый государственный реестр прав по месту нахождения объекта недвижимого имущества.

Правила внесения записей о правах на предприятие как имущественный комплекс и сделок с ним в Единый государственный реестр прав и взаимодействия между органами, осуществляющими государственную регистрацию прав, определяются федеральным органом исполнительной власти в области юстиции.

Так как в состав предприятия входят исключительные права, которые передаются от покупателя к продавцу, может встать вопрос о государственной регистрации договора не только в федеральном органе исполнительной власти в области юстиции, но и в федеральном органе,

осуществляющем государственную регистрацию прав на результаты интеллектуальной деятельности в соответствии с требованиями части четвертой ГК.

В соответствии с п. п. 2 и 3 ст. 1232 ГК в случаях, когда результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации подлежит в соответствии с ГК государственной регистрации, отчуждение исключительного права на такой результат или на такое средство по договору, залог этого права и предоставление права использования такого результата или такого средства по договору, а равно и переход исключительного права на такой результат или на такое средство без договора также подлежат государственной регистрации, порядок и условия которой устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Государственная регистрация отчуждения исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации по договору, государственная регистрация залога этого права, а также государственная регистрация предоставления права использования такого результата или такого средства по договору осуществляются посредством государственной регистрации соответствующего договора.

Таким образом, в случае продажи предприятия, в состав которого входят исключительные права на товарный знак, объекты промышленной собственности и т.д., государственной регистрации в Роспатенте будет подлежать договор продажи предприятия.

§ 4. Права и обязанности сторон по договору продажи предприятия

Несмотря на то что договор продажи предприятия подлежит государственной регистрации и, соответственно, считается заключенным с этого момента, стороны обязаны или имеют право совершить ряд действий непосредственно после подписания договора и до момента его государственной регистрации.

Другими словами, исполнение договора продажи предприятия начинается еще до момента перехода права собственности на предприятие от продавца к покупателю.

Е.А. Флейшиц отмечала, что переход предприятия в новые руки не совпадает с договором о его отчуждении. Ибо за договором об отчуждении предприятия как "целого" должны следовать те различные правовые действия, которые подлинно перенесут на приобретателя отдельные элементы предприятия. И чем полнее сделка отчуждения, чем большее число тех элементов предприятия, которые переходят к приобретателю, тем больше соответственных правовых действий должно последовать за договором об отчуждении предприятия <1>.

<1> См.: Флейшиц Е.А. Торгово-промышленное предприятие в праве западно-европейском и РСФСР. Л., 1924. С. 39.

К числу основных обязанностей сторон по договору продажи предприятия относятся обязанность продавца передать предприятие и соответствующая обязанность покупателя принять предприятие по передаточному акту.

В соответствии со ст. 563 ГК передача предприятия продавцом покупателю осуществляется по передаточному акту, в котором указываются данные о составе предприятия и об уведомлении кредиторов о продаже предприятия, а также сведения о выявленных недостатках переданного имущества и перечень имущества, обязанности по передаче которого не исполнены продавцом ввиду его утраты.

Подготовка предприятия к передаче, включая составление и представление на подписание передаточного акта, является обязанностью продавца и осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором.

Предприятие считается переданным покупателю со дня подписания передаточного акта обеими сторонами. С этого момента на покупателя переходит риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного в составе предприятия.

Вопрос о том, может ли покупатель до государственной регистрации права собственности на предприятие распоряжаться какими-либо элементами, входящими в состав предприятия, прямо не урегулирован ГК.

Однако учитывая тот факт, что право собственности на движимые вещи переходит к покупателю по общему правилу в момент передачи имущества, а права и долги переходят в момент подписания договора уступки прав или перевода долга, следует признать возможным совершение покупателем отдельных сделок с движимым имуществом и долгами, входящими в состав предприятия, после подписания передаточного акта и до момента государственной регистрации перехода права собственности на предприятие, но только в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено. Запрет для покупателя распоряжаться движимым имуществом, осуществлять права требования и взыскивать долги в период с момента передачи предприятия и до момента государственной регистрации договора и

перехода права собственности поставил бы под угрозу деятельность предприятия в данный период. Учитывая, что при продаже предприятия в большинстве случаев покупатель получает "живой" бизнес, необходимо, чтобы он мог беспрерывно вести его, продавая готовую продукцию, закупая сырье, платя по счетам поставщиков и т.д.

Следует отметить, что п. 3 ст. 564 ГК предусматривает, что в случаях, когда договором предусмотрено сохранение за продавцом права собственности на предприятие, переданное покупателю, до оплаты предприятия или до наступления иных обстоятельств, покупатель вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться имуществом и правами, входящими в состав переданного предприятия, в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено.

Среди прав и обязанностей сторон по договору продажи предприятия особо следует отметить обязанность по уведомлению кредиторов о продаже предприятия.

В соответствии со ст. 562 ГК кредиторы по обязательствам, включенным в состав продаваемого предприятия, должны быть до его передачи покупателю письменно уведомлены о его продаже одной из сторон договора продажи предприятия.

Таким образом, в отличие от общих норм ГК о переводе долга при продаже предприятия согласие кредиторов на перевод долга должно быть сделано не до заключения договора, являющегося основанием для перехода долга к новому должнику, а после заключения договора, на что специально указал Федеральный арбитражный суд Московского округа в Постановлении от 12 июля 2007 г., 19 июля 2007 г. по делу N КГ-А40/5346-07.

Кредиторы, которые письменно не сообщили продавцу или покупателю о своем согласии на перевод долга, вправе в течение трех месяцев со дня получения уведомления о продаже предприятия потребовать либо прекращения или досрочного исполнения обязательства и возмещения продавцом причиненных этим убытков, либо признания договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части. Кредиторы, которые в принципе не были уведомлены о продаже предприятия, могут предъявить иск об удовлетворении их требований в течение года со дня, когда они узнали или должны были узнать о передаче предприятия продавцом покупателю.

После передачи предприятия покупателю продавец и покупатель несут солидарную ответственность по включенным в состав переданного предприятия долгам, которые были переведены на покупателя без согласия кредитора (п. 4 ст. 562 ГК).

Говоря о правах кредиторов продавца предприятия, необходимо отметить фактическое неравенство прав кредиторов, чьи требования включены в состав продаваемого предприятия, и кредиторов, чьи требования в состав предприятия включены не были.

Сразу следует сделать оговорку, что речь идет о тех кредиторах, требования которых были включены в перечень долгов, составляемый при подготовке договора купли-продажи предприятия, но при этом стороны, руководствуясь абз. 2 п. 2 ст. 561 ГК, исключили данные требования из состава предприятия. Если какой-либо долг не будет указан в договоре или в перечне долгов, прилагаемых к договору, то тогда данный долг будет считаться включенным в состав предприятия в силу положений п. 3 ст. 565 ГК и кредиторы, которым принадлежит соответствующее требование, получат все права и полномочия, предусмотренные ст. 562 ГК.

Т.В. Данилочкина отмечает, что в случае, когда какие-либо долги не включаются в состав предприятия, возникает ситуация, при которой "кредиторы одного и того же лица, имеющие отношение к одному и тому же предприятию, будут поставлены в неравное положение. Одни из них, долги перед которыми включены в состав предприятия, будут уведомлены о переходе предприятия и получат дополнительную защиту", тогда как другие лишатся даже тех имущественных гарантий, которые они имели до продажи предприятия <1>. Ухудшение положения последних объясняется тем, что до продажи предприятия их требования были обеспечены наличием у продавца действующего бизнеса, а после продажи продавец не будет иметь ничего, кроме денежных средств, обладающих абсолютной ликвидностью.

<1> Данилочкина Т.В. Предприятие как предмет отдельных гражданско-правовых сделок // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 7. М., 2003. С. 156.

В числе прав и обязанностей сторон по договору продажи предприятия необходимо назвать обязанности продавца и права покупателя, возникающие в связи с передачей предприятия с недостатками.

В соответствии со ст. 565 ГК предприятие считается имеющим недостатки в одном из следующих случаев:

1) состав имущества, переданного в составе предприятия, не соответствует договору;

2) имущество, переданное в составе предприятия, имеет недостатки;

3) в составе предприятия имеются долги (обязательства), не указанные в договоре продажи предприятия или передаточном акте.

Последствия передачи предприятия с недостатками аналогичны общим последствиям передачи товара с недостатками (ст. ст. 460 - 462, 466, 469, 475, 479 ГК), но только до той степени, пока это не входит в противоречие с заключенным договором продажи предприятия или со специальными последствиями передачи и принятия предприятия с недостатками, предусмотренными ст. 565 ГК.

В случае, когда предприятие передано и принято по передаточному акту, в котором указаны сведения о выявленных недостатках предприятия и об утраченном имуществе, покупатель вправе требовать соответствующего уменьшения покупной цены предприятия, если право на предъявление в таких случаях иных требований не предусмотрено договором продажи предприятия.

Уменьшение покупной цены является единственным последствием передачи предприятия с недостатками также в том случае, когда недостатки выражаются в передаче покупателю в составе предприятия долгов (обязательств) продавца, которые не были указаны в договоре продажи предприятия или передаточном акте и о которых покупатель не знал во время заключения договора и передачи предприятия. Если же продавец докажет, что покупатель знал о таких долгах (обязательствах) во время заключения договора и передачи предприятия, то никаких дополнительных обязанностей у продавца и прав у покупателя не возникнет.

Продавец в случае получения уведомления покупателя о недостатках имущества, переданного в составе предприятия, или отсутствия в этом составе отдельных видов имущества, подлежащих передаче, может без промедления заменить имущество ненадлежащего качества или предоставить покупателю недостающее имущество.

Необходимо отметить, что перечисленные в ГК РФ специальные последствия нарушения договора продажи предприятия не подлежат расширительному толкованию, на что указывают и ученые <1>, и судебная практика.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 230.

В п. 4 информационного письма ВАС РФ от 13 ноября 1997 г. N 21 приводится пример, когда товарищество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд с иском к Комитету по управлению имуществом о внесении изменений в договор купли-продажи. Истец просил включить в договор пункт о том, что покупатель становится правопреемником прав и обязательств приобретаемого предприятия в соответствии с условиями конкурса.

В обоснование исковых требований истец указал, что Комитет по управлению имуществом объявил в условиях конкурса, опубликованных в печати, что продаваемое предприятие - магазин "Овощи" - имеет кредиторскую задолженность в размере 10 млн. рублей. Однако после оформления договора купли-продажи выяснилось, что фактическая кредиторская задолженность предприятия составляет 40 млн. рублей.

Решением арбитражного суда в иске отказано. Апелляционная и кассационная инстанции не нашли оснований для изменения принятого решения.

Отказывая в иске, суд правомерно сослался на следующие обстоятельства.

В соответствии с п. 1 ст. 559 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору продажи предприятия продавец обязуется передать в собственность покупателя предприятие в целом как имущественный комплекс (ст. 132 Кодекса), за исключением прав и обязанностей, которые продавец не вправе передавать другим лицам. В п. 2 ст. 132 указано, что в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, права требования, долги, а также права на обозначения и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором.

Внесение в договор условия, которое ограничивало бы правопреемство покупателя по обязательствам приобретенного предприятия объемом кредиторской задолженности, указанным в печатном сообщении об условиях конкурса по продаже магазина, не основано на приведенных выше положениях ГК.

В то же время покупатель в силу п. 3 ст. 565 Гражданского кодекса Российской Федерации вправе требовать уменьшения покупной цены в случае передачи ему в составе предприятия долгов (обязательств) продавца, которые не были указаны в договоре продажи предприятия или передаточном акте, если продавец не докажет, что покупатель знал о таких долгах (обязательствах) во время заключения договора и передачи предприятия.

§ 5. Изменение, расторжение и признание недействительным договора купли-продажи предприятия

Учитывая, что возврат предприятия в случае расторжения или изменения договора продажи предприятия может нарушить права третьих лиц, а также тот факт, что возвратить тот же самый объект будет затруднительно в силу постоянной изменчивости состава работающего предприятия,

ГК предусматривает ограничения на предъявление покупателем требований о расторжении или изменении договора в судебном порядке.

В соответствии с п. 5 ст. 565 ГК покупатель вправе в судебном порядке требовать расторжения или изменения договора продажи предприятия и возвращения того, что исполнено сторонами по договору, если установлено, что предприятие ввиду недостатков, за которые продавец отвечает, не пригодно для целей, названных в договоре продажи, и эти недостатки не устранены продавцом на условиях, в порядке и в сроки, которые установлены в соответствии с ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором, либо устранение таких недостатков невозможно.

При этом ст. 566 ГК специально устанавливает, что правила о последствиях недействительности сделок и об изменении или о расторжении договора купли-продажи, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной стороны или с обеих сторон, применяются к договору продажи предприятия, если такие последствия существенно не нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов продавца и покупателя, других лиц и не противоречат общественным интересам.

§ 6. Особенности продажи предприятия в ходе приватизации и процедур банкротства

Продажа предприятий в ходе приватизации и в ходе процедур банкротства имеет определенные особенности.

В соответствии со ст. 11 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества" (далее - Закон о приватизации) состав подлежащего приватизации имущественного комплекса унитарного предприятия определяется в передаточном акте.

Передаточный акт составляется на основе данных акта инвентаризации унитарного предприятия, аудиторского заключения, а также документов о земельных участках, предоставленных в установленном порядке унитарному предприятию, и о правах на них.

В передаточном акте указываются все виды подлежащего приватизации имущества унитарного предприятия, включая здания, строения, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, в том числе обязательства унитарного предприятия по выплате повременных платежей гражданам, перед которыми унитарное предприятие несет ответственность за причинение вреда жизни и здоровью, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания) и другие исключительные права.

В передаточный акт включаются сведения о земельных участках, подлежащих приватизации в составе имущественного комплекса унитарного предприятия.

Передаточный акт должен содержать также расчет балансовой стоимости подлежащих приватизации активов унитарного предприятия, который производится на основе данных промежуточного бухгалтерского баланса, подготавливаемого с учетом результатов проведения инвентаризации имущества указанного предприятия, на дату составления акта инвентаризации.

При приватизации имущественного комплекса унитарного предприятия имущество, не включенное в состав подлежащих приватизации активов указанного предприятия, изымается собственником.

В особом порядке по сравнению с ГК осуществляется уведомление кредиторов унитарного предприятия о предстоящей продаже имущественного комплекса унитарного предприятия. В соответствии со ст. 27 Закона о приватизации уведомлением кредиторов о продаже имущественного комплекса унитарного предприятия является опубликование прогнозного плана (программы) приватизации. Заявленные кредиторами требования рассматриваются при определении состава подлежащего продаже имущественного комплекса унитарного предприятия, при этом не требуется согласие кредиторов на перевод их требований на покупателя.

Свои особенности имеет и переход права собственности на предприятие в ходе приватизации. Статья 27 Закона о приватизации устанавливает, что право собственности на имущественный комплекс унитарного предприятия переходит к покупателю после государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество, входящее в состав предприятия, но только при условии погашения задолженности по уплате налогов и иных обязательных платежей в бюджеты всех уровней и государственные внебюджетные фонды. Соответственно, документ, подтверждающий погашение задолженности (при ее наличии) по уплате налогов и иных обязательных платежей в бюджеты всех уровней и государственные внебюджетные фонды, представляется в регистрирующий орган и является, наряду с договором и передаточным актом, основанием государственной регистрации перехода права собственности на имущественный комплекс унитарного предприятия к покупателю.

В соответствии со ст. 110 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" под предприятием должника понимается имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности (далее - предприятие). Объектом продажи в ходе процедур банкротства могут также служить филиалы и иные структурные подразделения должника - юридического лица.

При продаже предприятия в ходе процедур банкротства отчуждаются все виды имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности, в том числе земельные участки, здания, строения, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукция, права требования, а также права на обозначения, индивидуализирующие должника, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), другие принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязанностей, которые не могут быть переданы другим лицам. Однако денежные обязательства и обязательные платежи должника не включаются в состав предприятия, за исключением обязательств должника, которые возникли после принятия заявления о признании должника банкротом.

Продажа предприятия в ходе процедур банкротства осуществляется по общему правилу путем проведения открытых торгов в форме аукциона.

Глава 5. ДОГОВОР ЛИЗИНГА КАК ОДИН ИЗ ВИДОВ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРОВ

§ 1. Значение лизинга для осуществления предпринимательской деятельности

Успешная реализация всех экономических реформ в стране напрямую зависит от того, насколько оперативно удастся преодолеть существующее научно-техническое и технологическое отставание от мировых лидеров в вопросе инфраструктуры и техники. Первостепенным вопросом для решения поставленной задачи является вопрос обеспечения процесса реформирования значительными объемами ресурсов, и в первую очередь финансовыми. Совершенно очевидно, что использование только собственных средств: выручки от реализации у коммерческих организаций или налоговых поступлений у государства - явно недостаточно. В то же время необходимо учитывать, что задействование традиционного (экстенсивного) механизма инвестирования масштабных проектов, когда финансовые ресурсы напрямую направляются на приобретение основных средств (например, привлечение заемных средств в инвестиционный проект в виде прямого долгосрочного инвестиционного кредита), не позволяет говорить о высоком темпе и эффективности бизнес-процессов. Решение указанных задач лежит в плоскости использования, с одной стороны, эффективных бизнес-процессов, а с другой - эффективных инвестиций. Анализ передового мирового опыта показал, что наиболее адаптированным к решению подобного рода задач является финансовый лизинг. Данная форма инвестиционной деятельности позволяет предприятию обеспечить одновременное улучшение состояния активов, технологической базы и общего финансово-экономического состояния. Это происходит за счет возможности экономии оборотных средств и координации затрат на финансирование капитальных вложений, что обеспечивает большую стабильность финансовых потоков, в отличие от покупки за счет собственных или заемных средств.

Лизинг широко распространен за рубежом и в последнее время активно развивается и в нашей стране. Он может стать мощным импульсом технического перевооружения производства, насыщения рынка высококачественными товарами. Совершенствование правового регулирования договора лизинга имеет огромное значение для оптимизации "реального сектора" экономики России.

В настоящее время лизинг в России постепенно принимает все более четкие организационные и правовые формы. Формируются необходимые законодательные, нормативные, методические, организационно-экономические предпосылки деятельности участников лизинговых операций.

На протяжении трех последних десятилетий резко возросла популярность лизинга в нашей стране. Вместо того чтобы занимать деньги на покупку самолета, компьютера или иных дорогостоящих вещей, берут это в лизинг. Многие фирмы берут в лизинг свое же имущество.

Распространение лизинга объясняется его низкой, по сравнению с простым обладанием вещью, ценой. Лизингополучатель (арендатор) получает возможность использовать дорогостоящую технику без больших начальных затрат (именуемых в экономической литературе капитальными вложениями) для ускорения темпов обновления основных фондов.

Арендатору нет необходимости накапливать значительные средства или брать банковские кредиты. Для лизинга привлекается не заемный капитал, а оборудование, которое не является собственностью предприятия и, соответственно, не облагается налогом на имущество.

Лизинг особенно выгоден для малого и среднего бизнеса, так как позволяет не только провести оперативно реконструкцию предприятия, но и направить сэкономленные средства на иные цели.

В таких условиях анализ правовой природы, сущности, преимуществ, функций лизинга, его влияния на развитие экономики, перспектив, путей и форм лизинговых сделок, нормативно-правового регулирования лизинговых отношений в России и зарубежных странах представляется особо актуальным.

Для исследования инвестиционной природы лизинговых правоотношений основное значение имеет исследование вопросов об участниках лизингового правоотношения как участниках инвестиционной деятельности, о предмете лизинга, лизинговых платежах, а также о мерах государственной поддержки лизинга как формы инвестиционной деятельности. Мы последовательно рассмотрим эти и другие вопросы.

§ 2. Становление лизинга. Зарубежный и российский опыт

Существует много точек зрения относительно истории возникновения лизинга. Из них можно выделить два основных подхода. Одни считают, что лизинг имеет довольно древнюю историю возникновения, другие - что лизинг появился лишь в конце XIX в.

Мнение первых основывается на том, что еще Аристотель (IV в. до н.э.) раскрыл сущность лизинга: "богатство состоит в пользовании, а не в праве собственности". Также некоторые ученые-экономисты находят следы лизинга еще в древних государствах Шумера (III тыс. до н.э.) и в Законах Хаммурапи (1792 - 1750 гг. до н.э.) и считают, что в Институциях Юстиниана (483 - 565 гг.) уже была осуществлена кодификация норм, регулирующих лизинговые отношения <1>. Однако это вызывает определенные сомнения, так как "экономисты часто видят лизинг во всех исторических документах, где речь идет об имущественном найме (аренде), и, более того, называют лизингом любой комплекс имущественных отношений, связанных с владением вещью на ином праве, нежели право собственности" <2>.

<1> См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 554; Газман В.Д. Лизинг: Теория, практика, комментарии. М., 1997. С. 10 - 11; Арсентьева Е.В. Договор лизинга в современном гражданском праве России и зарубежных стран: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 14 - 15.

<2> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 554.

По мнению юристов, договор лизинга как таковой появился в США в середине XIX в., а в других странах Запада нашел широкое распространение в середине XX в. как институт, призванный регулировать новые формы инвестирования денежных средств в экономику, связанные с использованием такого способа, как приобретение финансовыми организациями по просьбе промышленных фирм машин и оборудования с последующей передачей их этим фирмам в аренду <1>.

<1> См., например: Угольникова Е.В. История договора лизинга // Гражданин и право. 2002. N 11/12. Здесь и далее, если не указан номер страницы цитируемого литературного источника, это означает, что при написании настоящей работы был использован его текст, приводимый в СПС "Гарант" или "КонсультантПлюс".

Другая группа авторов полагает, что слово "лизинг" (leasing) впервые стало употребляться, когда в 1877 г. американская телефонная компания "Белл" начала сдавать свои телефонные аппараты во временное пользование за арендную плату <1>.

<1> См.: Харитонова Ю.С. Договор лизинга. М., 2002. С. 11; Горемыкин В.А., Демин Ю.Н., Бочков В.Е. Правовое регулирование лизинговых отношений в России: Учебное пособие. М., 2003. С. 83.

Однако с момента появления данного термина и до начала широкого распространения лизинговой деятельности прошло много времени. Толчком же к широкому применению лизинга в США и Западной Европе послужило развитие железнодорожного транспорта. В начале 50-х гг. XX столетия в США массовый характер приобрела сдача на основах лизинга эксплуатирующим организациям технологического оборудования, машин, морских судов, самолетов и т.д. К этим же годам относится появление первых специализированных лизинговых компаний. В лизинговых операциях стали принимать непосредственное участие коммерческие банки США, которые получили от Федеральной резервной системы США разрешение создавать дочерние фирмы для

осуществления лизинговых операций. Аналогичные процессы развивались в Западной Европе и Японии <1>.

<1> См.: Газман В.Д. Указ. соч. С. 10 - 21; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 554.

Во многих зарубежных странах договор лизинга был урегулирован законодательством. Причем в законодательных актах отдельных стран имеются различия. Зарубежное законодательство оперирует разными терминами для обозначения договоров, регулирующих лизинговые отношения. Так, лизинг иногда определяется как "кредит-аренда", суть которого состоит в передаче лизингодателем лизингополучателю материальных ценностей во временное пользование с оплатой лизингополучателем стоимости услуг лизингодателя и процента по кредиту. Например, во французском законодательстве получил закрепление договор под названием "кредит-аренда", который сочетает в себе элементы как найма имущества, так и кредитных отношений и может рассматриваться как специфический вид лизинга. По этому договору осуществляется аренда оборудования финансовой организацией или банком для профессиональных целей с опционом на покупку. Обязательным условием договора кредит-аренды признается предоставление арендатору права покупки арендованного имущества. В бельгийском законодательстве используются понятия "договор имущественного найма - финансирования" (location-financement) и "аренда" (leasing) <1>. Е.В. Арсентьева отмечает, что российским законодателем при разработке отечественного законодательства о лизинге "были заимствованы многие положения Бельгийского королевского постановления N 55 от 10 ноября 1967 года" <2>.

<1> См.: Харитонова Ю.С. Понятие финансовой аренды (лизинга) // Законодательство. 1998. N 1.

<2> Арсентьева Е.В. Указ. соч. С. 9.

Несмотря на имеющиеся различия в терминологии и элементах, составляющих содержание договоров, регулирующих лизинговые отношения, по существу, речь идет об одном и том же договоре. Е.В. Кабатова приводит определение договора лизинга, данное в одном из документов Европейской ассоциации национальных ассоциаций по финансовой аренде (лизингу) оборудования (Leaseurope): "Лизинг - это договор аренды завода, промышленных товаров, оборудования, недвижимости для использования их в производственных целях арендатором, в то время как товары покупаются арендодателем и он сохраняет за собой право собственности" <1>.

<1> Кабатова Е.В. Лизинг: Понятие, правовое регулирование, международная унификация. М., 1991. С. 16.

Развитие современного лизинга в нашей стране не имеет такой длительной истории. Различные авторы выделяют три <1> или четыре <2> этапа в становлении лизинга в России.

<1> См.: Арсентьева Е.В. Указ. соч. С. 15.

<2> См.: Горемыкин В.А., Демин Ю.Н., Бочков В.Е. Указ. соч. С. 96 - 103.

Для первого этапа характерно отсутствие нормативного правового регулирования лизинга. В 1970-х гг. правовой основой аренды машин и оборудования были положения Гражданского кодекса РСФСР (1964 г.) об имущественной аренде, а с 1989 г. - Основ законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде, в которых термин "лизинг" не применялся, хотя лизинговые сделки с иностранными операторами совершались. Первый этап, по словам Е.В. Арсентьевой, "ограничивается концом 80-х годов". Лизинг рассматривался как сдача в аренду промышленного оборудования, которое могло быть выкуплено арендатором в течение или к концу срока действия договора об аренде <1>.

<1> См., например: Левшин Ф.М. Проблемы создания промышленности в развивающихся странах. М., 1969. С. 59 - 60.

Второй этап охватывает конец 1980-х гг. - 1995 г. В этот период внешнеторговые предприятия получают право выхода на внешний рынок, в связи с чем у них появляется источник валюты. Перевод предприятий на арендные отношения и перестройка банковской системы, создание коммерческих и кооперативных банков явились стимулом к развитию лизинга. Данный этап характеризуется Е.В. Арсентьевой созданием специализированных лизинговых компаний, их превращением в универсальные финансовые структуры, а также отсутствием специального

законодательства, что обусловило низкую эффективность лизинговых операций и свело их к обычной аренде.

Третий этап развития лизинга (со второй половины 1995 г. по настоящее время) характеризуется появлением законодательства, регулирующего лизинг. Кроме того, лизинг начинает получать государственную поддержку в виде налоговых льгот, появляется возможность поиска новых инвестиций в экономику <1>.

<1> См.: Арсентьева Е.В. Указ. соч. С. 15.

Хотя Конвенция УНИДРУА, подписанная в 1988 г., и разрабатывалась с участием представителей СССР, началом правового регулирования лизинга в России принято считать 1994 г., когда был принят Указ Президента Российской Федерации от 17 сентября 1994 г. N 1929 "О развитии финансового лизинга в инвестиционной деятельности" <1>. Как отмечает В.В. Витрянский, несмотря на то что в этом Указе были допущены "ошибки в определении параметров будущего правового регулирования лизинговых отношений, мы должны отдать ему должное как первому в России правовому акту в этой области"; к числу таких ошибок он относит прежде всего чисто экономический подход к лизингу не как к гражданско-правовому договору... а как к виду предпринимательской деятельности" <2>.

<1> СЗ РФ. 1994. N 22. Ст. 2463.

<2> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000.

И все же данный Указ, безусловно, имеет важное значение в деле правового регулирования отношений, связанных с лизингом имущества, а также присоединения России к Конвенции о международном финансовом лизинге.

Во исполнение названного Указа было выпущено Временное положение о лизинге, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 29 июня 1995 г. N 633 "О развитии лизинга в инвестиционной деятельности" <1>. Это стало значительным шагом в развитии правового регулирования лизинга, поскольку было положено начало правовому регулированию лизинговых правоотношений как формы инвестиционных отношений.

<1> СЗ РФ. 1995. N 27. Ст. 2591.

Согласно п. 1 указанного Положения лизинг определялся как вид предпринимательской деятельности, направленной на инвестирование временно свободных или привлеченных финансовых средств, когда по договору финансовой аренды (лизинга) арендодатель (лизингодатель) обязуется приобрести в собственность обусловленное договором имущество у определенного продавца и предоставить это имущество арендатору (лизингополучателю) за плату во временное пользование для предпринимательских целей. Именно в Положении о лизинге впервые появилось нормативное определение договора лизинга. Основные права и обязанности сторон в договоре лизинга, а также распределение между ними расходов по содержанию и эксплуатации лизингового имущества в основном корреспондировали с основными положениями Конвенции УНИДРУА. Значение Положения о лизинге видно и в том, что часть его положений была перенесена в дальнейшем практически в неизменном виде в первую редакцию Закона о лизинге (например, понятия субъектов лизинга, лизинговых фирм). Уже во исполнение Положения о лизинге Постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 1996 г. N 167 было утверждено Положение о лицензировании лизинговой деятельности в Российской Федерации <1>.

<1> СЗ РФ. 1996. N 10. Ст. 936.

Наибольшим вкладом в развитие правового регулирования лизинга в России (даже большим, чем принятие Закона о лизинге) стало включение норм о договоре лизинга (финансовой аренды) как о разновидности договора аренды в гл. 34 части второй ГК РФ, вступившей в силу с 1 марта 1996 г. Тем самым был принципиально решен вопрос о применении общих норм гражданского законодательства, в том числе о договоре аренды, к договору лизинга. Все дело в том, что примечание к п. 6 действовавшего до этого Положения о лизинге исходило из того, что гражданское законодательство регулировало лишь те договорные отношения, при которых имущество передается арендатору на срок, существенно меньший нормативного срока службы имущества, что предполагает возможность арендодателя сдавать это имущество в аренду неоднократно в течение нормативного срока его службы (так называемый "оперативный лизинг" или аренда, прокат), и к таким отношениям это Положение о лизинге не применялось, в остальных

же случаях лизинга, по-видимому, оно предполагало прямо противоположную ситуацию, т.е. применение этого Положения, но не гражданского законодательства. Важное значение имеет и то, что ГК РФ прямо отнес договор лизинга к особому виду арендных обязательств.

Несмотря на небольшое число норм, вошедших в состав § 6 гл. 34 ГК РФ, регулирующих непосредственно договор лизинга, ГК РФ не предусмотрел принятия каких-либо специальных законов или иных правовых актов о договоре лизинга, как это имеет место в отношении некоторых других гражданско-правовых договоров, например ипотеки или доверительного управления ценными бумагами.

Несмотря на это, в 1998 г. была принята первая редакция Закона о лизинге. С целью устранения недостатков первой редакции Закона о лизинге в этот Закон были внесены существенные изменения Федеральным законом от 29 января 2002 г. N 10-ФЗ <1>, с его принятием можно фактически говорить о новой редакции Закона о лизинге.

<1> СЗ РФ. 2002. N 5. Ст. 376.

§ 3. Понятие лизинга (лизинговой деятельности)

Предметом нашего рассмотрения является лизинг, лизинговая деятельность как одна из форм осуществления инвестиционной деятельности. Поэтому прежде всего необходимо определить термин "инвестиции" (investments) и все, что с ним связано.

К инвестициям относятся денежные средства, имущественные и интеллектуальные ценности государства, юридических и физических лиц, направляемые на создание новых предприятий, расширение, реконструкцию и техническое перевооружение действующих, приобретение недвижимости, акций, облигаций и других ценных бумаг и активов с целью получения прибыли и (или) иного положительного эффекта.

В юридической да и экономической <1> литературе отмечаются дискуссии по поводу сущности инвестиций. Часто понятие "инвестиции" подменяется понятием "капитальные вложения" <2>. Необходимо учитывать при этом, что инвестиции - более широкое понятие, чем капитальные вложения. Капитальные вложения хотя и составляют основную, большую часть инвестиционных вложений при создании товаропроизводящих предприятий, тем не менее являются лишь частью инвестиционных вложений. Капитальные вложения - затраты на создание, увеличение размеров и полезных свойств, а также на приобретение основных средств, предназначенных для длительного использования в хозяйственной деятельности предприятия <3>. К ним не относятся инвестиции на покупку ценных бумаг, на приобретение патентов, прав владения промышленными образцами продукции, торговыми марками и т.д.

<1> См., например: Шарп У.Ф., Александр Г.Д., Бейли Дж. Инвестиции / Пер. с англ. М., 1997. С. 1; Макконел К.Р., Брю С.Л. Экономикс: Принципы, проблемы и политика: В 2 т. Т. 2. Таллин, 1993. С. 388; Экономика: Учебник / Под ред. А.С. Булатова. М., 2002. С. 334.

<2> Особенно это можно заметить в советской юридической и экономической литературе. См., например: Богатырев А.Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 8; Хачатуров Т.С. Эффективность капитальных вложений. М., 1979. С. 45.

<3> См., например: Палий В.Ф., Палий В.В. Финансовый учет: Учебное пособие: В 2 ч. Ч. 1. М., 1998. С. 76 - 77; Михайлова Е.В., Рожков Ю.В. Финансово-кредитные методы регулирования инвестиционных рынков. Л., 1991. С. 6; Слепнева Т.А., Яркин Е.В. Инвестиции: Учебное пособие. М., 2004. С. 8.

Довольно интересное определение понятия "инвестиции" дал один из крупнейших французских экономистов Пьер Массе: "Инвестирование представляет собой акт обмена сегодняшнего удовлетворения определенной потребности на ожидание удовлетворить ее в будущем с помощью инвестированных благ" <1>. Он исходит из того, что данное понятие включает в себя одновременно и действие, и результат этого действия, т.е. и решение инвестировать, и инвестируемые блага.

<1> Массе Пьер. Критерии и методы оптимального определения капиталовложений / Пер. с фр. Ф.Р. Окуневой и А.И. Гладышевского. М., 1971. С. 27.

В зависимости от объектов (целей) вложения капитала (инвестиций) выделяют "прямые" (реальные) и "портфельные" (финансовые) инвестиции <1>. Портфельные (финансовые) инвестиции - вложения в акции, облигации, другие ценные бумаги, активы других предприятий. Под реальными инвестициями понимают вложение капитала в создание новых, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий. В последнем случае инвестор,

вкладывая средства, увеличивает свой производственный капитал - основные фонды и оборотные средства.

<1> См., например: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Правовое регулирование инвестиций: Учебное пособие. Ч. I. Понятие, источники регулирования и правовые формы инвестиций. М., 2002. С. 31 - 37; Инвестиции: Учебное пособие / Г.П. Подшиваленко, Н.И. Лахметкина, М.В. Макарова и др. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 9.

Одной из наиболее эффективных форм осуществления прямых (реальных) инвестиций признан лизинг. В Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) 1985 г. в качестве прямых капиталовложений называются новые формы инвестиций, среди которых упоминается и о лизинге <1>. Также Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" в числе прямых инвестиций называет "осуществление на территории Российской Федерации иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования, указанного в разделах XVI и XVII Товарной номенклатуры Внешнеэкономической деятельности Содружества Независимых Государств (ТН ВЭД СНГ), таможенной стоимостью не менее 1 млн. рублей" (абз. 4 ст. 2).

<1> См.: Вознесенская Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт. М., 2002. С. 137.

Понятие "лизинг" трактуется достаточно широко. Единое определение лизинга подобрать довольно сложно. Любая наука, так или иначе связанная с лизингом, дает этим отношениям свое определение.

Термин "лизинг" происходит от английского глагола "to lease" и переводится как "нанимать, брать в аренду" <1>. В английском юридическом языке словом "лизинг" (leasing) обозначается и традиционная сдача в аренду имущества, и собственно лизинг как разновидность аренды. Мировое распространение получило второе значение, которое и используется для обозначения строго определенного вида договора имущественного найма.

<1> Андрианов С.Н. и др. Англо-русский юридический словарь. М., 1993. С. 274.

В юридической литературе лизинг определяется как имущественные отношения, при которых одно лицо (лизингополучатель, арендатор) обращается к другому (лизингодателю, арендодателю) с просьбой приобрести для него необходимое имущество (чаще всего различного рода оборудование) и передать ему во временное пользование. Такого определения придерживаются Е.А. Павлодский, Е.В. Кабатова <1> и др.

<1> См.: Кредитные организации в России: правовой аспект / Отв. ред. Е.А. Павлодский. М., 2006. С. 120.

В экономической литературе лизинг определяется как комплекс имущественных отношений, складывающихся в связи с передачей имущества во временное пользование на основе его приобретения и последующей сдачи в долгосрочную аренду <1>.

<1> См.: Чекмарева Е. Экономическая сущность лизинга // Хозяйство и право. 1994. N 4. С. 18.

В общих словах лизинг можно охарактеризовать как комплексные экономико-правовые отношения по приобретению в собственность имущества и последующей сдаче его в аренду.

Что касается законодательного определения лизинга, то оно имеет в нашей стране свою историю. Устанавливаемые определения также не носят единообразный характер.

Как мы уже упоминали ранее, первым правовым актом, с которого начался процесс регулирования лизинговых отношений, стал Указ Президента Российской Федерации от 17 сентября 1994 г. N 1929 "О развитии финансового лизинга в инвестиционной деятельности" <1>. В нем лизинг определяется как вид предпринимательской деятельности, направленный на инвестирование временно свободных или привлеченных финансовых средств в имущество, передаваемое по договору физическим и юридическим лицам на определенный срок.

<1> СЗ РФ. 1994. N 22. Ст. 2463.

В отличие от этого определения Временное положение о лизинге, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 29 июня 1995 г. N 633, дополняет

толкование данного термина, устанавливая обязательность использования имущества, полученного по договору финансовой аренды, для предпринимательских целей.

Следующим актом, который содержал определение лизинга, стала часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации. В гл. 34 включен § 6 "Финансовая аренда (лизинг)". В соответствии со ст. 665 Гражданского кодекса Российской Федерации лизинг определяется через договор финансовой аренды (лизинга), по которому арендодатель обязуется приобрести в собственность выбранное арендатором имущество во временное владение, пользование для предпринимательских целей.

И наконец, Закон о лизинге определяет лизинг как совокупность экономических и правовых отношений, возникающих в связи с реализацией договора, в соответствии с которым лизингодатель обязуется приобрести в собственность указанное лизингополучателем имущество у определенного им продавца и предоставить лизингополучателю это имущество за плату во временное владение и пользование. Причем лизинг рассматривается Законом как форма инвестиций в сфере производства <1>.

<1> См.: ст. 2 Закона о лизинге.

Таким образом, само определение термина "лизинг" законодатель напрямую связывает с осуществлением инвестиционной деятельности.

Необходимо отметить, что термин "лизинг" в последние годы используется не только в гражданско-правовой отрасли. Все чаще этот термин используется по отношению к некоторым нетипичным видам занятости. Изначально понятия "заемный" и "лизинговый" труд использовались как синонимичные <1>, однако в последнее время термин "заемный труд" используется для характеристики некоторых форм труда на условиях подряда, в которую специалисты включают лизинг персонала (staff leasing) или лизинг рабочей силы <2>.

<1> См.: Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М.: Бизнес-школа "Интел-Синтез"; журнал "Управление персоналом", 2003. С. 103.

<2> Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. 2005. N 6.

Под лизингом рабочей силы понимается определенный механизм использования трудовых ресурсов, суть которого заключается в том, что частное агентство занятости (лизинговое агентство) заключает трудовые договоры с лицами, ищущими работу, а после передает их как своих работников другим предприятиям-пользователям, как правило, на непродолжительное время. Возникающие отношения между лизинговым агентством (в терминологии Международной организации труда <1> - частным агентством занятости <2>), работником и предприятием-пользователем регулируются нормами различных отраслей права: например, отношения между работником и лизинговым агентством опосредованы нормами трудового права и права социального обеспечения, отношения между лизинговым агентством и предприятием-пользователем подчиняются нормам гражданского права, а отношения работник - предприятие-пользователь формально не регулируются ни гражданским, ни трудовым законодательством.

<1> Конвенция N 181 Международной организации труда "О частных агентствах занятости" (принята в г. Женеве 19 июня 1997 г. на 85-й сессии Генеральной конференции МОТ).

<2> МБТ. Роль частных агентств по трудоустройству в функционировании рынков труда. Доклад. Женева. VI. 1994 г. С. 34, 35.

§ 4. Виды лизинга

В литературе приводится множество классификаций лизинга. В настоящее время Закон о лизинге называет только внутренний лизинг, международный лизинг, а также сублизинг. При осуществлении внутреннего лизинга лизингодатель и лизингополучатель являются резидентами Российской Федерации, а при осуществлении международного лизинга лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Российской Федерации (абз. 2 и 3 п. 1 ст. 7 Закона о лизинге).

Широкое распространение лизинговых операций во многих странах мира, в том числе в сфере международного сотрудничества, различия в правовом регулировании договора лизинга обусловили необходимость унификации правил о международном лизинге, что привело к разработке представителями разных государств в рамках Международного института по унификации частного права Конвенции УНИДРУА, подписанной в Оттаве 28 мая 1988 г., к которой

в соответствии с Федеральным законом от 8 февраля 1998 г. N 16-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге" <1> присоединилась и Россия.

<1> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 787.

Международный лизинг также можно разделить на экспортный, импортный и непрямой международный лизинг. При экспортном лизинге на стороне лизингополучателя выступает иностранное лицо (нерезидент), при импортном лизинге иностранное лицо (нерезидент) выступает на стороне продавца или лизингодателя и в последнем случае лизингодателем и лизингополучателем являются резиденты одного государства, но они находятся в разных странах.

Часто лизинг осуществляется не напрямую, а через посредника: основной лизингодатель через посредника сдает оборудование в аренду лизингополучателю. При этом в договоре предусматривается, что в случае временной неплатежеспособности или банкротства посредника лизинговые платежи должны поступать основному лизингодателю. Подобные сделки получили название сублизинга (sublease) <1>.

<1> В международной сфере сублизинг, получивший название "double dipping", используется для получения налоговых выгод в двух и более странах. Эффективность таких сделок связана с тем, что выгоды от налоговых льгот, например в Великобритании, больше, если лизингодатель имеет право собственности, а в США - если лизингодатель имеет право владения.

В § 6 гл. 34 ГК РФ о договоре лизинга нет специальных правил о сублизинге.

В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона о лизинге под сублизингом понимается вид поднайма предмета лизинга, при котором лизингополучатель по договору лизинга передает третьим лицам (лизингополучателям по договору сублизинга) во владение и в пользование за плату и на срок в соответствии с условиями договора сублизинга имущество, полученное ранее от лизингодателя по договору лизинга и составляющее предмет лизинга.

В юридической литературе выделяются также оперативный, финансовый, возвратный, леведж-лизинг, долгосрочный, среднесрочный и краткосрочный лизинг <1>.

<1> Необходимо отметить, что в юридической литературе существует мнение о том, что ни оперативный, ни возвратный лизинг не может быть отнесен к инвестициям (см.: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Указ. соч. С. 126).

При оперативном лизинге лизингодатель закупает на свой страх и риск имущество и передает его лизингополучателю в качестве предмета лизинга за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и в пользование, при этом по истечении срока действия договора лизинга и при условии выплаты лизингополучателем полной суммы, предусмотренной договором лизинга, предмет лизинга должен быть возвращен лизингодателю, при этом лизингополучатель не имеет права требовать перехода права собственности на предмет лизинга. При оперативном лизинге предмет лизинга может быть передан в лизинг неоднократно в течение полного срока амортизации предмета лизинга. Специфика оперативного лизинга состоит в основном в том, что в этом случае договор заключается на значительно меньший срок (на практике сроки сделок оперативного лизинга не превышают трех лет), нежели это требуется для полной амортизации соответствующего оборудования или иного имущества. По окончании указанного срока имущество, бывшее в аренде, возвращается лизингодателю, который имеет возможность еще раз (повторно) передать его в аренду. Возможная повторная сдача имущества в аренду предполагает возложение на лизингодателя определенных обязанностей по поддержанию его в надлежащем состоянии (например, осуществление капитального ремонта). Эта разновидность лизинга исключает приобретение арендатором имущества, принадлежащего лизингодателю.

Таким образом, для оперативного лизинга характерны следующие признаки:

- имущество в лизинг сдается многократно;
- срок договора лизинга значительно меньше нормативного срока службы имущества;
- в лизинг сдается не специально приобретаемое по заявке лизингополучателя имущество, а уже имеющееся у лизингодателя, т.е. лизингодатель, приобретая имущество, не знает его конкретного пользователя;
- обязанности по техническому обслуживанию, ремонту, страхованию лежат на лизингодателе;
- лизингополучатель может расторгнуть договор, если имущество в силу непредвиденных обстоятельств окажется в состоянии, не пригодном для использования;
- риск случайной гибели, утраты, порчи предмета лизинга лежит на лизингодателе;

- размеры лизинговых платежей, как правило, выше;
- по окончании срока договора имущество, как правило, возвращается лизингодателю.

Финансовый лизинг характеризуется продолжительным периодом лизингового соглашения, а также трехсторонностью правоотношения и возмещением полной стоимости имущества. При этом срок, на который предмет лизинга передается лизингополучателю, соизмерим по продолжительности со сроком полной амортизации предмета лизинга или превышает его. Как указывают Н.Г. Доронина и Н.Г. Семилютина, финансовый лизинг "является средством финансирования оборудования, составляющего основной капитал... На лизингополучателе лежит обязанность покрыть все остальные расходы, включая содержание оборудования, уплату налогов. Лизингополучатель имеет право выкупить оборудование по окончании срока лизинга по номинальной цене. Последняя в перечне особенностей привела к тому, что финансовый лизинг часто называют "полностью оплаченным лизингом" (a full-payout lease)" <1>.

_____

<1> Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Указ. соч. С. 126 - 127.

Основные признаки, характеризующие финансовый лизинг, состоят в следующем:
- лизингодатель приобретает имущество специально для передачи его в лизинг;
- право выбора имущества и продавца принадлежит лизингополучателю;
- продавец имущества знает, что имущество приобретается для сдачи его в лизинг;
- претензии по качеству имущества, его комплектности, исправлению дефектов в гарантийный срок лизингополучатель направляет непосредственно продавцу имущества;
- риск случайной гибели и порчи имущества переходит к лизингополучателю после подписания акта приемки-сдачи имущества в эксплуатацию.

При возвратном лизинге продавец предмета лизинга одновременно выступает и как лизингополучатель. Как указывает В.В. Витрянский, под возвратным лизингом (sale and leaseback arrangement) "обычно понимаются отношения, складывающиеся в связи с тем, что собственник оборудования или иного имущества продает указанное имущество финансовой компании и одновременно оформляет с последней договор о его долгосрочной аренде в качестве арендатора. В результате бывший собственник имущества становится сначала продавцом по договору купли-продажи, а затем арендатором имущества, а финансовая компания, приобретая имущество по договору купли-продажи, становится его собственником и в этом качестве уже по другому договору (аренды) получает статус арендодателя" <1>.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 560.

Действующая редакция Закона о лизинге отказалась от понятия возвратного лизинга, однако это не препятствует использованию конструкции, подобной возвратному лизингу, поскольку возвратный лизинг является наиболее дешевым способом улучшения финансового положения предприятия (лизингополучателя). Это связано с тем, что на балансе лизингополучателя происходит замещение основных средств на денежные средства. Важным преимуществом является использование уже находящегося в эксплуатации оборудования в качестве источника финансирования.

Из самих названий ясно, в чем различие долгосрочного, среднесрочного и краткосрочного лизинга. Долгосрочный лизинг заключается на срок более трех лет, среднесрочный - от полутора до трех лет и краткосрочный - менее полутора.

Леверидж (кредитный, паевой, раздельный) лизинг (leveraged leasing), или лизинг с дополнительным привлечением средств, является наиболее сложным, так как связан с многоканальным финансированием и используется, как правило, для реализации дорогостоящих проектов.

Отличительной чертой этого вида лизинга является то, что лизингодатель, покупая оборудование, выплачивает из своих средств только часть требуемой стоимости. Остальную сумму он берет в ссуду у одного или нескольких кредиторов.

В литературе встречается также много других классификаций. По количеству привлеченных заемщиков выделяется простой и раздельный (сложный) лизинг, по объекту лизинга - лизинг недвижимого и движимого имущества, по степени окупаемости имущества - с полной и с неполной окупаемостью и т.д.

§ 5. Источники правового регулирования лизинговых правоотношений

Правовое регулирование лизинговой деятельности характеризуется наличием как национальных, так и международных актов.

Среди первых необходимо назвать Гражданский кодекс Российской Федерации, Федеральный закон от 29 октября 1998 г. N 164-ФЗ "О финансовой аренде (лизинге)", а также иные законы и подзаконные акты.

Ко второй группе источников необходимо отнести Конвенцию УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 28 мая 1988 г.).

Основополагающим законодательным актом в сфере правового регулирования лизинговых правоотношений является часть вторая Гражданского кодекса РФ. Параграфом 6 гл. 34 ГК РФ, носящим название "Финансовая аренда (лизинг)", определены основные требования к лизинговым сделкам, начиная с их оформления (договор финансовой аренды) и заканчивая регулированием отношений между участниками сделок (арендодателем, арендатором и продавцом).

Несмотря на небольшое число норм, регулирующих непосредственно договор финансовой аренды (лизинга), Гражданский кодекс Российской Федерации, как мы уже говорили, не предусматривает принятия каких-либо федеральных законов или иных правовых актов о договоре финансовой аренды (лизинга).

Однако, несмотря на это, такой закон все же был принят. Это Федеральный закон "О лизинге".

Федеральный закон "О финансовой аренде (лизинге)" определяет правовые и организационно-экономические особенности лизинга. При этом лизинг (лизинговая деятельность) рассматривается авторами Закона как вид инвестиционной деятельности по приобретению имущества и передаче его на основании договора лизинга физическим или юридическим лицам за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях, обусловленных договором, с правом выкупа имущества лизингополучателем (ст. 2).

8 февраля 1998 г. был принят Федеральный закон N 16-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге" <1>. Правила Конвенции применяются к таким договорам финансовой аренды, стороны которых имеют места своей деятельности в разных государствах, а сама сделка связана со странами-участницами хотя бы по одному из двух следующих признаков (п. 1 ст. 3):

_____

<1> См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004. С. 362; Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993. С. 237.

а) местом деятельности сторон договора лизинга или продавца соответствующего оборудования являются участники Конвенции;

б) договоры лизинга и поставки подчиняются праву государства, подписавшего Конвенцию.

Конвенция определяет международный финансовый лизинг как сделку, где арендодатель (lessor) по спецификации арендатора заключает договор поставки с третьей стороной (продавцом), в соответствии с которым арендодатель приобретает комплексное оборудование, средства производства или иное оборудование на условиях, одобренных арендатором (lessee) в той мере, в какой они затрагивают его интересы, и заключает договор с арендатором, предоставляя ему право использовать оборудование за периодические платежи (подп. "а" и "б" п. 1 ст. 1). Арендодатель при этом обязан уведомить продавца о том, что приобретаемое у него оборудование предназначается для предоставления в лизинг.

По Конвенции последующий переход права собственности на лизинговое имущество к арендатору не является обязательной характеристикой лизинга. Обязанности поставщика по договору купли-продажи оборудования распространяются на арендатора, как если бы он был стороной этой сделки (ст. 10). Арендатор в случае нарушения арендодателем условий договора вправе отказаться от оборудования или расторгнуть договор. Если же он сам нарушил свои обязательства, то может быть принужден контрагентом возместить убытки сверх арендных платежей, а когда нарушения признаются существенными - то и к досрочной выплате суммы будущих периодических платежей (ст. 13).

Арендодатель может передать свои права на лизинговое имущество третьим лицам при условии, что это не освобождает его от выполнения обязательств перед лизингополучателем. Арендатор в свою очередь вправе передавать права пользования имуществом другим лицам только с согласия арендодателя (ст. 14).

Поскольку законодатель при определении лизинга исходил из того, что лизинг (лизинговая деятельность) - это вид инвестиционной деятельности, помимо названных нормативных актов необходимо обратить внимание также и на нормативные правовые акты, регулирующие инвестиционную деятельность. Здесь можно назвать Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. N 39-ФЗ "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений" <1>, Федеральный закон от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" <2> и Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. N 1488-1 "Об инвестиционной деятельности в РСФСР" <3>.

_____
<1> СЗ РФ. 1999. N 9. Ст. 1096.
<2> СЗ РФ. 1999. N 28. Ст. 3493.
<3> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 29. Ст. 1005.

Названные законы определяют инвестиционную деятельность как вложение инвестиций или инвестирование, а также устанавливают основные формы реализации инвестиций.

Так, например, понятие лизинга мы встречаем в Федеральном законе "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации". Данным Законом сужается понятие лизинга, так как на стороне арендодателя может выступать только иностранный инвестор, а предметом лизинга может быть только оборудование, поименованное в разд. XVI и XVII ТН ВЭД СНГ, таможенной стоимостью не менее 1 млн. руб. (абз. 4 ст. 2).

Кроме того, среди источников правового регулирования лизинговой деятельности необходимо также назвать и Налоговый кодекс Российской Федерации, и Таможенный кодекс Российской Федерации, устанавливающие особенности налогообложения лизинговой деятельности. На них мы подробнее остановимся ниже.

§ 6. Понятие и правовая природа договора лизинга как формы инвестиционного соглашения

Отношения между участниками инвестиционной деятельности регулируются на основе договора, заключаемого в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации <1>. Примером такого договора является и договор лизинга.

_____
<1> См.: ст. 8 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений".

Правовая природа договора лизинга, его место в системе гражданско-правовых обязательств являются одним из самых спорных вопросов в юридической литературе <1>.

_____
<1> Одни авторы считают, что договор лизинга - это отдельный вид договора аренды, другие - что договор лизинга - самостоятельный тип договорных обязательств, также существует точка зрения о том, что договор лизинга представляет собой не двустороннюю, а трех- или многостороннюю сделку (см., например: Витрянский В.В. Договор аренды и его виды. М.: Статут, 2000. С. 285; Кабатова Е.В. Лизинг: Правовое регулирование, практика. М., 1998. С. 31; Решетник И.А. Гражданско-правовое регулирование лизинга в РФ. Пермь, 1998. С. 7 - 21).

Гражданский кодекс определяет договор лизинга (финансовой аренды) как договор, при котором арендодатель обязуется приобрести в собственность выбранное арендатором имущество во временное владение, пользование для предпринимательских целей. Таким образом, рассматривая его как вид аренды. Как уже указывалось ранее, на договор финансовой аренды распространяются нормы ГК РФ, регулирующие общие вопросы для всех видов арендных отношений, если иное не установлено Гражданским кодексом. Отнесение договора лизинга к разновидности договора аренды является прямым следствием применения Конвенции УНИДРУА о том, что правовые нормы, регулирующие договор аренды, нуждаются в адаптации к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга. Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге исходит из рассмотрения лизинга как трехсторонней сделки. При этом подчеркивается центральное место пользователя (лизингополучателя) в трехсторонней лизинговой сделке.

Нормы о договоре лизинга расположены в § 6 гл. 34 ГК РФ, посвященном договору аренды, в связи с чем, как отмечает В.В. Витрянский, договор лизинга следует рассматривать "в качестве отдельного вида договорных арендных обязательств", поскольку "с другими видами аренды договор лизинга объединяет то, что имущество передается арендодателем арендатору во временное возмездное владение и пользование", но "вместе с тем договору лизинга присущи определенные характерные особенности, выделяющие его в отдельный вид договора аренды" <1>. Можно отметить следующие основные особенности договора лизинга.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 575.

Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге также относит договор лизинга к институту особого рода (sui generis), но сочетающему в себе элементы договора передачи оборудования во временное пользование, договора купли-продажи, а также договора "условной продажи".

Исходя из анализа правовой природы договора лизинга можно выделить его следующие характерные черты.

Во-первых, в отличие от обычного договора аренды, который, согласно части первой ст. 606 ГК РФ, включает только обязанность по передаче имущества во временное пользование, неотъемлемым элементом договора лизинга является также обязанность лизингодателя приобрести имущество в собственность. Установление такой обязанности отличает договор лизинга от обычного договора аренды, поскольку последний заключается с лицом, уже имеющим в собственности имущество, в то время как первый заключается с лицом, у которого такого имущества нет, но есть финансовые возможности для его приобретения.

Во-вторых, ст. 665 ГК РФ прямо указывает на то, что имущество по договору лизинга передается для пользования им в предпринимательских целях, в то время как общие положения об аренде не ограничивают круг целей, для которых имущество может передаваться в аренду.

В-третьих, в качестве обязанного лица по договору лизинга помимо лизингодателя и лизингополучателя выступает продавец объекта лизинга, являющийся его собственником, но не участвующий в договоре лизинга в качестве его стороны <1>.

<1> См.: Там же. С. 582.

В-четвертых, по договору лизинга, в отличие от договора аренды, при его заключении арендодатель не является собственником или титульным владельцем имущества, которое подлежит передаче в аренду. На арендодателя возлагается обязанность приобрести в собственность это имущество, принадлежащее продавцу.

В-пятых, по договору лизинга активная роль принадлежит арендатору. Арендатор определяет продавца и указывает имущество, которое должно быть приобретено арендодателем для передачи его в аренду. В свою очередь, арендодатель освобождается от ответственности за выбор предмета аренды и продавца. Исключение составляют случаи, когда договором лизинга обязанности по определению продавца и выбору возложены на арендодателя (ст. 665 ГК РФ).

И в-шестых, специальным, по сравнению с общими правилами об аренде, является также изложенное в ГК РФ в виде диспозитивной нормы положение о том, что передача арендованного по договору лизинга имущества арендатору производится не арендодателем, а продавцом этого имущества. Но ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение этой обязанности, если просрочка допущена по обязательствам, за которые отвечает арендодатель, возлагается на последнего. В данном случае в соответствии с п. 2 ст. 668 ГК РФ арендатор вправе потребовать расторжения договора лизинга и возмещения убытков.

Также интересным представляется рассмотреть, в чем состоит основное отличие договора лизинга от иных договоров, с которыми зачастую связывают договор лизинга.

Наиболее схожие черты договор лизинга имеет с договором аренды, поскольку является одним из его видов. Однако содержание и объем прав и обязанностей участников по договору лизинга (лизингодателя и лизингополучателя) не совпадают с правами и обязанностями арендодателя и арендатора по договору аренды. Как мы уже упоминали, по договору лизинга арендатор определяет продавца и указывает имущество, которое должно быть приобретено арендодателем для передачи его в аренду. В свою очередь, арендодатель освобождается от ответственности за выбор предмета аренды и продавца. Кроме того, лизингополучатель не только получает предмет договора в пользование, но также на него возлагаются и традиционные обязанности, связанные с правом собственности (лизингодатель берет на себя риск случайной гибели имущества).

Также в экономической литературе часто сравнивают договор лизинга с кредитным договором <1>. Но об этом можно говорить только в экономическом смысле.

<1> См.: Чекмарева Е. Указ. соч. С. 19 - 20.

Все это лишь подтверждает самостоятельность лизинговых правоотношений.

§ 7. Участники лизингового правоотношения

Определение круга лиц - участников лизингового правоотношения как формы реализации инвестиций имеет существенное практическое значение.

Для лизинговых правоотношений характерно наличие трех участников. Это лизингодатель, лизингополучатель и продавец имущества. Ни ГК РФ, ни Закон о лизинге не предъявляют никаких специальных требований к фигурам лизингодателя и лизингополучателя. Так же как действующее законодательство не устанавливает ограничений для участников инвестиционной деятельности.

Попробуем проанализировать участников лизингового правоотношения с позиции их участия в данном правоотношении как инвестиционном процессе.

Для начала определим участников инвестиционной деятельности.

К субъектам (участникам) инвестиционной деятельности инвестиционное законодательство относит инвесторов, заказчиков, подрядчиков, пользователей объектов капитальных вложений и других лиц <1>. Каждый из участников инвестиционной деятельности наделен определенным объемом прав и обязанностей, т.е. правосубъектностью. Причем права и обязанности субъектов неоднородны.

<1> См.: п. 1 ст. 4 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. N 39-ФЗ "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений", п. 1 ст. 2 Закона РСФСР "Об инвестиционной деятельности в РСФСР".

Мы проанализируем основных участников инвестиционной деятельности: инвесторов и пользователей инвестиций.

Инвестор является основным участником инвестиционной деятельности. Он осуществляет капитальные вложения с использованием собственных и (или) привлеченных средств в качестве средства получения дохода. Инвесторами могут быть физические и юридические лица, создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, государственные органы, органы местного самоуправления, а также иностранные субъекты предпринимательской деятельности <1>.

<1> См.: ст. 4 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений".

По российскому законодательству инвестиционная деятельность признана неотъемлемым правом любого инвестора. Все инвесторы обладают равными правами на осуществление своей деятельности.

Инвесторы наделены следующими правами <1>:

<1> См.: ст. 6 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений".

- самостоятельно определять объемы, направления и требуемую эффективность инвестиций;
- по своему усмотрению на договорной основе привлекать других физических и юридических лиц, необходимых ему для реализации инвестиций;
- владеть, пользоваться и распоряжаться объектами и результатами инвестирования;
- передавать права на осуществление и на результаты инвестиций другим физическим и юридическим лицам, государственным органам и органам местного самоуправления;
- осуществлять контроль за целевым использованием средств;
- объединять собственные и привлеченные средства со средствами других инвесторов в целях совместного осуществления капитальных вложений;
- осуществлять другие права, предусмотренные договором и (или) государственным контрактом.

Инвестор может выступать в роли заказчика, кредитора, покупателя, а также выполнять функции застройщика <1>. Кроме того, любой субъект инвестиционной деятельности вправе совмещать функции двух или нескольких участников.

<1> См.: Фархутдинов И.З., Трапезников В.А. Инвестиционное право: Учебно-практическое пособие. М., 2006. С. 24.

Здесь же необходимо отметить, что права иностранного инвестора не совпадают с объемом прав национального инвестора <1>. Также неодинаковы у них и основания возникновения правосубъектности.

<1> См.: Там же. С. 22.

Очень интересным представляется определение понятия инвестора, предлагаемое А.В. Майфатом. "Инвестор, - отмечает он, - это субъект, осуществляющий передачу имущества (инвестиций) в собственность другого лица с целью получения в будущем материальной выгоды (дохода), которая может быть создана в результате предпринимательской или иной деятельности субъекта, получившего имущество, или третьих лиц, связанных с указанным лицом, не имеющим правовой возможности участвовать в процессе использования инвестиций и получения дохода"

<1>. Кроме того, А.В. Майфат добавляет, что инвестор лишен возможности участия в использовании инвестиций <2>.

<1> Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования. М., 2006. С. 94.

<2> См.: Майфат А.В. Указ. соч. С. 81.

Однако нельзя в полной мере согласиться с А.В. Майфатом относительно передачи имущества (инвестиций) в собственность того, кто будет использовать его, или третьих лих, связанных с указанным лицом. Примеров тому много, по рассматриваемому договору не происходит переход права собственности от лизингодателя к лизингополучателю при передаче предмета договора лизинга, а возможно лишь в конце лизингового правоотношения.

В лизинговом правоотношении роль инвестора принадлежит лизингодателю.

Закон о лизинге в абз. 2 п. 1 ст. 4 определяет лизингодателя как физическое или юридическое лицо, которое за счет привлеченных и (или) собственных средств приобретает в ходе реализации договора лизинга в собственность имущество и предоставляет его в качестве предмета лизинга лизингополучателю за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и в пользование с переходом или без перехода к лизингополучателю права собственности на предмет лизинга. Таким образом, лизингодатель как инвестор осуществляет капитальные вложения (приобретая в собственность определенное имущество), которые для него выражаются в отрицательной полезности на настоящий момент, а вознаграждение (включенное в лизинговые платежи) - в ожидаемой в будущем полезности.

Статьей 5 Закона о лизинге вводится понятие лизинговой компании как специального участника рынка инвестиций.

Лизинговые компании (фирмы) - коммерческие организации (резиденты Российской Федерации или нерезиденты Российской Федерации), выполняющие функции лизингодателей (п. 1).

Круг лизингодателей не исчерпывается лизинговыми компаниями. Право на осуществление лизинговой деятельности может быть предоставлено федеральным законом иным категориям юридических лиц. Например, в соответствии с подп. 6 абз. 3 ст. 5 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" <1> кредитные организации вправе осуществлять лизинговые операции.

<1> СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492.

Другой стороной в инвестиционном процессе является тот, кто использует предоставляемые ему инвестиции, т.е. пользователь объектов капитальных вложений (инвестиций) - физические и юридические лица, в том числе иностранные, а также государственные органы, органы местного самоуправления, иностранные государства, международные объединения и организации, для которых создаются указанные объекты <1>.

<1> См.: п. 5 ст. 4 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений", п. 5 ст. 2 Закона РСФСР "Об инвестиционной деятельности в РСФСР".

В лизинговом правоотношении в качестве пользователя инвестиций выступает лизингополучатель.

Абзац 3 п. 1 ст. 4 Закона о лизинге дает определение лизингополучателя как физического или юридического лица, которое в соответствии с договором лизинга обязано принять предмет лизинга за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и в пользование. И хотя в отношении лизингополучателя ГК РФ не содержит никаких особых требований, однако, учитывая, что в определении договора лизинга (ст. 665 ГК РФ) предусматривается обязательность использования лизингополучателем имущества только в предпринимательских целях, отсюда следует, что на стороне арендатора может выступать только коммерческая организация или гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя.

По общему правилу пользователями объектов капитальных вложений могут быть и инвесторы, однако данная ситуация неприемлема для лизинговых правоотношений. В отличие от участников других форм инвестиционной деятельности участники лизинговых правоотношений не могут совмещать функции лизингополучателя и лизингодателя, а также кредитора и лизингополучателя.

И наконец, третьей стороной лизингового правоотношения является продавец.

Как видно из определения договора лизинга (ст. 665 ГК РФ), его сторонами являются лизингодатель и лизингополучатель <1>; упоминаемый в нем продавец не является стороной

договора лизинга, поскольку он не участвует в его заключении. Вместе с тем в п. 1 ст. 4 Закона о лизинге продавец отнесен к числу субъектов лизинга наряду с лизингодателем и лизингополучателем. Это связано с тем, что абз. 3 ст. 2 Закона о лизинге понимает под лизингом всю совокупность экономических и правовых отношений, возникающих в связи с реализацией договора лизинга, в том числе с приобретением предмета лизинга. Поскольку продавец, несомненно, участвует в приобретении у него предмета лизинга, он и признается Законом о лизинге субъектом лизинга, но это ни в коем случае не означает того, что продавец рассматривается этим Законом как сторона договора лизинга.

<1> Параграф 6 гл. 34 ГК РФ говорит об арендодателе и арендаторе и не содержит терминов "лизингодатель" и "лизингополучатель". Эти последние на законодательном уровне были закреплены в первой редакции Закона о лизинге, которая, в свою очередь, не использовала термины "арендодатель" и "арендатор", в связи с чем В.Д. Газман справедливо указывал на необходимость устранения этой терминологической несогласованности (см.: Газман В.Д. Рынок лизинговых услуг. М., 1999). В настоящее время Закон о лизинге в ст. 2 прямо приравнивает друг к другу указанные термины.

Помимо названных участников в лизинговом правоотношении могут присутствовать и иные участники, например кредитор. Кроме того, перечень участников лизингового правоотношения может сократиться, если продавцом и лизингополучателем будет являться одно и то же лицо.

Для установления прав и обязанностей участников лизинговой деятельности Закон о лизинге отсылает к ГК РФ. Более подробно на правах и обязанностях участников лизинговых правоотношений мы остановимся ниже.

§ 8. Предмет договора лизинга

Необходимо оговориться, что инвестиционное законодательство для определения данного элемента правоотношения использует термин "объект капитальных вложений" <1>, тогда как ГК РФ и Закон о лизинге определяют его как предмет договора лизинга. В современной юридической и экономической литературе эти два понятия используются как синонимы. Мы будем исходить из применяемого ГК РФ термина "предмет договора".

<1> См.: ст. 3 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений", ст. 3 Закона РСФСР "Об инвестиционной деятельности в РСФСР".

Статья 432 ГК РФ предмет договора относит к одному из существенных условий договора, необходимость определения которого вытекает из сути договора, без чего содержание договора неясно.

В ст. 666 ГК РФ устанавливает, что предметом договора лизинга могут быть любые непотребляемые вещи, используемые для предпринимательской деятельности, кроме земельных участков и других природных объектов. Закон о лизинге в ст. 3 фактически воспроизводит определение, данное в ГК РФ.

Абзац 1 п. 1 ст. 607 ГК РФ определяет как непотребляемые те вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования. Кроме того, предметом договора лизинга могут быть только индивидуально-определенные вещи, т.е. вещи, обладающие такими признаками, по которым их можно отличить от других таких же вещей. Таким образом, вещь, передаваемая в лизинг, должна быть незаменимой.

Кроме того, в соответствии со ст. 607 ГК РФ и п. 3 ст. 15 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)" в договоре лизинга должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить имущество, подлежащее передаче лизингополучателю в качестве предмета лизинга. Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа в своем Постановлении от 3 июня 2004 г. по делу N А17-254/15/3 указал, что при отсутствии этих данных в договоре лизинга условие о предмете, подлежащем передаче в лизинг, считается не согласованным сторонами, а договор лизинга не считается заключенным. ОАО "ЛИЗ и К" и МП "Ивгортеплоэнерго", подписав договор о лизинге и дополнения к нему, определили предмет договора: две магистральные теплотрассы в г. Иваново, три котла ДКВР 10-13 и вспомогательное оборудование котельной. Арбитражным судом установлено, что стороны не конкретизировали имущество, передаваемое в лизинг, не выделили его идентифицирующие признаки и не приложили документы с указанием параметров передаваемого имущества, следовательно, не согласовали предмет договора.

Предметом лизинга не могут быть земельные участки и другие природные объекты, а также имущество, которое федеральными законами запрещено для свободного обращения или для

которого установлен особый порядок обращения, за исключением продукции военного назначения, лизинг которой осуществляется в соответствии с международными договорами Российской Федерации, Федеральным законом от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами" <1> в порядке, установленном Президентом Российской Федерации, и технологического оборудования иностранного производства, лизинг которого осуществляется в порядке, установленном Президентом Российской Федерации (ч. 2 ст. 3 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)").

– –

<1> СЗ РФ. 1998. N 30. Ст. 3610.

Важным для нас является условие об использовании предмета договора для предпринимательской деятельности. И это соответствует цели лизингового правоотношения как формы осуществления инвестиционной деятельности.

Предмет лизинга передается в лизинг вместе со всеми его принадлежностями и со всеми документами.

Лизингополучатель за свой счет осуществляет техническое обслуживание предмета лизинга и обеспечивает его сохранность, а также осуществляет капитальный и текущий ремонт предмета лизинга.

Право собственности на предмет лизинга сохраняется за лизингодателем (ч. 1 ст. 11 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)"). Право владения и пользования предметом лизинга переходит к лизингополучателю в полном объеме, если договором лизинга не установлено иное. При прекращении договора лизинга лизингополучатель обязан вернуть лизингодателю предмет лизинга. Договором лизинга может быть предусмотрено, что предмет лизинга переходит в собственность лизингополучателя по истечении срока договора лизинга или до его истечения на условиях, предусмотренных соглашением сторон (ч. 1 ст. 19 Закона о лизинге). Произведенные лизингополучателем отделимые улучшения предмета лизинга являются его собственностью.

В случае если лизингополучатель с согласия в письменной форме лизингодателя произвел за счет собственных средств улучшения предмета лизинга, неотделимые без вреда для предмета лизинга, лизингополучатель имеет право после прекращения договора лизинга на возмещение стоимости таких улучшений. В случае если лизингополучатель без согласия в письменной форме лизингодателя произвел за счет собственных средств улучшения предмета лизинга, неотделимые без вреда для предмета лизинга, лизингополучатель не имеет права после прекращения договора лизинга на возмещение стоимости этих улучшений.

Часть 2 ст. 18 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)" предусматривает право лизингодателя на использование предмета лизинга в качестве залога в целях привлечения денежных средств. Лизингодатель обязан предупредить лизингополучателя о всех правах третьих лиц на предмет лизинга.

§ 9. Содержание договора

Содержание любого договора, в том числе и договора лизинга, как правоотношения составляет совокупность его условий, в которых закрепляются права и обязанности его сторон, составляющие содержание договорных обязательств <1>. Распределение прав и обязанностей участников лизингового правоотношения определяются особенностями данного правоотношения.

<1> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Т. 2. Полутом 1. М., 2000. С. 163.

Классический лизинг связывает трех лиц: лизингодателя, лизингополучателя и продавца имущества (предмета лизинга). Для выполнения своих обязательств по договору лизинга субъекты лизинга заключают обязательные и сопутствующие договоры. К обязательным договорам относится договор купли-продажи. К сопутствующим договорам относятся договор о привлечении средств, договор залога, договор гарантии, договор поручительства и др.

На основании договора лизинга лизингодатель обязуется (п. 4 ст. 15 Закона о лизинге):

- приобрести у определенного продавца в собственность определенное имущество для его передачи за определенную плату на определенный срок, на определенных условиях в качестве предмета лизинга лизингополучателю;
- выполнить другие обязательства, вытекающие из содержания договора лизинга.

По договору лизинга лизингополучатель обязуется (п. 5 ст. 15 Закона о лизинге):

- принять предмет лизинга в порядке, предусмотренном указанным договором лизинга;

- выплатить лизингодателю лизинговые платежи в порядке и в сроки, которые предусмотрены договором лизинга;

- по окончании срока действия договора лизинга возвратить предмет лизинга, если иное не предусмотрено указанным договором лизинга, или приобрести предмет лизинга в собственность на основании договора купли-продажи;

- выполнить другие обязательства, вытекающие из содержания договора лизинга.

И здесь необходимо заметить, что данные обязанности субъектов договора лизинга соответствуют обязанностям субъектов инвестиционной деятельности.

Отличительной чертой договора лизинга является наличие в нем обязанности лизингодателя приобрести имущество в собственность у продавца. Причем продавец должен быть предупрежден о том, что имущество приобретается для передачи в лизинг. В качестве подтверждения можно привести Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 3 апреля 2001 г. N Ф03-А37/01-1/442. Заключенный договор не признан договором лизинга и в силу ст. 667 ГК РФ, так как лизингодатель, покупая имущество, не предупредил продавца о том, что покупаемое им имущество предназначается для передачи в лизинг. К этому же выводу пришел Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа (Постановление от 1 декабря 1999 г. по делу N А58-18/99-Ф02-2082/99-С2).

Причем роль лизингодателя связана с финансированием сделки и, как правило, ею и ограничивается <1>, что является одной из особенностей лизинга как формы осуществления инвестиционной деятельности, поскольку основной функцией лизингодателя как инвестора является осуществление капитальных вложений в объект инвестиций.

_____

<1> См.: Кредитные организации в России: правовой аспект / Отв. ред. Е.А. Павлодский. М., 2006. С. 124.

Статья 668 ГК РФ устанавливает, что если иное не предусмотрено договором лизинга, то предмет лизинга передается продавцом непосредственно лизингополучателю в месте нахождения последнего. Таким образом, данная обязанность лизингодателя по общему правилу исполняется не им лично, а продавцом, причем в силу п. 1 ст. 670 ГК РФ лизингополучатель вправе предъявить непосредственно продавцу лизингового имущества требование о передаче ему этого имущества, вытекающее из договора купли-продажи, заключенного между продавцом и лизингодателем. Важно, что принятие объекта лизинга является в соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 4 и абз. 2 п. 5 ст. 15 Закона о лизинге обязанностью лизингополучателя, при этом п. 1 ст. 670 ГК РФ также устанавливает, что лизингополучатель несет также предусмотренные ГК РФ для лизингодателя как для покупателя обязанности по принятию лизингового имущества, как если бы лизингополучатель был стороной договора купли-продажи указанного имущества.

Как и любой другой арендатор, лизингополучатель в соответствии с п. 1 ст. 615 ГК РФ обязан пользоваться объектом лизинга в соответствии с условиями договора лизинга, а если такие условия в договоре не определены - в соответствии с назначением имущества. В отличие от общих правил о распределении обязанностей сторон по содержанию арендованного имущества в обычном договоре аренды (ст. 616 ГК РФ) п. 3 ст. 17 Закона о лизинге устанавливает, что лизингополучатель за свой счет осуществляет техническое обслуживание предмета лизинга и обеспечивает его сохранность, а также осуществляет капитальный и текущий ремонт предмета лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга.

Другой основной обязанностью лизингополучателя является предусмотренная абз. 3 п. 5 ст. 15 Закона о лизинге уплата лизингодателю лизинговых платежей, что составляет экономическую основу лизинга. Поскольку, как мы уже говорили ранее, инвестор осуществляет инвестиции сегодня с целью извлечения прибыли в будущем <1>.

_____

<1> Одной из составляющих лизинговых платежей является доход лизингодателя (п. 1 ст. 28 Закона о лизинге).

Согласно п. 2 ст. 28 Закона о лизинге размер, способ осуществления и периодичность лизинговых платежей определяются договором лизинга с учетом этого Закона. В связи с этим важное значение имеет норма п. 3 той же статьи, согласно которой обязательства лизингополучателя по уплате лизинговых платежей наступают с момента начала использования лизингополучателем предмета лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга. В соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 28 Закона о лизинге если лизингополучатель и лизингодатель осуществляют расчеты по лизинговым платежам продукцией (в натуральной форме), производимой с помощью предмета лизинга, цена на такую продукцию определяется по соглашению сторон договора лизинга.

Важной обязанностью лизингополучателя, как и всякого арендатора, является возврат по окончании срока действия договора лизинга предмета лизинга лизингодателю, если иное (в

частности, приобретение лизингополучателем предмета лизинга в собственность на основании договора купли-продажи) не предусмотрено договором лизинга (абз. 4 п. 5 ст. 15 Закона о лизинге). При этом лизинговое имущество в соответствии с п. 4 ст. 17 должно быть возвращено в состоянии, в котором лизингополучатель его получил, с учетом нормального износа или износа, обусловленного договором лизинга.

Другой особенностью, характерной для лизингодателя как инвестора, является закрепленное Законом о лизинге право на осуществление контрольных функций по договору лизинга <1>. Предоставление такого права лизингодателю является особенностью договора лизинга, отличающей его от договора аренды.

<1> См.: ст. 6 Федерального закона "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений".

Закон о лизинге предусматривает две формы контроля: инспектирование (ст. 37) и финансовый контроль (ст. 38). Согласно ст. 37 указанного Закона лизингодатель имеет право осуществлять контроль за соблюдением лизингополучателем условий договора лизинга, при этом цели и порядок инспектирования оговариваются в договоре лизинга, но в любом случае лизингополучатель обязан обеспечить лизингодателю беспрепятственный доступ к финансовым документам и предмету лизинга. Статья 38 Закона о лизинге устанавливает, что лизингодатель имеет также право на финансовый контроль за деятельностью лизингополучателя в той ее части, которая относится к предмету лизинга, формированием финансовых результатов деятельности лизингополучателя и выполнением лизингополучателем обязательств по договору лизинга, при этом цель и порядок финансового контроля предусматриваются договором лизинга, но в любом случае лизингодатель имеет право направлять лизингополучателю в письменной форме запросы о предоставлении информации, необходимой для осуществления финансового контроля, а лизингополучатель обязан удовлетворять такие запросы.

§ 10. Форма договора лизинга

В ГК РФ нет специальных положений о форме договора финансовой аренды, поэтому должны применяться общие нормы о форме коммерческих сделок. В соответствии с п. 1 ст. 15 Закона о лизинге договор лизинга независимо от срока заключается в письменной форме (ст. 161 ГК РФ).

В случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, права на имущество, которое передается в лизинг, и (или) договор лизинга, предметом которого является данное имущество, подлежат государственной регистрации.

В соответствии с Федеральным законом от 21 июля 1991 г. N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" обязательная государственная регистрация предусмотрена в отношении прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

В соответствии со ст. 625 ГК РФ к отдельным видам договора аренды и договорам аренды отдельных видов имущества (прокат, аренда транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда) применяются положения, предусмотренные § 1 гл. 34 ГК РФ. Учитывая, что § 6 гл. 34 ("Финансовая аренда (лизинг)") не установлены особые требования к форме договора лизинга недвижимого имущества, в связи с этим в соответствии со ст. 625 ГК РФ подлежат применению положения § 1 гл. 34 ГК РФ, определяющие необходимость государственной регистрации договора аренды недвижимого имущества, в том числе договора лизинга такого имущества (п. 2 ст. 609 ГК РФ). Федеральным законом "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" <1>, а также п. 1 ст. 20 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)" и ст. 609 ГК РФ предусмотрена обязательная государственная регистрация договора лизинга недвижимого имущества.

<1> Статьей 26 Федерального закона "О государственной регистрации прав на не движимое имущество и сделок с ним" предусмотрена государственная регистрация аренды недвижимого имущества посредством государственной регистрации договора аренды этого имущества.

Таким образом, в соответствии со ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Так, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа пришел к выводу о незаключении договора лизинга, ссылаясь на отсутствие государственной регистрации договора (Постановление от 3 июня 2004 г. по делу N А17-254/15/3).

Кроме того, ст. 20 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)" упоминает также об авиационной технике <1>, морских и других судах, транспортных средствах, оборудовании

повышенной опасности и другом имуществе как о предметах лизинга, подлежащих регистрации в государственных органах, однако здесь речь идет об учете отдельных имущественных объектов.

<1> См.: ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 8 января 1998 г. N 10-ФЗ "О государственном регулировании развития авиации".

Необходимо отметить, что к собственнику названного имущества предъявляются специальные требования законодательством Российской Федерации, которые распространяются на лизингодателя или лизингополучателя по взаимному соглашению.

Так, регистрация прав на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты производится в порядке, установленном Правилами государственной регистрации судов, утвержденными Приказом Минтранса России от 26 сентября 2001 г. N 144 <1>; Правилами регистрации судов рыбопромыслового флота и прав на них в морских рыбных портах, утвержденными Приказом Госкомрыболовства России от 31 января 2001 г. N 30 <2>; Правилами регистрации судов и прав на них в морских торговых портах, утвержденными Приказом Минтранса России от 21 июля 2006 г. N 87 <3>.

<1> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2001. N 49. 3 декабря.

<2> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2001. N 22. 28 мая.

<3> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2006. N 32. 7 августа.

Что касается государственной регистрации транспортных средств, то порядок их регистрации определен Правилами регистрации автомототранспортных средств и прицепов к ним в Государственной инспекции безопасности дорожного движения Министерства внутренних дел России, утвержденными Приказом МВД России от 27 января 2003 г. N 59 "О порядке регистрации транспортных средств" <1>.

<1> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. N 18. 5 мая.

В силу п. 52 названных Правил транспортные средства, приобретенные на основании договора лизинга, по письменному соглашению сторон регистрируются на лизингодателя или лизингополучателя. Возможность временной регистрации автотранспортных средств на лизингополучателя предусмотрена п. 52.2 Правил регистрации автомототранспортных средств и прицепов к ним.

Регистрация транспортного средства на лизингополучателя согласно п. 108 данных Правил может осуществляться, если объект лизинга:

- не зарегистрирован на лизингодателя;

- зарегистрирован на лизингодателя, но имеется письменное соглашение сторон о его временной регистрации на лизингодателя.

Согласно п. 2 ст. 20 Закона о лизинге предметы лизинга, подлежащие регистрации в государственных органах, регистрируются по соглашению сторон на имя лизингодателя или лизингополучателя. Пункт 3 той же статьи также устанавливает, что по соглашению сторон лизингодатель вправе поручить лизингополучателю регистрацию предмета лизинга на имя лизингодателя, при этом в регистрационных документах обязательно указываются сведения о собственнике и владельце (пользователе) имущества, а в случае расторжения договора и изъятия лизингодателем предмета лизинга по заявлению последнего государственные органы, осуществившие регистрацию, обязаны аннулировать запись о владельце (пользователе).

§ 11. Изменение и расторжение договора лизинга

Параграф 6 гл. 34 ГК РФ не содержит никаких специальных правил об изменении договора лизинга, в связи с чем к нему применимы общие правила ГК РФ об изменении договора аренды, в частности нормы, предоставляющие арендатору право требовать от арендодателя уменьшения арендной платы в случаях обнаружения недостатков сданного в аренду имущества, полностью или частично препятствующих пользованию им (абз. 3 п. 1 ст. 612 ГК РФ); если при заключении договора аренды арендодатель не предупредил арендатора о всех правах третьих лиц на сдаваемое в аренду имущество (ч. 2 ст. 613 ГК РФ); если в силу обстоятельств, за которые арендатор не отвечает, условия пользования, предусмотренные договором аренды, или состояние имущества существенно ухудшились (п. 4 ст. 614 ГК РФ); в случаях нарушения арендодателем

обязанности по производству капитального ремонта (абз. 5 п. 1 ст. 616 ГК РФ), а также общие правила ГК РФ об изменении договора (гл. 29).

Абзац 3 п. 2 ст. 28 Закона о лизинге устанавливает, что, если иное не предусмотрено договором лизинга, размер лизинговых платежей может изменяться по соглашению сторон в сроки, предусмотренные данным договором, но не чаще, чем один раз в три месяца. Данная норма является реализацией предусмотренной п. 3 ст. 614 ГК РФ возможности установления в законе иных минимальных сроков пересмотра размера арендной платы для отдельных видов аренды, в то время как сама эта статья устанавливает, что, если иное не предусмотрено договором, размер арендной платы может изменяться по соглашению сторон в сроки, предусмотренные договором, но не чаще одного раза в год. Представляется, что при толковании абз. 3 п. 2 ст. 28 Закона о лизинге может быть использовано разъяснение, данное Высшим Арбитражным Судом в отношении п. 3 ст. 614 ГК РФ: в течение года (соответственно для договора лизинга - трех месяцев) должно оставаться неизменным условие договора, предусматривающее твердый размер арендной платы либо порядок (механизм) ее исчисления, в связи с чем установление в договоре условия о размере арендной платы, устанавливающего способ ее расчета (например, путем корректировки на процент индексации или исчисления в рублях по текущему курсу от фиксированной суммы в валюте), не будет нарушать п. 3 ст. 614 ГК РФ <1>.

_____

<1> См.: п. 11 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 января 2002 г. N 66 "Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой" // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3.

Параграф 6 гл. 34 ГК РФ указывает только на один случай прекращения договора лизинга: согласно п. 2 ст. 668 ГК РФ в случае, когда предмет лизинга не передан арендатору в указанный в договоре лизинга срок (а если в договоре такой срок не указан - в разумный срок), арендатор вправе, если просрочка допущена по обстоятельствам, за которые отвечает арендодатель, потребовать расторжения договора лизинга и возмещения убытков. В связи с этим к договору лизинга применяются общие правила об основаниях расторжения договора аренды (ст. ст. 619 и 620 ГК РФ).

Закон о лизинге не содержит специальных случаев расторжения договора о лизинге. Вместо этого п. 6 ст. 15 Закона о лизинге устанавливает, что в договоре лизинга могут быть оговорены обстоятельства, которые стороны считают бесспорным и очевидным нарушением обязательств и которые ведут к прекращению действия договора лизинга и изъятию предмета лизинга.

§ 12. Лизинговые платежи

Важное значение для исследования инвестиционной природы лизингового правоотношения, как мы уже говорили, имеет исследование вопроса о лизинговых платежах.

Договор лизинга предусматривает платность предоставления лизингодателем лизингополучателю предмета лизинга. В соответствии с п. 1 ст. 614 ГК РФ арендатор обязан своевременно вносить плату за пользование имуществом (арендную плату). Формой платы по договору лизинга являются лизинговые платежи. Лизинговые платежи составляют экономическую основу лизинга. Размер и порядок уплаты лизинговых платежей являются существенными условиями договора лизинга.

Форма, размеры и способы оплаты лизинговых платежей устанавливаются договором (п. 2 ст. 28 Закона о лизинге). Согласно п. 1 ст. 28 Закона о лизинге под лизинговыми платежами понимается общая сумма платежей по договору лизинга за весь срок действия договора лизинга. Лизинговые платежи включают в себя три составляющие:

- возмещение затрат лизингодателя, связанных с приобретением и передачей предмета лизинга лизингополучателю;
- возмещение затрат, связанных с оказанием других предусмотренных договором лизинга услуг;
- доход лизингодателя.

Кроме того, в общую сумму договора лизинга может включаться выкупная цена предмета лизинга, если договором лизинга предусмотрен переход права собственности на предмет лизинга к лизингополучателю.

Пункт 3 той же статьи устанавливает, что обязательства лизингополучателя по уплате лизинговых платежей наступают с момента начала использования лизингополучателем предмета лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга. В соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 28 Закона о лизинге если лизингополучатель и лизингодатель осуществляют расчеты по лизинговым платежам продукцией (в натуральной форме), производимой с помощью предмета лизинга, цена на такую продукцию определяется по соглашению сторон договора лизинга.

Порядок расчетов лизинговых платежей при заключении договоров финансового лизинга установлен в Методических рекомендациях по расчету лизинговых платежей, утвержденных Минэкономики России 16 апреля 1996 г. (далее - Методические рекомендации) <1>.

<1> Методические рекомендации по расчету лизинговых платежей // Закон. 1999. N 8.

В соответствии с Методическими рекомендациями под лизинговыми платежами понимается общая сумма, выплачиваемая лизингополучателем лизингодателю за предоставленное ему право пользования имуществом - предметом договора.

На основании Методических рекомендаций в лизинговые платежи включаются: амортизация лизингового имущества за весь срок действия договора лизинга, компенсация платы лизингодателя за использованные им заемные средства, комиссионное вознаграждение, плата за дополнительные услуги лизингодателя, предусмотренные договором лизинга, а также стоимость выкупаемого имущества, если договором предусмотрены выкуп и порядок выплат указанной стоимости в виде долей в составе лизинговых платежей.

Сторонами договора устанавливается форма уплаты лизингового платежа. Платежи могут осуществляться в денежной, компенсационной (продукцией или услугами лизингополучателя) и смешанной форме.

При согласовании метода начисления лизингового платежа стороны могут выбрать:

- метод "с фиксированной общей суммой", когда общая сумма платежей начисляется равными долями в течение всего срока договора в соответствии с согласованной сторонами периодичностью;
- метод "с авансом", когда лизингополучатель при заключении договора выплачивает лизингодателю аванс в согласованном сторонами размере, а остальная часть общей суммы лизинговых платежей (за минусом аванса) начисляется и уплачивается в течение срока действия договора, как и при начислении платежей с фиксированной общей суммой;
- метод "минимальных платежей", когда в общую сумму платежей включаются сумма амортизации лизингового имущества за весь срок действия договора, плата за использованные лизингодателем заемные средства, комиссионное вознаграждение и плата за дополнительные услуги лизингодателя, предусмотренные договором, а также стоимость выкупаемого лизингового имущества, если выкуп предусмотрен договором.

Лизинговые платежи могут выплачиваться с периодом уплаты ежегодно, ежеквартально, ежемесячно, еженедельно, а также в сроки внесения платы по числам месяца.

По соглашению сторон платежи могут осуществляться равными долями, в уменьшающихся или увеличивающихся размерах.

То, какой способ платежа будет применяться, зависит от финансового положения лизингополучателя на момент заключения договора. В случае если лизингополучатель располагает достаточными финансовыми ресурсами, он может сразу выплатить часть общей суммы, подлежащей уплате. Если же денежных средств у лизингополучателя недостаточно, он может вносить вначале небольшие лизинговые платежи, которые будут увеличиваться по ходу роста производства.

Необходимо также учитывать следующие общие положения об арендной плате, содержащиеся в ст. 614 ГК РФ:

- если законом не предусмотрено иное, арендатор вправе потребовать соответственного уменьшения арендной платы, если в силу обстоятельств, за которые он не отвечает, условия пользования, предусмотренные договором аренды, или состояние имущества существенно ухудшились (п. 4 ст. 614);
- если иное не предусмотрено договором аренды, в случае существенного нарушения арендатором сроков внесения арендной платы арендодатель вправе потребовать от него досрочного внесения арендной платы в установленный арендодателем срок. При этом арендодатель не вправе требовать досрочного внесения арендной платы более чем за два срока подряд (п. 5 ст. 614 ГК РФ).

§ 13. Страхование предмета лизинга и предпринимательских (финансовых) рисков

Как мы уже говорили, для выполнения своих обязательств по договору лизинга субъекты лизинга заключают обязательные и сопутствующие договоры. Одним из таких сопутствующих договоров является договор страхования. При лизинге их может быть несколько. Так, например, в соответствии со ст. 21 Закона о лизинге предмет лизинга может быть застрахован от рисков утраты (гибели), недостачи или повреждения с момента поставки имущества продавцом и до момента окончания срока действия договора лизинга, если иное не предусмотрено договором.

Стороны, выступающие в качестве страхователя и выгодоприобретателя, а также период страхования предмета лизинга определяются соглашением сторон в договоре лизинга.

Помимо страхования предмета лизинга ст. 21 Закона о лизинге вводит понятие "предпринимательские (финансовые) риски". Пункт 2 названной статьи устанавливает, что страхование предпринимательских (финансовых) рисков осуществляется по соглашению сторон договора лизинга и не является обязательной.

В соответствии со ст. 22 Закона о лизинге ответственность за сохранность предмета лизинга от всех видов имущественного ущерба, а также за риски, связанные с его гибелью, утратой, порчей, хищением, преждевременной поломкой, ошибкой, допущенной при его монтаже или эксплуатации, и иные имущественные риски с момента фактической приемки предмета лизинга несет лизингополучатель, если иное не предусмотрено договором лизинга. В связи с этим лизингополучатель вправе застраховать в соответствии с п. 4 ст. 21 Закона о лизинге риск своей ответственности за нарушение договора лизинга в пользу лизингодателя.

На основании п. 3 ст. 21 Закона о лизинге лизингополучатель в случаях, определенных законодательством Российской Федерации, должен застраховать свою ответственность за выполнение обязательств, возникающих вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц в процессе пользования лизинговым имуществом. В частности, такая обязанность возникает у лизингополучателя, если предметом лизинга являются автотранспортные средства.

Страхование предмета лизинга осуществляется в рамках страхования имущества, которое регулируется ст. 930 ГК РФ.

§ 14. Налогообложение договора лизинга

Одним из преимуществ использования договора лизинга является налогообложение лизинга. Предоставление налоговых льгот в целях создания благоприятных экономических условий для деятельности лизинговых компаний абз. 10 ст. 36 Закона о лизинге названо одной из мер государственной поддержки лизинговой деятельности. Однако необходимо иметь в виду, что названный Закон не является составной частью налогового законодательства.

Особенности налогообложения договора лизинга можно проследить на обложении данного договора налогом на добавленную стоимость, налогом на прибыль, налогом на имущество.

В соответствии с п. 1 ст. 146 НК РФ объектом налогообложения на добавленную стоимость признаются операции по реализации товаров (работ, услуг). При этом на основании ст. 153 НК РФ налоговая база при реализации товаров (работ, услуг) определяется налогоплательщиком в зависимости от особенностей реализации произведенных им или приобретенных на стороне товаров (работ, услуг). Однако НК РФ (подп. 4 п. 3 ст. 39) не признает реализацией товаров, работ или услуг передачу имущества, если такая передача носит инвестиционный характер (в частности, вклады в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ, вклады по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности), паевые взносы в паевые фонды кооперативов). Таким образом, НК РФ не включает в перечень передачи товаров (работ, услуг), имеющих инвестиционный характер, приобретение и передачу оборудования в целях реализации договора лизинга. Это подтверждается судебной практикой. Общество с ограниченной ответственностью "С.К. Домостроитель" (далее - общество) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконным бездействия Инспекции МНС России N 5 по Центральному административному округу г. Москвы, выразившегося в непринятии решения о возврате налога на добавленную стоимость и об обязании Инспекции принять решение о возврате суммы налога на добавленную стоимость. Решением от 26 июня 2003 г., оставленным без изменения Постановлением апелляционной инстанции от 26 августа 2003 г., Арбитражный суд г. Москвы удовлетворил заявление общества, не признав, что деятельность по приобретению и передаче оборудования по договорам лизинга не является реализацией товаров (работ, услуг) (дело N КА-А40/8071-03 Арбитражного суда г. Москвы).

Как видно из приведенного примера, участники лизинговой деятельности в целях уменьшения суммы налогов могут использовать механизм налоговых вычетов. Налоговый вычет представляет собой сумму, на которую подлежит уменьшению налог на добавленную стоимость (ст. 171 НК РФ). Согласно нормам ст. 153 НК РФ налоговая база при реализации товаров (работ, услуг) определяется налогоплательщиком в зависимости от особенностей реализации произведенных им или приобретенных на стороне товаров (работ, услуг). Налогоплательщик имеет право уменьшить общую сумму налога на налоговые вычеты. Вычетам подлежат суммы налога, предъявленные налогоплательщику и уплаченные им при приобретении товаров (работ, услуг) на территории Российской Федерации либо уплаченные при ввозе товаров на таможенную территорию Российской Федерации в таможенных режимах выпуска для свободного обращения, временного ввоза и переработки вне таможенной территории. Порядок применения налоговых вычетов установлен ст. 172 НК РФ. При этом суммы налога на добавленную стоимость,

предъявленные продавцами налогоплательщику при приобретении либо уплаченные при ввозе на таможенную территорию Российской Федерации основных средств и (или) нематериальных активов, предназначенных для производственной деятельности, вычитаются в полном объеме после принятия на учет данных основных средств и (или) нематериальных активов. Данное правило нашло подтверждение в письмах МНС России от 29 июня 2004 г. N 03-2-06/1/1420/22@ <1> и от 9 сентября 2004 г. N 03-2-06/1/1977/22@.

_____

<1> Экономика и жизнь. 2004. N 39.

В соответствии со ст. 247 НК РФ объектом налогообложения по налогу на прибыль организаций признается прибыль, полученная налогоплательщиком.

В целях налогообложения прибыли лизинговые платежи относятся в соответствии с законодательством о налогах и сборах к расходам, связанным с производством и (или) реализацией. При этом прибылью для российских организаций признаются полученные доходы, уменьшенные на величину произведенных расходов, которые определяются в соответствии с гл. 25 НК РФ.

Согласно ст. 248 НК РФ к доходам относятся доходы от реализации, которыми признаются выручка от реализации товаров (работ, услуг) как собственного производства, так и ранее приобретенных, выручка от реализации имущественных прав и внереализационные доходы.

Согласно ст. 39 НК РФ реализацией товаров, работ или услуг организацией или индивидуальным предпринимателем признаются соответственно передача на возмездной основе (в том числе обмен товарами, работами или услугами) права собственности на товары, результатов выполненных работ одним лицом для другого лица, возмездное оказание услуг одним лицом другому лицу, а в случаях, предусмотренных НК РФ, передача права собственности на товары, результатов выполненных работ одним лицом для другого лица, оказание услуг одним лицом другому лицу на безвозмездной основе.

Налоговый учет у лизингодателя предмета лизинга зависит от того, на чьем балансе учитывается предмет лизинга при передаче его во временное пользование и владение.

Согласно п. 1 ст. 252 НК РФ налогоплательщик уменьшает полученные доходы на сумму произведенных расходов (за исключением расходов, указанных в ст. 270 НК РФ).

Расходами признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты (а в случаях, предусмотренных ст. 265 НК РФ, - убытки), осуществленные (понесенные) налогоплательщиком.

Под обоснованными расходами понимаются экономически оправданные затраты, оценка которых выражена в денежной форме.

Под документально подтвержденными расходами понимаются затраты, подтвержденные документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации. Расходами признаются любые затраты при условии, что они произведены для осуществления деятельности, направленной на получение дохода.

В соответствии с п. 2 ст. 252 НК РФ расходы в зависимости от их характера, а также условий осуществления и направлений деятельности налогоплательщика подразделяются на расходы, связанные с производством и реализацией, и внереализационные расходы.

Расходы, связанные с производством и реализацией, как определено в п. 2 ст. 253 НК РФ, подразделяются на:

1) материальные расходы;

2) расходы на оплату труда;

3) суммы начисленной амортизации;

4) прочие расходы.

Согласно подп. 10 п. 1 ст. 264 НК РФ лизинговые платежи за принятое в лизинг имущество относятся к прочим расходам налогоплательщика, связанным с производством и реализацией. В подп. 10 п. 1 ст. 264 НК РФ также установлено, что в случае, если имущество, полученное по договору лизинга, учитывается у лизингополучателя, арендные (лизинговые) платежи признаются расходом за вычетом суммы, начисленной в соответствии со ст. 259 НК РФ по этому имуществу амортизации.

В состав внереализационных расходов, не связанных с производством и реализацией, согласно п. 1 ст. 265 НК РФ включаются обоснованные затраты на осуществление деятельности, непосредственно не связанной с производством и (или) реализацией.

В соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 265 НК РФ к внереализационным расходам налогоплательщика относятся расходы на содержание переданного по договору аренды (лизинга) имущества (включая амортизацию по этому имуществу).

В подп. 1 п. 1 ст. 265 НК РФ также установлено, что для организаций, предоставляющих на систематической основе за плату во временное пользование и (или) временное владение и пользование свое имущество и (или) исключительные права, возникающие из патентов на

изобретения, промышленные образцы и другие виды интеллектуальной собственности, расходами, связанными с производством и реализацией, считаются расходы, связанные с этой деятельностью.

Согласно подп. 3 п. 7 ст. 272 НК РФ при методе начисления для расходов в виде лизинговых платежей за принятое в лизинг имущество датой осуществления расходов признается дата расчетов в соответствии с условиями заключенных договоров или дата предъявления налогоплательщику документов, служащих основанием для произведения расчетов, либо последний день отчетного (налогового) периода.

Следует отметить, что уменьшение полученных доходов на лизинговые платежи за принятое в лизинг имущество предусмотрено для налогоплательщиков, применяющих такие специальные налоговые режимы, как система налогообложения для сельскохозяйственных товаропроизводителей (единый сельскохозяйственный налог) (гл. 26.1 НК РФ) и упрощенная система налогообложения (гл. 26.2 НК РФ), и, соответственно, не являющихся плательщиками налога на прибыль организаций. Положения об уменьшении полученных доходов на указанные расходы закреплены в подп. 4 п. 2 ст. 346.5 и подп. 4 п. 1 ст. 346.16 НК РФ соответственно.

Также представляется интересной и уплата налога на имущество. Согласно п. 1 ст. 374 НК РФ объектом налогообложения по налогу на имущество для российских организаций признается движимое и недвижимое имущество (включая имущество, переданное во временное владение, пользование, распоряжение или доверительное управление, внесенное в совместную деятельность), учитываемое на балансе в качестве объектов основных средств в соответствии с установленным порядком ведения бухгалтерского учета.

Порядок ведения бухгалтерского учета лизинговых операций регулируется Указаниями об отражении в бухгалтерском учете операций по договору лизинга, утвержденными Приказом Минфина России от 17 февраля 1997 г. N 15 <1> (далее - Указания). Согласно Указаниям предмет лизинга отражается в бухгалтерском учете в составе объектов основных средств только у лизингополучателя и только в том случае, если по условиям договора лизинга предмет лизинга учитывается на балансе лизингополучателя. В противном случае предмет лизинга учитывается на балансе лизингодателя в составе доходных вложений в материальные ценности, которые в объектах налогообложения в п. 1 ст. 374 НК РФ не поименованы. Таким образом, предмет лизинга облагается налогом на имущество только у лизингополучателя, если учитывается на его балансе.

<1> Российская газета ("Ведомственное приложение"). 1997. 5 мая. N 86.

В качестве еще одной финансовой льготы для участников лизинговой сделки можно назвать ускоренную амортизацию (ст. 31 Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)"). Стороны договора лизинга имеют право по взаимному соглашению применять ускоренную амортизацию предмета лизинга.

Амортизационные отчисления производит сторона договора лизинга, на балансе которой находится предмет лизинга. Согласно п. 7 ст. 258 НК РФ имущество, полученное (переданное) в финансовую аренду по договору лизинга, включается в определенную амортизационную группу той стороной, у которой данное имущество должно учитываться в соответствии с условиями договора. Пункт 1 ст. 256 НК РФ под амортизируемым имуществом признает имущество, результаты интеллектуальной деятельности и иные объекты интеллектуальной собственности, которые находятся у налогоплательщика на праве собственности, используются им для извлечения дохода и стоимость которых погашается путем начисления амортизации. Амортизируемым имуществом признается имущество со сроком полезного использования более 12 месяцев и первоначальной стоимостью более 10 тыс. руб.

Согласно п. 1 ст. 258 НК РФ амортизируемое имущество распределяется по амортизационным группам в соответствии со сроками его полезного использования. Сроком полезного использования признается период, в течение которого объект основных средств или объект нематериальных активов служит для выполнения целей деятельности налогоплательщика. Срок полезного использования определяется налогоплательщиком самостоятельно на дату ввода в эксплуатацию данного объекта амортизируемого имущества.

В п. 1 ст. 258 НК РФ также установлено следующее:

- налогоплательщик вправе увеличить срок полезного использования объекта основных средств после даты ввода его в эксплуатацию в случае, если после реконструкции, модернизации или технического перевооружения такого объекта произошло увеличение срока его полезного использования. При этом увеличение срока полезного использования основных средств может быть осуществлено в пределах сроков, установленных для той амортизационной группы, в которую ранее было включено такое основное средство;

- если в результате реконструкции, модернизации или технического перевооружения объекта основных средств не произошло увеличение срока его полезного использования,

налогоплательщик при исчислении амортизации учитывает оставшийся срок полезного использования.

В п. 6 ст. 258 НК РФ установлено, что в целях гл. 25 НК РФ амортизируемое имущество принимается на учет по первоначальной стоимости, определяемой в соответствии со ст. 257 НК РФ, если иное не предусмотрено гл. 25 НК РФ.

Методы и порядок расчета сумм амортизации установлены ст. 259 НК РФ.

Раздел III. ДОГОВОРЫ В СФЕРЕ ТРАНСПОРТА

Глава 6. ДОГОВОР ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ

Основой транспортного процесса является перемещение груза из одной точки в другую. Перемещение грузов представляет собой основу любого движения. Перемещение - это преодоление какого-нибудь пространства, занятие другого места <1>.

<1> См.: Малый толковый словарь. М.: Русский язык, 1990. С. 368 - 369.

Перемещение груза может быть осуществлено в форме перевозки груза, транспортировки груза, буксировки груза. В настоящей работе весьма подробно рассматривается каждый вид такого перемещения.

§ 1. Понятие и виды договоров перевозки

В договоре перевозки грузов участвуют транспортная организация, которая осуществляет перевозку, и грузоотправитель-предприниматель, сдающий груз для перевозки и уплачивающий провозную плату (ст. 785 ГК РФ). Обычно грузоотправитель-предприниматель сдает груз транспортной организации, называя третьего участника транспортного процесса - грузополучателя, с которым он связан обязательством и которому груз должен быть выдан в пункте назначения.

Таким образом, договор перевозки груза можно определить как договор, в соответствии с которым одна сторона - перевозчик обязуется доставить вверенный ей предпринимателем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (грузополучателю), а вторая сторона - отправитель груза обязуется уплатить за перевозку установленную плату <1>. Из приведенного определения можно сделать вывод, что договор перевозки по своему характеру является возмездным и взаимным. Он является возмездным, так как за перевозку перевозчик получает вознаграждение, выдаваемое предпринимателем, и взаимным, поскольку перевозчик обязан перевезти груз и имеет право на провозную плату, а грузоотправитель обязан внести эту провозную плату и имеет право на перевозку сданного груза. Договор перевозки грузов считается заключенным с момента принятия перевозчиком груза и, следовательно, относится к числу реальных договоров.

<1> Такое определение договора перевозки грузов дается во всех ныне действующих транспортных уставах и кодексах.

Вместе с тем в отдельных случаях этот договор может быть консенсуальным. Договор перевозки считается консенсуальным, когда перевозчик обязуется предоставить транспортные средства раньше вручения груза для перевозки. Например, на морском транспорте договор перевозки, именуемый договором фрахтования или чартером, является консенсуальным. Кроме того, договор перевозки грузов носит публичный характер. Однако для признания договора перевозки грузов публичным договором необходимо соблюдение определенных условий, предусмотренных ст. 789 ГК РФ. К числу таких условий относится перевозка грузов транспортом общего пользования, в качестве которой признается перевозка, осуществляемая коммерческой организацией, если из закона, иных правовых актов или выданного этой организации разрешения (лицензии) вытекает, что она обязана осуществлять перевозки грузов по обращению любого юридического лица. И второе не менее важное условие: перечень организаций, обязанных осуществлять перевозки грузов, признаваемые перевозками транспортом общего пользования, должен быть обязательно опубликован в установленном порядке.

Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному юридическому лицу перед другим в отношении заключения договора. Цена услуг, работ, оказываемых коммерческой организацией при перевозке грузов, устанавливается одинаковая для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом или иным правовым актом допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Отказ коммерческой организации от заключения договора при наличии такой возможности не допускается (ст. 426 ГК).

В зависимости от того, каким видом транспорта перевозятся грузы, перевозки подразделяются на железнодорожные, морские, речные, воздушные и автомобильные. Такая классификация обусловлена тем, что отношения, связанные с перевозкой грузов предпринимателями, регулируются законодательством, которое применяется к соответствующему виду перевозки.

Различают перевозки, осуществляемые в местном, прямом и прямом смешанном сообщении.

Местными называются перевозки в пределах одного транспортного предприятия (железной дороги, пароходства и т.д.).

Прямыми признаются перевозки, в выполнении которых по одному документу участвуют несколько предприятий одного вида транспорта. Так, прямой будет перевозка грузов железной дорогой по одному документу (накладной) из Москвы в Иркутск, поскольку груз в этом случае перевозится несколькими предприятиями железнодорожного транспорта (Московской, Свердловской, Иркутской и другими филиалами ОАО "РЖД").

Прямой смешанной перевозкой считается перевозка, при которой на основе одного документа груз перевозится различными предприятиями нескольких видов транспорта. Примером такой перевозки может служить доставка груза от Москвы до Астрахани по железной дороге, а от Астрахани до одного из портов на Каспийском море (на территории России) морским транспортом.

На морском транспорте различают перевозки в малом каботаже, в большом каботаже и в заграничном сообщении. Под малым каботажем понимают перевозку грузов между российскими портами одного и того же моря. К большому каботажу относятся перевозки груза, осуществляемые между российскими портами разных морей, даже если судно при этом проходит через иностранные воды. Перевозка из российских портов в иностранные порты или обратно признается перевозкой в заграничном сообщении.

Воздушный кодекс не подразделяет перевозки грузов на отдельные виды, однако содержит некоторые особые правила для международных перевозок (гл. XI ВК).

Международные полеты воздушных судов выполняются на основе международных договоров Российской Федерации или разрешений, выдаваемых в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. Правила международных полетов воздушных судов и другая информация, необходимая для осуществления международных воздушных сообщений, публикуются в сборнике аэронавигационной информации Российской Федерации.

На автомобильном транспорте перевозки грузов подразделяются на городские, пригородные, междугородные и международные.

К городским перевозкам относятся перевозки в пределах черты города (другого населенного пункта); к пригородным - перевозки за пределы черты города (другого населенного пункта) на расстояние до 50 км включительно; к междугородным - перевозки за пределы черты города (другого населенного пункта) на расстояние более 50 км и к международным - перевозки за пределы или из-за пределов Российской Федерации с пересечением Государственной границы Российской Федерации. Городские, пригородные, междугородные и международные перевозки грузов предпринимателями осуществляются перевозчиком на основании лицензии, выданной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Безусловно, важным условием при перевозке грузов является разграничение понятий "перевозка грузов" и "транспортирование грузов".

В действующем законодательстве, ряде федеральных законов и постановлений Правительства Российской Федерации применены понятия "транспортирование грузов" и "перевозка грузов". Так, в ст. 15 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 116-ФЗ "О промышленной безопасности опасных производственных объектов" <1> говорится о грузах, которые "хранятся, транспортируются", а в Федеральном законе от 13 декабря 1996 г. N 150-ФЗ "Об оружии" <2> в ст. 1 "Основные понятия, применяемые в настоящем Федеральном законе" применяются понятия "перевозка" и "транспортирование" оружия. Статья 25 данного Закона называется "Учет, ношение, перевозка, транспортирование, уничтожение, коллекционирование и экспонирование оружия", т.е., перечисляя эти понятия, законодатель полагает, что они не тождественны и означают разные формы перемещения оружия. В Правилах оборота боевого, ручного, стрелкового и иного оружия, боеприпасов и патронов к нему, а также холодного оружия в государственных военизированных организациях, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 15 октября 1997 г. N 1314 <3>, также используются оба эти понятия, а разд. VI Правил носит название "Перевозка и транспортирование оружия".

<1> СЗ РФ. 1997. N 30. Ст. 3588.

<2> СЗ РФ. 1996. N 51. Ст. 5681.

<3> СЗ РФ. 1997. N 42. Ст. 4790.

Применяемые в законодательстве понятия "транспортирование грузов" и "перевозка грузов", безусловно, не идентичны, так как означают различные формы перемещения предпринимателями грузов (продукции, товаров). Хотя может создаться впечатление, что эти понятия тождественны, поскольку и транспортирование грузов, и перевозка грузов подразумевают перемещение их из одной точки в другую. Однако это не так. Следует иметь в виду, что не всякое территориальное перемещение грузов (их транспортирование) с помощью транспортных средств, как это предусмотрено в Федеральном законе "О промышленной безопасности опасных производственных объектов", можно назвать перевозкой. Так называемое технологическое транспортирование грузов, выполняемое собственным транспортом какого-либо юридического лица (перевозка сырья со склада в цех, готовой продукции на склад и т.д.), не порождает обязательств по перевозке грузов. Не порождает обязательств по перевозке грузов, например, транспортирование оружия, осуществляемое не только внутри своего производства, но и за его пределами. Отличие транспортирования грузов от их перевозки состоит прежде всего в том, что последняя всегда осуществляется на основании договора перевозки и, самое главное, всегда строится на эквивалентно-возмездных началах. При транспортировании грузов этого может не быть, поскольку само транспортирование может осуществляться транспортным средством, принадлежащим юридическому лицу, без заключения договора и уплаты определенной суммы за транспортировку.

Таким образом, понятия "транспортирование грузов" и "перевозка грузов" не тождественны. Перевозкой считается такое перемещение грузов, которое осуществляется в соответствии с положениями гл. 40 ГК РФ, т.е. с обязательным заключением договора перевозки и соблюдением всех правил, установленных на том виде транспорта, на котором осуществляется эта перевозка. При транспортировании грузов соблюдение этих положений не обязательно.

§ 2. Основания для заключения договора перевозки

Заключение договора перевозки грузов предпринимателями требует наличия определенных организационных предпосылок.

Выполнение действий, связанных с организацией перевозок грузов, невозможно без предварительного их согласования с перевозчиками и грузоотправителями-предпринимателями. Это достигается в процессе организации выполнения обязательств по перевозке и выражается в определенных правовых формах, в результате чего конкретизируются объемы перевозок грузов и уточняются сроки.

С учетом особенностей перевозок грузов на различных видах транспорта документы, регулирующие организацию перевозки грузов, имеют разную правовую форму: при перевозках в прямом сообщении - это заявка (заказ), договор об организации перевозок грузов; при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении - ежесуточная заявка, недельный календарный план, месячный график подачи судов.

При выполнении обязательств по перевозке грузов с участием грузоотправителя и перевозчика важную роль играет заявка.

Заявка является важнейшим средством организации перевозки грузов; в ней конкретизируется задание и определяются показатели, обеспечивающие разовую перевозку. Грузоотправитель-предприниматель обязан подавать заявку перевозчику не менее чем за 10 суток до начала перевозки грузов (ст. 11 УЖТ), а на перевозку грузов, направляемых на экспорт и в прямом смешанном сообщении, - не менее чем за 15 дней до начала перевозки груза.

Заявка на перевозку грузов представляется грузоотправителем-предпринимателем в уполномоченные перевозчиком подразделения, перечень которых с указанием их места нахождения устанавливается перевозчиком и доводится до сведения грузоотправителей-предпринимателей с указанием объема перевозки грузов в вагонах и тоннах в соответствии с установленной номенклатурой, с распределением по родам грузов, станциям назначения и датам погрузки.

Однако если грузоотправитель подал заявку на перевозку грузов не на специальном бланке и с нарушением предусмотренных Уставом сроков, но указал в ней сведения, необходимые для осуществления перевозки, в частности объем перевозки грузов в вагонах и тоннах в соответствии с установленной номенклатурой, с распределением по родам грузов, станциям назначения и датам погрузки, а перевозчик такую заявку принял к исполнению, то при неисполнении или ненадлежащем исполнении такой заявки перевозчик и грузоотправитель несут ответственность, предусмотренную Уставом железных дорог.

Особенностью в порядке подачи заявки на железнодорожном транспорте является установление в ст. 11 УЖТ оснований, когда перевозчик имеет право отказать в согласовании заявки на перевозку грузов. (Таких оснований в транспортных кодексах и уставах других видов транспорта не предусмотрено.)

В соответствии со ст. 11 УЖТ такой отказ возможен в случаях:

- введения согласно ст. 29 Устава прекращения или ограничения погрузки, перевозки грузов по маршруту следования груза;

- отказа владельца инфраструктуры в согласовании заявки на перевозку груза;

- обоснованного отсутствия технических и технологических возможностей осуществления перевозки;

- в ином случае, предусмотренном Уставом, иными нормативными правовыми актами.

В этих случаях перевозчик возвращает заявку на перевозку грузов с указанием причин отказа грузоотправителю, организации, осуществляющей перевозку грузов.

В соответствии со ст. 11 УЖТ владелец инфраструктуры рассматривает представленные перевозчиком заявки на перевозку грузов и в срок не более чем пять дней при перевозках грузов в прямом железнодорожном сообщении и не более чем 10 дней при перевозках в прямом и непрямом международном сообщениях, прямом и непрямом смешанном сообщении возвращает заявку на перевозку грузов перевозчику с отметкой о результате согласования.

В соответствии с Уставом владелец инфраструктуры имеет право (в случаях, прямо предусмотренных ст. 11 Устава) отказать перевозчику в согласовании заявки на перевозку грузов. При этом отказ в приеме и согласовании заявки на перевозку грузов может быть обжалован в судебном порядке.

Аналогичный порядок установлен на речном транспорте; отличие состоит только в сроках подачи декадной заявки: заявка на этом виде транспорта подается за пять дней до наступления декады <1>.

_____

<1> См.: Правила составления календарных графиков предъявления грузов и подачи тоннажа.

На автомобильном транспорте заявка представляется в обусловленные договором на перевозку грузов автомобильным транспортом сроки, но не позднее 14 часов накануне дня начала перевозок грузов в городском или пригородном сообщении и не позднее 48 часов до начала перевозок в междугородном сообщении <1>. На морском транспорте грузоотправитель уведомляется о подаче намеченного тоннажа не позднее чем за пять дней, т.е. на морском транспорте отсутствует в настоящее время система заявок, которая действовала ранее.

_____

<1> См.: § 3 разд. 2 Общих правил перевозок грузов автомобильным транспортом РСФСР.

Случаи непредставления грузоотправителями заявок в срок, предусмотренный нормами транспортных уставов, должны рассматриваться как отказ от транспортных средств.

К такому отказу грузоотправитель-предприниматель обычно прибегает, если у него нет груза, который предназначен для перевозки, или если он не может отправить груз по каким-либо иным причинам.

В юридической литературе существуют различные мнения относительно значения заявок на отдельных видах транспорта и их юридической природы.

Представляется, что мнение, в соответствии с которым заявка в отношении грузовых перевозок играет роль оперативно-регулирующего документа, с помощью которого осуществляется организация перевозок грузов, является наиболее верным.

Подачей заявки грузоотправитель действительно способствует выполнению перевозочного процесса. Заявка в этом случае является основанием для начала грузоперевозочного процесса и окончательно уточняет и конкретизирует порядок выполнения перевозки грузов в данный период. Естественно, здесь можно говорить только об оперативно-регулирующих функциях заявки, с помощью которой происходит впоследствии заключение договора перевозки грузов.

Предъявление груза к перевозке и подача тоннажа на морском транспорте производятся, как правило, в соответствии с месячным графиком подачи судов, согласованным с грузоотправителем. Если график подачи судов не был составлен заранее, подача тоннажа и предъявление груза к перевозке производятся в соответствии с направляемым перевозчиком отправителю уведомлением о дате подачи тоннажа, которое составляется на основании соглашения сторон.

Другой правовой формой в транспортном законодательстве, с помощью которой регулируются взаимоотношения сторон в процессе организации перевозок грузов, является договор об организации перевозок грузов. Ранее подобные договоры применялись при взаимоотношениях грузоотправителей с транспортными предприятиями под разными наименованиями и регулировались транспортными уставами (например, годовой договор - на автомобильном транспорте, навигационный - на внутренневодном транспорте). Следует отметить, что система длительных (долгосрочных) договоров получила широкое распространение на транспорте в начале 1930-х гг., когда рядом постановлений Правительства было предусмотрено заключение органами транспорта и их клиентурой прямых договоров на перевозку грузов.

Применение таких договоров в тот период и их роль на отдельных видах транспорта были несколько различны, но их заключение преследовало одну цель: урегулировать такие взаимоотношения сторон, которые, учитывая специфику отдельных видов транспорта, не получили достаточного нормативного разрешения, а также обеспечить выполнение плана перевозок. Поэтому там, где взаимоотношения сторон по перевозке грузов детально регулировались в нормативном порядке (например, на железнодорожном транспорте), такие договоры не применялись.

Напротив, на автомобильном транспорте, где перевозки грузов (при большом их объеме) не были достаточно детализированы, заключение таких договоров было необходимым средством урегулирования взаимоотношений сторон по организации и выполнению перевозок грузов.

Статья 798 ГК РФ предусматривает, что перевозчики и грузовладельцы при необходимости осуществления систематических перевозок грузов могут заключать долгосрочные договоры об организации перевозок, в которых определяются объемы, сроки и другие условия предоставления транспортных средств и предъявления грузов для перевозки, порядок расчетов, а также иные условия организации перевозок. В этих договорах может быть установлена и ответственность за нарушение предусмотренных в них обязательств.

Основная цель подобных договоров на различных видах транспорта - урегулировать в ходе перевозочного процесса такие взаимоотношения сторон, которые не получили достаточного нормативного разрешения, а также способствовать выполнению перевозочного процесса на данный период. Благодаря заключению долгосрочного договора об организации перевозок грузов обеспечивается четкая координация деятельности всех участников транспортного процесса: грузоотправителя, перевозчика, грузополучателя.

Взаимовыгодные договоренности создают основу партнерских отношений заинтересованных сторон и являются своего рода гарантией соблюдения сторонами добровольно взятых на себя обязательств, связанных с предстоящими перевозками грузов. Установление в долгосрочном договоре каких-либо положений по поводу специфических условий перевозки грузов освобождает стороны на весь период действия этого договора от необходимости вновь согласовывать эти условия при заключении конкретного договора перевозки. Таким образом, долгосрочный договор способствует достижению устойчивости в отношениях перевозчика и клиентуры, устраняет ненужные разногласия между ними при заключении и исполнении конкретных договоров перевозки. В то же время следует иметь в виду, что заключение долгосрочных договоров об организации перевозок не является обязательным для сторон. Стороны - перевозчик и грузовладелец - лишь при обоюдном согласии могут заключить подобный договор. Поэтому при отказе одной из сторон заключить такой договор другая сторона не вправе через суд требовать его заключения. В случае подачи искового заявления о принуждении заключить договор или заявления о рассмотрении разногласий по нему, когда стороны не заключили письменного соглашения о передаче спора на разрешение арбитражного суда, последний должен отказать истцу в принятии заявления.

Разногласия сторон, возникшие при заключении указанных договоров, могут быть рассмотрены арбитражным судом в случае, когда достигнуто соглашение сторон о передаче спора на разрешение арбитражного суда в соответствии со ст. 446 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Эта точка зрения изложена в п. 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 октября 2005 г. N 30 "О некоторых вопросах практики применения Федерального закона "Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации" <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2006. N 1. С. 5.

Долгосрочный договор об организации перевозок грузов заключается в письменной форме, при этом стороны сами определяют (в зависимости от объемов перевозки грузов), на какой срок они будут заключать такой договор. Следует иметь в виду, что заключение договора об организации перевозок грузов не освобождает грузоотправителя от представления заявки на перевозку грузов в порядке и сроки, предусмотренные транспортными кодексами и уставами. Этот договор не заменяет договор на перевозку конкретного груза, носит консенсуальный, взаимный характер.

Транспортное законодательство не указывает, в какие сроки перевозчиком следует подавать заявки для исполнения обязательства по перевозке грузов в прямом смешанном сообщении.

УЖТ РФ в ст. 11 устанавливает, что заявки на перевозку грузов в прямом смешанном сообщении подаются грузоотправителем не менее чем за 15 дней. Однако эта норма носит общий характер, касается грузоотправителя и не устанавливает, в какие сроки перевозчик подает заявку другому перевозчику в отношении перевалки грузов. В гл. V УЖТ, которая регулирует перевозки грузов в прямом смешанном сообщении, такие сроки не установлены. Никаких указаний на этот счет нет и в других транспортных уставах и кодексах.

Между тем, например, в Уставе железных дорог СССР 1954 г. ст. 140 указывала, что "при передаче грузов с водного на железнодорожный транспорт заявки на ежесуточную подачу вагонов представляются письменно портом или пристанью начальнику станции перевалки за 8 часов до наступления отчетных суток".

Временные правила перевозки грузов в прямом смешанном железнодорожно-автомобильном сообщении и водно-автомобильном сообщении предусматривают, что сдающая сторона обязана заблаговременно (время устанавливается узловым соглашением), до наступления отчетных суток, уведомить принимающую сторону о количестве груза, подготовленного к передаче в предстоящие сутки <1>.

<1> См.: Сборник законодательства по автомобильному транспорту. М., 1964. С. 157, 167.

Таким образом, при исполнении обязательств по перевалке грузов в прямом смешанном сообщении применяется заявка-уведомление, предусматривающая передачу определенного количества груза в течение предстоящих суток.

Что же представляют собой заявки, применяемые при передаче грузов в прямом смешанном сообщении, каково их юридическое значение?

В юридической литературе очень подробно рассмотрен вопрос, касающийся заявки, которая подается грузоотправителем перевозчику, а относительно заявок, подаваемых перевозчиками и используемых при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении, исследований практически не проводилось.

Следует отличать заявку-уведомление (она также способствует выполнению перевозочного процесса) от заявки, направляемой перевозчиками при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении.

Во-первых, эта заявка, как и при перевозке грузов в прямом сообщении, оказывает содействие завязке грузоперевозочного процесса. В соответствии с поданной грузоотправителем заявкой перевозчик подает транспортные средства, после чего сторонами заключается договор перевозки грузов, т.е. подача заявки в конечном счете способствует заключению договора перевозки грузов.

Ежесуточная заявка-уведомление, используемая при перевалке грузов, способствует продолжению грузоперевозочного процесса и исполнению договора перевозки, главная ее задача - ускорить этот процесс.

Во-вторых, если заявку может подавать только грузоотправитель, то при прямых смешанных перевозках заявку-уведомление могут подавать оба перевозчика в строго установленное время.

В-третьих, если действие заявки распространяется на определенный отрезок времени (это может быть декада, месяц и т.д.), то ежесуточная заявка-уведомление имеет силу в течение суток.

В-четвертых, если при неподаче заявки грузоотправителем перевозчик имеет возможность перераспределить транспортные средства между другими грузоотправителями, то при неподаче суточной заявки при перевалке груза с одного транспорта на другой возникает простой транспортных средств, который наносит немалый ущерб участникам транспортного процесса. Поэтому значение заявки-уведомления при перевалке груза с одного вида транспорта на другой большое.

Правовое значение суточной заявки заключается в том, что она способствует продолжению грузоперевозочного процесса, причем главная задача такой заявки - ускорение этого процесса, с тем чтобы не допускать простоя транспортных средств.

Другими формами, регулирующими организацию перевалки грузов, являются недельный календарный план и месячный график подачи судов под погрузку.

Правила перевозки грузов в прямом смешанном сообщении предусматривают, что в случаях массовой перевозки грузов с перевалкой их с железнодорожного на речной транспорт речные пароходства совместно с железными дорогами согласовывают календарный план подачи судов и предъявления грузов к перевозке в пунктах перевалки.

Календарный план составляется на каждую неделю и не позднее чем за пять дней до начала недели сообщается пароходствами по телеграфу дороге погрузки. Подобная форма исполнения плана перевалки часто применяется перевозчиками.

При массовой перевозке грузов с перевалкой их на морской транспорт морские пароходства ежемесячно составляют календарный план подачи грузовых судов в порты перевалки под погрузку передаваемых с железных дорог грузов. Не позднее 28-го числа предпланового месяца календарный план сообщается морскими пароходствами грузоотправителям и дорогам перевалки и отправления. В месячном графике указываются: наименование судна, его грузоподъемность, время подачи и под какой груз подается (§ 18 Правил).

Вместе с тем следует отметить, что транспортное законодательство не предусматривает никакой ответственности за уклонение от составления подобных графиков и планов при перевалке

грузов с одного вида транспорта на другой и, как показывает практика, перевозчики, которые должны их составлять, часто уклоняются от их составления.

§ 3. Договор перевозки грузов

Реализация принятых к исполнению заявок (заказов) на перевозку грузов осуществляется путем заключения и исполнения договоров между перевозчиками и отправителями-предпринимателями.

Следует отметить, что, несмотря на изменение экономической ситуации в стране и переход к рыночным отношениям, основные положения в транспортном законодательстве остаются неизменными (как, например, определение договора перевозки грузов) уже длительное время, и потому высказывания ученых-юристов по отдельным спорным проблемам транспортного законодательства, сделанные ими в период существования СССР, продолжают оставаться актуальными и помогают лучше понять и оценить действующее транспортное законодательство, сделать правильные выводы в отношении некоторых спорных проблем, существующих в транспортных отношениях. В соответствии со ст. 785 ГК РФ по договору перевозки груза транспортная организация (перевозчик) обязуется доставить вверенный ей отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза получателю-предпринимателю, а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату. Это определение соответствует определению договора о перевозке грузов, которое было дано в ст. 373 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Следует отметить, что до сих пор нет единого мнения относительно правовой характеристики договора перевозки грузов.

По нашему мнению, договор перевозки грузов является трехсторонним договором, в котором все его участники имеют права и обязанности.

Учитывая, что договор перевозки грузов в прямом смешанном сообщении является разновидностью договора перевозки грузов, его следует считать многосторонним договором, в котором все участники договора имеют права и обязанности, причем волеизъявления участников договора перевозки совпадают по своему характеру и направлены на достижение единой цели - исполнение договора перевозки.

При перевозках грузов в прямом смешанном сообщении обязанности перевозчиков выполняют различные виды транспорта, например железнодорожный, морской, речной, автомобильный, воздушный. При этом возникают правоотношения по перевозке грузов, в которых участвуют несколько соперевозчиков, каждый из которых, принимая груз от предыдущей транспортной организации, исполняет свою обязанность по перевозке груза на соответствующем отрезке движения груза, возникшую из договора, который был заключен первоначальным перевозчиком.

Для определения правового положения соперевозчиков в отношениях друг с другом, с грузоотправителем (грузополучателем) и с начальной транспортной организацией необходимо установить, являются ли соперевозчики субъектами обязательства перевозки, возникающего на основе заключенного первоначальным перевозчиком договора перевозки, и если являются, то в каком порядке это происходит.

При рассмотрении вопроса о правовом положении соперевозчиков и их взаимоотношениях с начальным перевозчиком и грузоотправителем следует исходить из того, что вопрос о том, выступают ли транспортные организации перед грузоотправителем как единое целое, неразрывно связан с вопросом о том, являются ли отношения между транспортными организациями договорными.

Из содержания ст. 785 Гражданского кодекса Российской Федерации вытекает, что транспортная организация обязуется доставить вверенный ей отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза получателю. Указанная обязанность возникает у перевозчика и при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении, хотя здесь имеется определенная специфика: перевозка осуществляется не одним видом транспорта, а несколькими, и первоначальный перевозчик обязуется его доставить получателю. Закон не определяет юридическую конструкцию рассматриваемых отношений, устанавливая лишь, что ответственность за недостатки перевозки несет конечная транспортная организация.

При анализе договора на перевозку груза в прямом смешанном сообщении следует рассматривать, по нашему мнению, два этапа перевозки.

На первом этапе начальный перевозчик, заключая договор перевозки в прямом смешанном сообщении, помимо обязанностей доставить груз в пункт назначения приобретает право выступать во взаимоотношениях с соперевозчиками как представитель грузоотправителя.

Это право находит свою реализацию на втором этапе перевозки, когда начальный перевозчик в силу полномочий, предоставленных ему законом (транспортными уставами, кодексами и т.д.) в отношении передачи груза, заключает от имени грузоотправителя (как его представитель) договор с соперевозчиком, передавая ему одновременно права и обязанности,

которыми его наделил грузоотправитель, заключая договор перевозки, т.е. каждый последующий соперевозчик, вступая в обязательственные отношения с предшествующим перевозчиком, становится представителем грузоотправителя.

Закон, указывая на эту обязанность соперевозчиков, не конкретизирует форму, в какой может быть заключен договор перевозки соперевозчиком с начальным перевозчиком и грузоотправителем. И было бы неверно считать, что соперевозчики не находятся в договорных отношениях с отправителем. Моментом заключения договора между ними следует считать наложение календарного штемпеля и учинение подписи представителя другого перевозчика на передаточной ведомости и накладной.

Анализ транспортного законодательства, регулирующего перевозки грузов в прямом смешанном сообщении, свидетельствует как раз о наличии договорных отношений между грузоотправителем и соперевозчиками.

Подтверждением наличия договорных отношений между грузоотправителем и соперевозчиками могут служить ст. 79 Устава железнодорожного транспорта и ст. 114 Кодекса внутреннего водного транспорта, которые предусматривают, что ответственность за сохранность груза до момента фактической его передачи лежит на сдающей стороне, а после фактической передачи - на принимающей стороне, а также § 111 Правил перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении, согласно которому в тех случаях, когда по заявленной пароходству претензии ответственной является железная дорога, пароходство направляет претензию железной дороге, которой принадлежит станция перевалки груза на воду.

Перевозчики при направлении претензий обязаны приложить к ним документы о результатах рассмотрения в части ответственности, относящейся к дороге или пароходству, уведомить заявителя о пересылке претензии.

Все сказанное выше подтверждает обоснованность точки зрения о том, что перевозчики при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении выступают перед клиентурой как единая транспортная организация и что все перевозчики находятся в договорных отношениях с грузоотправителем (грузополучателем).

Вместе с тем здесь следует обратить внимание и на то обстоятельство, что, находясь в договорных отношениях с грузоотправителем (грузополучателем), соперевозчики одновременно находятся в договорных отношениях между собой. Это подтверждается транспортным законодательством и Правилами (ст. 79 УЖТ, ст. 114 КВВТ, § 111 Правил). Моментом заключения договора являются, как уже говорилось выше, передача груза от одного перевозчика другому, наложение календарного штемпеля и учинение подписи на передаточной ведомости и накладной.

Таким образом, договор перевозки грузов в прямом смешанном сообщении представляет собой совокупность отдельных договоров, заключенных между соперевозчиками, которые выступают перед грузоотправителем как единая транспортная организация, находясь с ним в договорных отношениях.

§ 4. Субъекты обязательства по перевозке и его объект

Субъектами обязательства по перевозке являются перевозчик, грузоотправитель, а также грузополучатель.

Перевозчиками грузов могут быть лишь коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, которые в соответствии с действующим законодательством вправе осуществлять деятельность, связанную с перевозкой грузов. Функции грузоотправителей и грузополучателей могут выполнять юридические лица - предприниматели. Термины "перевозчик", "грузоотправитель", "грузополучатель" используются практически на всех видах транспорта, а также в нормативных актах, регулирующих отношения на транспорте. Однако на морском транспорте (ст. 115 КТМ) используется и другая терминология. Грузоотправителя там иногда называют фрахтователем, а договор перевозки - договором фрахтования (ст. 787 ГК). Поскольку указанная терминология специфична для морских перевозок и притом применяется не всегда, то субъекты обязательства по перевозке в данной главе будут называться "перевозчики", "грузоотправители", "грузополучатели".

Объектом обязательства по перевозке грузов являются перевозимые перевозчиками грузы. Если материальным объектом обязательства по перевозке является перевозимый груз, то в качестве юридического объекта здесь выступает сама перевозочная деятельность, которая включает в себя не только перевозку грузов, но и иные действия, связанные, например, с погрузкой, выгрузкой грузов, их хранением и выдачей грузополучателю.

§ 5. Права и обязанности сторон по договору перевозки грузов

Статья 791 Гражданского кодекса устанавливает, что перевозчик обязан подать грузоотправителю под погрузку в срок, установленный принятой от него заявкой (заказом), договором перевозки или договором об организации перевозок, исправные транспортные средства в состоянии, пригодном для перевозки соответствующего груза.

В целях выполнения указанной обязанности перевозчик должен содержать транспортные средства в технически надлежащем состоянии и перед подачей под погрузку проверить их пригодность для перевозки данного груза. Зная из заявки грузоотправителя, какой груз предполагается погрузить в транспортное средство, перевозчик имеет возможность и должен определить, обеспечит ли подаваемое транспортное средство его сохранность при перевозках. Наряду с возложением на перевозчика обязанности подавать транспортные средства, пригодные для перевозки данного груза <1>, транспортное законодательство устанавливает, что пригодность транспортных средств (вагонов, контейнеров) для перевозки данного груза в коммерческом отношении определяется грузоотправителем единолично, либо грузоотправителем и перевозчиком <2>, либо самим перевозчиком <3>.

<1> См.: ст. 20 УЖТ, ст. 71 КВВТ, ст. 124 КТМ, ст. 44 УАТ.

<2> См.: п. 5 ст. 8 Правил перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях СССР; § 7 Правил приема груза к перевозке на речном транспорте.

<3> См.: ст. 124 КТМ. В статье говорится об обязанности перевозчика привести суд, но заблаговременно, до начала рейса в мореходное состояние, т.е. состояние, обеспечивающее сохранность данного конкретного груза.

Грузоотправитель, отправляя продукцию, обязан принимать все зависящие от него меры, обеспечивающие ее сохранность при перевозке. Он не вправе грузить продукцию в любое транспортное средство (если погрузка осуществляется им), не заботясь о сохранности груза в пути. Грузоотправитель должен отказаться от погрузки груза в транспортное средство, не пригодное для перевозки данного груза, которое в таком случае считается неподанным в счет суточной нормы. Нарушение перевозчиком и грузоотправителем указанных выше обязанностей обычно приводит к повреждению или порче груза, в связи с чем приходится решать, кто должен нести ответственность перед грузополучателем.

Статья 20 Устава железнодорожного транспорта устанавливает, что пригодность в коммерческом отношении вагонов, контейнеров (состояние грузовых отсеков вагонов, контейнеров, пригодных для перевозки конкретных грузов, а также отсутствие внутри их постороннего запаха, других неблагоприятных факторов, влияющих на состояние грузов при погрузке, выгрузке и в пути следования, особенности внутренних конструкций кузовов вагонов, контейнеров) для перевозки конкретных грузов определяется в отношении:

- вагонов - грузоотправителями, если погрузка осуществляется ими, или железной дорогой, если погрузка осуществляется ею;

- контейнеров - во всех случаях грузоотправителями.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в своем Постановлении от 6 октября 2005 г. N 30 "О некоторых вопросах практики применения Федерального закона "Устав железнодорожного транспорта" в п. 13 разъяснил, что, если утрата, недостача, повреждение (порча) груза произошли из-за технической неисправности вагона, контейнера, ответственность должен нести перевозчик. Он может быть освобожден от ответственности, если докажет, что утрата, недостача, повреждение груза произошли вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело, а также в случае представления доказательств, подтверждающих, что неисправность вагона, контейнера произошла по вине грузоотправителя. И даже если грузоотправитель осуществит погрузку груза в неисправный в техническом отношении вагон, зная об этом, то данное обстоятельство не освобождает перевозчика от ответственности за несохранность груза.

Грузоотправитель может быть освобожден от ответственности за недостачу, повреждение груза, погруженного в непригодное в коммерческом отношении транспортное средство, если докажет вину перевозчика в недостаче, повреждении, порче груза.

Несколько иной порядок действует при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении.

Правила перевозок грузов в прямом смешанном сообщении предусматривают, что транспортные средства, подаваемые под погрузку, должны быть исправными в техническом отношении (§ 41).

Транспортные уставы и кодексы в разделах, посвященных перевозкам грузов в прямом смешанном сообщении, этому вопросу внимания не уделяют.

В развитие Правил перевозок грузов Общие правила морской перевозки грузов, пассажиров и багажа в п. 95 предусматривают, что подаваемые в порт вагоны должны быть чистыми и исправными в техническом и коммерческом отношении, т.е. Общие правила морской перевозки несколько шире, чем Правила перевозки грузов, рассматривают вопрос о пригодности

транспортных средств, отмечая, что помимо пригодности транспортных средств в техническом отношении существует еще пригодность транспортных средств в коммерческом отношении.

Например, поданный в порт вагон может быть исправным в техническом отношении (исправные двери, люки, крыша и т.д.) и неисправным в коммерческом отношении (в вагоне сохранился устойчивый неприятный запах, в то время как в него предполагалась загрузка пищевых продуктов). При этом возникает вопрос: кто должен определять пригодность транспортных средств в техническом и коммерческом отношении при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении? Если этот вопрос решен при взаимоотношениях перевозчиков с грузоотправителем и регулируется транспортными уставами, то при перевозках грузов в прямом смешанном сообщении он фактически не урегулирован.

Представляется, что ответственность за пригодность транспортных средств в техническом отношении должен нести перевозчик, который их подает: транспортные средства принадлежат ему, и он должен отвечать за их состояние. Определять же пригодность транспортного средства в коммерческом отношении должен грузоотправитель, который загружает в него груз. Погрузив груз в транспортное средство, непригодное в коммерческом отношении, данный грузоотправитель берет на себя всю ответственность, связанную с его сохранностью.

Поданное под погрузку транспортное средство в соответствии с нормами транспортного законодательства должно быть загружено до полной вместимости. Загрузка транспортного средства до полной вместимости и правильное определение веса имеют большое значение как для перевозчиков, так и для грузоотправителей, поскольку оценка деятельности транспортных предприятий осуществляется по количеству перевезенного груза, а размер провозной платы, которую вносит грузоотправитель, зависит не только от расстояния, но и от веса груза. Вес груза на различных видах транспорта определяется по-разному. На железнодорожном транспорте если погрузка груза производится в местах общего пользования, то его вес определяется перевозчиком; в тех же случаях, когда погрузка осуществляется в местах необщего пользования, вес груза определяется грузоотправителем.

Причем согласно ст. 26 УЖТ основной формой определения веса груза, отправляемого железнодорожным транспортом, является взвешивание на вагонных весах. Взвешиванию подлежат грузы, перевозимые навалом и насыпью. И лишь вес грузов, перевозимых наливом, в соответствии с действующими Правилами, определяется грузоотправителем расчетным путем. В тех случаях, когда у отправителей грузов отсутствуют вагонные весы, взвешивание грузов осуществляется перевозчиком за плату в соответствии с договором.

Особо надо отметить, что не допускается определение массы груза расчетным путем, посредством обмера грузов, если их погрузка до полной вместимости вагонов, контейнеров может повлечь за собой превышение допустимой грузоподъемности вагонов, контейнеров. На морском транспорте при погрузке груза портами на своих причалах и своей рабочей силой определение веса производится пароходством на весах порта. При погрузке грузов в портах клиентуры или у принадлежащих ей причалов определение веса грузов производится грузоотправителями. Определение веса груза расчетным путем, по обмеру или условно производится во всех случаях грузоотправителем (п. 31 Общих правил морской перевозки грузов). На речном транспорте вес груза, отправляемого с причалов, складов и погрузочных пунктов необщего пользования, а также общего пользования, но не находящегося в ведении пароходства, определяется грузоотправителем. Определение веса груза расчетным путем, по обмеру или условно во всех случаях производится грузоотправителем (ст. 70 КВВТ).

На воздушном транспорте при сдаче груза к перевозке отправитель-предприниматель обязан указать в грузовой накладной точное наименование груза, его вес (массу), число мест, размер или объем. На автомобильном транспорте определение веса груза осуществляется в основном грузоотправителем. Запись в товарно-транспортной накладной о весе груза с указанием способа его определения производится грузоотправителем (ст. ст. 62 и 63 УАТ). Таким образом, транспортное законодательство устанавливает четкий порядок определения веса груза, который принимается к перевозке.

Внесение провозной платы в любых договорах перевозки является одной из важнейших обязанностей грузоотправителя. По общему правилу провозная плата, размер которой определяется тарифами, должна быть внесена в пункте отправления одновременно со сдачей груза к перевозке. Кроме того, перевозчик вправе задержать отправку груза, если плата (фрахт) за перевозку не внесена в установленные сроки (ст. 30 УЖТ, ст. 75 КВВТ), либо отказаться от исполнения договора перевозки (ст. 154 КТМ). При этом вагоны, контейнеры будут, в соответствии со ст. 30 Устава железнодорожного транспорта, находиться на ответственном простое грузоотправителя. В случае невнесения причитающихся перевозчику платежей за предыдущую перевозку груза подача перевозчиком вагонов, контейнеров под очередную погрузку прекращается. При несвоевременных расчетах за перевозку грузов по вине грузоотправителя или грузополучателя с них взыскиваются в пользу перевозчика проценты на сумму просроченного платежа в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации.

Пленум Высшего Арбитражного Суда в своем Постановлении N 30 (п. 20) уточнил это положение. При несвоевременных расчетах за перевозку грузов по причинам, зависящим от грузополучателя (грузоотправителя), с него подлежат взысканию по требованию перевозчика проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ. Кроме того, в указанном случае до внесения грузополучателем всех причитающихся перевозчику платежей в соответствии с ч. 5 ст. 30 Устава железнодорожного транспорта не выданные грузополучателю вагоны, контейнеры находятся на ответственном простое грузополучателя и с него взимается плата за пользование вагонами, контейнерами.

Более того, в соответствии со ст. 35 Устава железнодорожного транспорта в случае уклонения грузополучателя от внесения платы за перевозку груза и иных платежей, причитающихся перевозчику, последний вправе удерживать груз с уведомлением в письменной форме об этом грузополучателя, который обязан в течение четырех суток после получения такого уведомления распорядиться грузом. Если в течение указанного срока грузополучатель не примет соответствующие меры по внесению платы за перевозку грузов и иных платежей и не распорядится грузом, перевозчик имеет право, если иное не предусмотрено договором перевозки, реализовать удерживаемый груз. При этом закон предусматривает определенные исключения. Не могут быть реализованы грузы, изъятые из оборота либо ограниченные в обороте в соответствии с федеральными законами, а также грузы, в отношении которых таможенное оформление не завершено; специальные, в том числе воинские, грузы, предназначенные для удовлетворения государственных и оборонных нужд.

Без внесения провозной платы не принимаются к перевозке грузы также на автомобильном транспорте. В случаях несвоевременного внесения провозной платы с грузоотправителя (с грузополучателя) взыскивается дополнительно к провозной плате 0,5% суммы платежей за каждый день просрочки внесения провозной платы (ст. 103 УАТ).

Сроки доставки грузов оказывают прямое и непосредственное влияние на выполнение заявок (заказов) на перевозку грузов. От количества времени, затрачиваемого на транспортировку груза, зависят эффективность работы транспорта, ускорение оборачиваемости транспортных средств и в значительной мере сохранность перевозимых грузов. Поэтому своевременная доставка грузов в пункты назначения, являясь одним из условий надлежащего исполнения обязательства по перевозке, составляет одну из основных обязанностей перевозчика, за нарушение которой он несет имущественную ответственность.

Следует иметь в виду, что сроки доставки грузов зависят от особенностей работы транспорта данного вида. На железнодорожном транспорте сроки доставки грузов и правила исчисления таких сроков утверждаются Министерством транспорта по согласованию с федеральным органом исполнительной власти в области экономики (ст. 33 УЖТ). Грузоотправители и перевозчики в договорах могут предусмотреть иной срок доставки грузов. В настоящее время утверждены в установленном порядке и зарегистрированы в Министерстве юстиции Российской Федерации (23 июня 2003 г. N 4816) Правила исчисления сроков доставки грузов железнодорожным транспортом. В соответствии с указанными Правилами исчисление срока доставки груза начинается с 0 часов дня, следующего за днем документального оформления приема груза для перевозки, указанного в оригинале накладной и в дорожной ведомости в графе "Календарные штемпеля" в корешке дорожной ведомости и в квитанции о приеме груза в графе "Календарный штемпель перевозчика на станции отправления". Грузы считаются доставленными в срок, если на железнодорожной станции назначения они выгружены перевозчиком или если вагоны, контейнеры с грузами поданы для выгрузки грузополучателям до истечения установленного срока доставки. На речном транспорте действуют почти такие же правила, как и на железной дороге (ст. 76 КВВТ). На автомобильном транспорте (ст. 69 УАТ) действующие правила устанавливают сроки доставки грузов только для междугородных перевозок, а в остальных случаях они могут быть оговорены в договоре.

На морском транспорте перевозчик обязан доставлять грузы в сроки, которые установлены соглашением сторон; при отсутствии соглашения - в срок, который разумно требовать от заботливого перевозчика с учетом конкретных обстоятельств, и обычным маршрутом (ст. 152 КТМ).

Грузоотправители могут предъявлять подготовленные к перевозкам грузы с объявлением их ценности. За объявленную ценность грузов взимаются сборы (дополнительная плата), указанные в тарифном руководстве либо договором.

Транспортное законодательство (за исключением УЖТ) предусматривает возможность объявления ценности груза исходя из ст. 796 ГК, в которой предусмотрено, что в случае утраты груза или багажа, сданного к перевозке с объявленной ценностью, перевозчик несет ответственность в размере объявленной стоимости груза или багажа. Это положение нашло свое отражение во всех транспортных кодексах (ст. 119 КВВТ, ст. 169 КТМ, ст. 119 ВК, ст. 135 УАТ). Статья 16 УЖТ устанавливает, что грузоотправители могут предъявлять грузы для перевозок с объявленной ценностью. Особо подчеркивается, что перевозка грузов с объявлением их ценности

осуществляется в соответствии с Правилами перевозок грузов железнодорожным транспортом. В Правилах установлено, что объявление грузоотправителем ценности грузов обязательно при предъявлении для перевозки следующих грузов: драгоценных металлов, камней и изделий из них; музейных и антикварных ценностей, предметов искусства и иных художественных изделий; грузов для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Статья 16 УЖТ предусматривает, что за перевозки грузов с объявленной ценностью взимаются сборы, ставки которых устанавливаются тарифным руководством.

Федеральный орган исполнительной власти в области железнодорожного транспорта, утвердивший эти Правила, пытается подправить федеральный закон (каковым является Устав железнодорожного транспорта), внеся в Правила следующие положения: если перевозчик докажет, что объявленная ценность груза превышает действительную его стоимость, то перевозчик возмещает грузоотправителю именно действительную его стоимость в случае причинения грузу с объявленной ценностью ущерба при его транспортировке. Подобная статья была когда-то включена в Устав железных дорог 1964 г. (ст. 43), и редакция ее была более конкретной и четкой. В статье было установлено, что в случае разногласий между грузоотправителем и станцией отправления стоимость груза определяется экспертизой, о чем составляется акт. В ныне действующем Уставе подобной оговорки нет. Нет ее и в Правилах, и поэтому непонятно, каким образом перевозчик будет определять действительную стоимость груза. Полагаем, что действующая редакция Правил противоречит федеральному закону.

С этой точкой зрения не согласен Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. В п. 38 Постановления Пленума от 6 октября 2005 г. N 30 он разъяснил, что при обнаружении явного несоответствия объявленной грузоотправителем стоимости груза его действительной стоимости арбитражный суд может рассмотреть вопрос о возможности квалификации действий грузоотправителя по предъявлению перевозчику требования, основанного на объявленной стоимости груза, как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ).

По общему правилу грузы, нуждающиеся в затаривании, должны предъявляться к перевозке в исправной таре, обеспечивающей безопасность движения, сохранность грузов, транспортных средств (ст. 18 УЖТ, ст. 139 КТМ, ст. 69 КВВТ, ст. 52 УАТ). Требования к таре и упаковке грузов, качеству продукции должны предусматриваться стандартами, техническими условиями. Перевозчики освобождаются от ответственности за утрату груза вследствие дефектов тары, только доказав, что они не могли быть замечены по наружному виду при приеме груза к перевозке.

Перевозка грузов на железнодорожном транспорте оформляется накладной и квитанцией о приеме груза, которые являются основными транспортными документами (ст. 25 УЖТ). Накладная содержит все необходимые сведения о перевозимом грузе, степени использования грузоподъемности вагона (контейнера), скорости перевозки, времени принятия груза к перевозке и т.д. Отсутствие накладной свидетельствует об отсутствии договора перевозки, поскольку договор перевозки относится к числу формальных сделок и его наличие и содержание могут быть подтверждены только письменными документами. Статья 25 УЖТ подчеркивает, что железнодорожная накладная и выданная на ее основании перевозчиком грузоотправителю квитанция о приеме груза подтверждают заключение договора перевозки груза.

Перевозчику предоставлено право проверять правильность сведений, указанных грузоотправителем в накладной. Что касается проверки веса груза, сдаваемого к перевозке, то перевозчику, в соответствии со ст. 27 Устава железнодорожного транспорта, предоставлено право проверять вес грузов путем выборочного взвешивания. Составляется также дорожная ведомость, которая вместе с накладной следует с грузом на станцию назначения и остается там. Корешок дорожной ведомости остается на станции отправления. По сути дела, это контрольные документы, по которым можно проследить движение груза от станции отправления до станции назначения. В тех случаях, когда груз перевозится в контейнере, составляются такие же документы, однако применяется специальная форма накладной, которая заполняется с учетом особенностей перевозок грузов в таком специальном транспортном средстве, каким является контейнер.

На морском транспорте система накладных применяется при прямых смешанных перевозках и перевозках нефтеналивных грузов в Каспийском бассейне. Во всех остальных случаях оформление договора морской перевозки грузов в основном осуществляется с помощью чартера и коносамента (ст. ст. 117 и 142 КТМ). Коносамент выполняет три функции: а) доказательства наличия договора морской перевозки грузов и его содержания; б) расписки, удостоверяющей принятие груза перевозчиком; в) товарораспределительного документа на груз, обеспечивающего распоряжение самим грузом. Коносамент составляется по определенной форме, является товарной ценной бумагой и может быть именным, ордерным или на предъявителя. Именные коносаменты составляются на имя определенного получателя; ордерные коносаменты - это выданные "приказу отправителя" либо содержащие наименование получателя с указанием, что коносамент выдан "приказу получателя". В каботажных перевозках используются только именные коносаменты. Коносамент на предъявителя может передаваться посредством простого вручения.

В соответствии со ст. 144 КТМ в коносамент должны быть включены следующие данные:

1) наименование перевозчика и место его нахождения;

2) наименование порта погрузки согласно договору морской перевозки груза и дата приема груза перевозчиком в порту погрузки;

3) наименование отправителя и место его нахождения;

4) наименование порта выгрузки согласно договору морской перевозки груза;

5) наименование получателя, если он указан отправителем;

6) внешнее состояние груза и его упаковка;

7) фрахт в размере, подлежащем уплате получателем, или иное указание на то, что фрахт должен уплачиваться им;

8) время и место выдачи коносамента;

9) число оригиналов коносамента, если их больше, чем один;

10) подпись перевозчика или действующего от его имени лица.

По соглашению сторон в коносамент могут быть внесены иные данные и оговорки.

Наличие и содержание договора морской перевозки могут подтверждаться чартером. Чартер должен содержать наименование сторон, название судна, указание на род и вид груза, размер фрахта, наименование места погрузки груза, а также наименование места назначения или направления судна. По соглашению сторон в чартер могут быть внесены иные условия и оговорки.

Конкретные договоры чартера, как правило, заключаются на основе типовых форм, которые разрабатываются организациями судовладельцев исходя из сложившихся в течение длительного времени морских торговых обычаев. Таковы, например, Зерновой рейсовый чартер 1966 г., пересмотренный в 1971 г. (кодовое название "Грейнвой"), Всеобщий универсальный чартер Балтийского и международного морского совета (пересмотренный в 1922, 1976 и 1994 гг.) под кодовым названием "Дженкон" <1>.

_____

<1> См.: Залесский В.В. Транспортные договоры. М., 2001. С. 18.

На речном транспорте составляются такие же документы, что и на железнодорожном транспорте. Это предусмотрено ст. 67 КВВТ.

При приемке груза к перевозке на воздушном транспорте составляется грузовая накладная (ст. 105 ВК), причем ей предшествует составление отправителем накладной отправителя. На основании накладной отправителя перевозчик заполняет грузовую накладную, которая остается в пункте назначения, а грузополучателю выдается накладная отправителя <1>. На автомобильном транспорте при перевозке грузов товарного характера составляется товарно-транспортная накладная (ст. 47 УАТ). Таким образом, в настоящее время прием грузов к перевозке оформляется накладной (на железнодорожном, речном, воздушном, автомобильном и в отдельных случаях на морском транспорте) и коносаментом (на морском транспорте).

_____

<1> См.: п. 5.4.1 Правил перевозок пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях СССР.

В целях обеспечения сохранности грузов, находящихся в процессе перевозки, двери вагонов, контейнеров, трюмов судов (грузовые помещения) должны быть опломбированы. Опломбирование вагонов, контейнеров, трюмов судов (грузовых помещений) осуществляется либо перевозчиком, либо грузоотправителем, указанным в перевозочных документах, в зависимости от того, кем производится погрузка. Исключение составляют вагоны, контейнеры с грузами для личных (бытовых) нужд, после погрузки которых их опломбирование осуществляется по усмотрению и за счет отправителей таких грузов либо перевозчиком, либо выступающей от имени отправителя транспортно-экспедиционной организацией.

Необходимость опломбирования вагонов, контейнеров, грузовых помещений судов возникает и в пути следования. Если обнаружено отсутствие запорно-пломбировочных устройств на вагонах, контейнерах, грузовых помещениях судов, они пломбируются в соответствии с правилами перевозок грузов, действующими на различных видах транспорта.

Опломбирование вскрывающихся для таможенного досмотра вагонов, контейнеров, грузовых помещений судов осуществляется таможенными органами, которые составляют в этих случаях акт досмотра и прикладывают его к перевозочным документам. В тех случаях, если груз прибыл с исправными таможенными пломбами и при исправной перевозке, перевозчики освобождаются от выдачи груза и не могут нести ответственность за его несохранность.

Объективным доказательством отсутствия доступа к грузу при его перевозке является сочетание исправности транспортного средства с исправностью запорно-пломбировочного устройства на прибывшем транспортном средстве. Тем не менее при прибытии грузов в транспортном средстве с исправными запорно-пломбировочными устройствами, установленными самими перевозчиками, данные перевозчики обязаны проверить состояние и массу груза.

§ 6. Основания прекращения договора перевозки

Доставкой и выдачей груза, поступившего в адрес грузополучателя, завершается исполнение перевозочного обязательства. В зависимости от того, исполнено обязательство в точном соответствии с его условиями или нет, либо оно прекращается (исполнением), либо изменяется его содержание, возникает обязанность перевозчика возместить ущерб. Неслучайно порядок выдачи и принятия груза, поступившего в адрес грузополучателя, приобретает важное юридическое значение и подробно регламентируется в транспортных уставах, кодексах и правилах перевозки грузов на различных видах транспорта.

Соблюдение установленного порядка и соответствующее оформление выдачи-приемки груза имеют решающее значение для выявления обстоятельств, при которых возникли недостача, порча или повреждение груза. Нарушение перевозчиком или грузополучателем установленных правил выдачи-приемки груза порой приводит к невозможности установить, по чьей вине груз поврежден или утрачен. Выдача груза является конечным моментом, до которого простирается ответственность перевозчика.

В связи с этим немаловажное значение имеет момент, в который выдача груза считается совершенной. Момент выдачи груза определяется в зависимости от места, где эта операция выполняется, и от того, кем осуществляется выгрузка.

При перевозках грузов в контейнерах на отдельных видах транспорта при транспортно-экспедиционном обслуживании, которое производится на основании договоров предприятий (организаций) грузополучателей с органами автотранспорта, выдача перевозчиком контейнера (на железнодорожном, морском и речном транспорте) завершается в момент передачи груза шоферу автотранспортного предприятия.

На автомобильном транспорте выдача груза в контейнере завершается в момент передачи его на складе грузополучателя. При централизованном вывозе грузов в контейнерах (на железнодорожном, речном и морском транспорте) выдача груза получателю завершается в момент передачи контейнера шоферу автотранспортного предприятия на складе грузополучателя.

При поступлении грузов в вагонах на подъездной путь грузополучателя выдача груза завершается в момент передачи этого вагона приемосдатчиком грузополучателю и его росписи в приемке. При поступлении грузов в порты, пристани, на пути общего пользования - в момент передачи груза представителю получателя и его росписи в транспортных документах.

Грузополучатель обязан принять поступивший в его адрес груз (ст. 36 УЖТ, ст. 79 КВВТ, ст. 72 УАТ, п. 44 Общих правил морской перевозки грузов, пассажиров и багажа, ст. 111 ВК). Учитывая большую важность для перевозчиков своевременного принятия грузополучателями прибывающих в их адрес грузов, уставы и кодексы признают эту обязанность безусловной, за исключением случая, когда качество груза вследствие порчи или повреждения изменилось настолько, что исключается возможность его полного или частичного использования (ст. 36 УЖТ, ст. 79 КВВТ, ст. 72 УАТ, ст. 111 ВК). На морском транспорте это исключение не применяется.

Невозможность использования груза должна быть установлена экспертом в порядке, предусмотренном законом. Если экспертом будет установлено, что возможен ремонт груза, получатель обязан принять его, а перевозчик - возместить затраты, связанные с ремонтом. Правомерность отказа грузополучателя от принятия груза в спорных случаях должна решаться арбитражным судом на основании тщательного изучения обстоятельств дела, заключения экспертизы.

В транспортном законодательстве по-разному решается вопрос о грузе, который был утрачен, а затем найден. В соответствии с Общими правилами морской перевозки грузов, пассажиров и багажа (п. 132), Правилами перевозки на воздушном транспорте (п. 8.6.3) грузополучатель обязан в этих случаях принять груз и возвратить перевозчику уплаченную последним сумму за утрату груза. В Уставе автомобильного транспорта (ст. 140) говорится, что грузополучатель вправе потребовать выдачи ему этого груза, возвратив полученное за его утрату или недостачу возмещение. В ст. 45 Устава железнодорожного транспорта и в ст. 117 Кодекса внутреннего водного транспорта установлено, что если груз прибыл по истечении установленного срока, грузополучатель может получить его при условии возврата перевозчику суммы, полученной им за утрату груза.

Таким образом, если на морском и воздушном транспорте грузополучатель обязан принять найденный груз, то на автомобильном транспорте он вправе требовать его выдачи, а на железнодорожном и речном транспорте может его получить, возвратив полученную в качестве компенсации сумму за его утрату.

Следует отметить, что нельзя отождествлять нормы, согласно которым грузополучатель обязан принять поступивший в его адрес груз, с нормами, обязывающими получателя принять груз, который считался утраченным и был впоследствии найден.

Так, грузополучатель обязан принять поступивший в его адрес груз, который мог быть отправлен в его адрес в соответствии с заключенным договором <1>.

_____

<1> См.: ст. 514 Гражданского кодекса. В случае, когда покупатель (получатель) в соответствии с законом или договором поставки отказывается от поступившего в его адрес товара, он обязан обеспечить сохранность этого товара (ответственное хранение) и незамедлительно уведомить поставщика.

В отношении груза, который считался утраченным, но впоследствии был найден, складывается совершенно другая ситуация.

Грузополучатель ждал определенный груз, который ему был необходим в данное время. По истечении какого-либо времени, когда надобность в данном грузе отпала и перевозчик оплатил его стоимость, груз находится, и перевозчик требует, чтобы он был принят получателем. В данном случае получатель, приняв груз, который ему уже не нужен, не может взыскивать понесенные им убытки (за исключением штрафа за просрочку в доставке груза, что обычно составляет небольшую сумму).

Грузополучатель вынужден нести убытки из-за отсутствия должного порядка у перевозчика. В связи с этим следует заключить, что редакция ст. 140 Устава автомобильного транспорта, ст. 45 Устава железнодорожного транспорта и ст. 117 Кодекса внутреннего водного транспорта наиболее правильно определяют положение получателя.

В зависимости от места выдачи груза и от того, прибыл ли груз в транспортном средстве без внешних признаков повреждения, а также в зависимости от некоторых других признаков установлен различный порядок выдачи грузов.

Грузы, прибывшие в исправном транспортном средстве с неповрежденными запорно-пломбировочными устройствами грузоотправителя, выдаются грузополучателю без проверки количества мест, состояния и веса груза.

Если транспортное средство прибыло в пункт назначения с техническими неисправностями, в результате которых возникла возможность доступа к грузу или его повреждения, или с какими-либо неисправностями запорно-пломбировочных устройств, перевозчик по требованию получателя и с его участием или по своей инициативе обязан вскрыть транспортное средство, произвести проверку количества мест, веса и состояния груза и при необходимости составить коммерческий акт либо акт установленной формы.

Все транспортные уставы и кодексы устанавливают, что обстоятельства, которые могут служить основанием для материальной ответственности транспортной организации, грузоотправителей и грузополучателей, удостоверяются составляемыми перевозчиками коммерческими актами или актами общей формы (ст. 119 УЖТ, ст. 160 КВВТ, ст. 402 КТМ, ст. 157 УАТ, ст. 124 ВК).

Коммерческим актом удостоверяются, как правило, такие обстоятельства, которые в дальнейшем могут явиться основанием возложения на перевозчика ответственности за несохранность груза и в то же время требуют подробной и точной фиксации фактов.

К ним относятся: а) несоответствие между наименованием, весом или количеством груза в натуре и данными, указанными в перевозочном документе; б) повреждение и порча груза; в) обнаружение груза без документов или документов без груза; г) возвращение перевозчику похищенного груза из транспортного средства.

Коммерческий акт составляется:

- при выгрузке грузов в местах общего пользования - в день выгрузки, в соответствующих случаях - в день выдачи грузов грузополучателю;

- при выгрузке грузов в местах необщего пользования - в день выгрузки грузов, при этом проверка грузов должна проводиться в процессе их выгрузки и непосредственно после выгрузки грузов;

- в пути следования грузов - в день обнаружения обстоятельств, подлежащих оформлению коммерческим актом.

При невозможности составить коммерческий акт в указанные выше сроки он должен быть составлен в течение следующих суток.

На железнодорожном транспорте недостача или излишки грузов, перевозимых навалом, насыпью или наливом с перевалкой либо перегрузкой в пути, отгруженных одним грузоотправителем в адрес одного грузополучателя и прибывших в исправных вагонах без признаков утраты в пути следования, определяются по результатам проверки всей партии одновременно выданных грузов и оформляются одним коммерческим актом.

Коммерческий акт, как правило, составляется в трех экземплярах и заполняется без помарок, подчисток и каких-либо исправлений.

В коммерческом акте должны содержаться:

- точное и подробное описание состояния грузов и тех обстоятельств, при которых обнаружена несохранность грузов. Не допускается вносить в коммерческий акт какие-либо предположения и выводы о причинах этой несохранности либо виновности грузоотправителя или

перевозчика. На вопросы, содержащиеся в бланке коммерческого акта, даются точные ответы. Не допускается проставление прочерков, знаков повтора вместо повторения необходимых данных;

- данные о том, правильно ли погружены, размещены и закреплены грузы, а также имеется ли защитная маркировка для грузов, перевозимых в открытом подвижном составе либо на палубе судов. При неправильных погрузке, размещении или креплении грузов в коммерческом акте указывается, какое из этих нарушений допущено.

Лица, составившие или подписавшие коммерческий акт, содержащий недостоверную информацию, несут ответственность, установленную законодательством Российской Федерации.

Коммерческий акт подписывают грузополучатель, если он участвует в проверке грузов, и работники транспортной организации, перечень которых устанавливается правилами составления актов на соответствующем виде транспорта. По требованию получателя коммерческий акт должен быть выдан в течение трех дней.

В случае отказа перевозчика от составления коммерческого акта или оформления его с нарушением грузополучатель имеет право до вывоза груза со станции (порта, пристани) подать об этом письменное заявление перевозчику на железнодорожном транспорте, руководителю речного и морского портов о неправомерности такого отказа или об иных нарушениях. Перевозчик (порт, пристань) на заявление об отказе в составлении коммерческого акта или об оформлении его с нарушением установленных требований обязан дать грузополучателю мотивированный ответ по существу заявления в отношении скоропортящихся грузов в течение одного дня, в отношении других грузов - в течение трех дней со дня получения заявления.

Представители сторон, участвующие в составлении коммерческого акта, не вправе отказаться от его подписания. В случае несогласия с содержанием коммерческого акта представители сторон вправе изложить свое мнение.

Обжалование действий перевозчиков при отказе в составлении коммерческого акта имеет немаловажное значение при предъявлении претензии к перевозчику при отсутствии коммерческого акта. В этом случае помимо документов, представление которых необходимо при предъявлении претензии, грузополучателем вместо коммерческого акта представляется документ, которым отказ в составлении коммерческого акта был обжалован (ст. 119 УЖТ, ст. 160 КВВТ, ст. 405 КТМ). Наличие акта приемки продукции и доказательств об обжаловании отказа перевозчика составить коммерческий акт дает основание для предъявления претензии и иска к перевозчику и грузоотправителю <1>.

_____

<1> См.: п. 43 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда от 6 октября 2005 г. N 30.

И хотя данные указания Пленума касаются железнодорожных перевозок грузов, представляется, что они могут быть распространены и на другие виды перевозок грузов, в настоящее время учитывая однотипность возникающих отношений. Кроме того, ст. 124 Воздушного кодекса указывает, что отсутствие коммерческого акта не лишает грузоотправителя, грузополучателя права на предъявление претензии или иска.

Более того, ст. 796 Гражданского кодекса подчеркивает, что составленный перевозчиком в одностороннем порядке коммерческий акт должен оцениваться арбитражным судом наряду с другими документами, удостоверяющими обстоятельства, которые могут служить основанием для ответственности перевозчика, отправителя либо получателя груза <1>.

<1> Подобная запись содержалась еще в инструктивном указании Госарбитража СССР от 12 мая 1971 г. N И-1-14 (ныне действующем), в п. 5 которого было установлено, что "коммерческие акты являются одним из доказательств, которые необходимо рассматривать в совокупности со всеми другими доказательствами, представляемыми сторонами". Поэтому не совсем верно утверждение В.В. Витрянского о том, что "в ГК содержится еще одна новелла, имеющая принципиальное значение в деле повышения ответственности перевозчика за необеспечение сохранности перевозимого груза (багажа)". Имеется в виду п. 4 ст. 796 Гражданского кодекса (см.: Витрянский В.В. Договор перевозки. М., 2001. С. 239).

При оценке данных, изложенных в коммерческом акте грузоотправителем, грузополучателем, следует внимательно ознакомиться с его содержанием, так как коммерческие акты нередко составляются с нарушением установленных правил, что не всегда отмечается грузоотправителями, грузополучателями. При этом следует иметь в виду, что:

а) в соответствии с действующим транспортным законодательством (в качестве примера используется законодательство, действующее на железнодорожном транспорте) коммерческий акт составляется в день выгрузки грузов (в местах необщего пользования) либо в день выдачи грузов грузополучателю (в местах общего пользования). При невозможности составить коммерческий акт в указанные сроки он должен быть составлен в течение следующих суток (п. 2.2 Правил

составления актов). На практике, при внимательном ознакомлении с содержанием коммерческого акта, нередко выясняется, что коммерческий акт составлен с нарушением указанных выше сроков (т.е. спустя три-четыре дня), что дает основание признать его документом, не имеющим юридической силы;

б) коммерческий акт составляет и подписывает в сроки, предусмотренные в п. 2.10 Правил составления актов, грузополучатель-предприниматель, если он участвует в проверке грузов. На железнодорожном транспорте большая часть грузов выдается на подъездных путях грузополучателя. Наиболее распространенным при этом является следующее нарушение: при выгрузке груза в местах необщего пользования грузополучателем акт не подписывается, хотя в акте указывается, что представитель грузополучателя принимал участие в проверке груза. Подобное нарушение ставит под сомнение достоверность сведений, изложенных в коммерческом акте.

В тех случаях, когда груз поступил в пункт назначения испорченным или поврежденным, должен быть составлен акт экспертизы.

Экспертиза должна проводиться по инициативе перевозчика либо по требованию грузополучателя с обязательным участием представителя перевозчика, так как экспертиза, проведенная без участия представителя перевозчика или грузополучателя, в случае поступления груза в пункт назначения в поврежденном состоянии считается недействительной. О проведенной экспертизе делается отметка в коммерческом акте.

Устав железнодорожного транспорта (ст. 42) расширил это положение, указав, что в случае уклонения перевозчика от вызова эксперта или специалиста в соответствующей области или уклонения перевозчика, грузополучателя от участия в проведении экспертизы соответствующая сторона вправе провести экспертизу без участия уклоняющейся стороны, предварительно уведомив ее о проведении экспертизы в письменной форме, если такая форма не предусмотрена соглашением сторон. Расходы, связанные с проведением экспертизы, оплачиваются стороной, заказавшей экспертизу, с последующим отнесением расходов на сторону, виновную в недостаче, порче или повреждении груза.

Иной порядок предусмотрен на автомобильном транспорте. Согласно § 5 Правил составления актов на автомобильном транспорте <1> при отказе перевозчика от составления акта или внесения записи в товарно-транспортные накладные в случаях недостачи, порчи или повреждения груза акт составляется с участием представителя незаинтересованной организации.

<1> См.: Правила перевозок груза автотранспортом в РСФСР, утвержденные Министерством автомобильного транспорта РСФСР 30 июля 1971 г. Раздел 10.

Для удостоверения иных обстоятельств оформляются акты общей формы и другие акты в порядке, установленном Правилами перевозок грузов на соответствующем виде транспорта. При этом следует иметь в виду, что акт общей формы также служит основанием для ответственности участников договора перевозки грузов. Им удостоверяются такие обстоятельства, которые не требуют составления коммерческого акта. В отличие от коммерческого акта, оформляемого только в определенных случаях (их перечень является исчерпывающим), акт общей формы составляется как в случаях, предусмотренных Правилами составления актов, так и во всех иных случаях, когда того требуют обстоятельства дела. Отказ в составлении акта общей формы грузоотправитель или грузополучатель вправе обжаловать в установленном порядке.

Помимо коммерческого акта и акта общей формы, которые составляются как при выдаче грузов, так и при иных обстоятельствах, в случаях обнаружения порчи или подмочки груза в транспортном средстве вследствие неисправного технического состояния на всех видах транспорта (кроме воздушного) составляется акт о техническом состоянии транспортного средства.

Акт о техническом состоянии должен составляться в день обнаружения неисправности и не позднее дня составления коммерческого акта.

Надлежаще и своевременно составленный акт о техническом состоянии транспортного средства имеет немаловажное значение при определении характера дефектов и установлении субъекта ответственности. Однако, как справедливо указывает О.Н. Садиков, технические акты, как правило, весьма кратки и лишь называют характер выявленного дефекта; технические акты, как известно, составляют работники станций и вагонных служб, и здесь, несомненно, проявляется ведомственность: стремление освободить перевозчика от возможной имущественной ответственности <1>.

<1> См.: Садиков О.Н. Арбитражные споры по договорам железнодорожной перевозки // Комментарий арбитражной практики. Вып. 1. М., 1968. С. 32.

Если при передаче грузов с водного транспорта на железнодорожный или автомобильный или наоборот будут обнаружены недостача, порча, либо повреждение груза, либо несоответствие контрольных знаков на запорно-пломбировочном устройстве знакам, указанным грузоотправителем в накладной, сдающая сторона обязана проверить находившийся в вагоне или контейнере груз по вложенной фактуре и составить коммерческий акт о результатах проверки и опломбировать вагон или контейнер своим запорно-пломбировочным устройством, о чем сделать соответствующую запись в коммерческом акте с указанием контрольных знаков пломб, наложенных после проверки, и указанием в передаточных ведомостях даты и номера акта.

Указанный акт выполняет при этом две функции.

Он устанавливает обстоятельства, на основе которых впоследствии решается вопрос об ответственности отправителя или транспортной организации за несохранность перевозимого в вагоне (контейнере) груза. Кроме того, в случае отсутствия вины отправителя на основании данных коммерческого акта распределяется ответственность между соперевозчиками.

Поскольку Правила перевозок грузов в прямом смешанном сообщении в § 52 и 91 указывают на коммерческий акт как на единственную форму фиксации соответствующих обстоятельств, последние не могут подтверждаться никакими другими средствами доказывания. Если из материалов дела усматривается, что несохранность не была зафиксирована коммерческим актом пункта перевалки, при отсутствии данных об ответственности грузоотправителя ответственность возлагается на конечного перевозчика.

Грузы, следующие в адрес грузополучателя в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении, принимаются, как правило, без проверки веса, количества мест, если они прибыли в исправных вагонах (контейнерах) с исправными пломбами станции перевалки. Вместе с тем перевалка грузов с водного транспорта на железнодорожный и обратно имеет свою специфику.

Согласно § 55 Правил перевозок грузов в прямом смешанном сообщении снятие пломб с груженых вагонов, подаваемых в порты (пристани) под выгрузку, а равно и пломбирование вагонов, загруженных в портах (пристанях) грузами, перевозимыми в прямом смешанном сообщении, производятся железной дорогой. Однако загрузка в вагоны, которые затем пломбируются представителями железной дороги, производится силами порта. При подобных обстоятельствах более правильной была бы выдача груза грузополучателю с обязательной проверкой веса, количества мест и состояния груза.

Глава 7. ДОГОВОР БУКСИРОВКИ

§ 1. Понятие договора буксировки

Отношения, связанные с буксировкой судов, плотов и иных плавучих объектов, регулируются в КТМ и КВВТ. В ст. 88 (гл. XII) Кодекса внутреннего водного транспорта дается определение договора буксировки, в соответствии с которым одна сторона (буксировщик) обязуется своевременно и в сохранности отбуксировать судно, плот или иной плавучий объект в порт назначения с соблюдением условий буксировки и сдать его получателю, указанному в транспортной накладной, а другая сторона (отправитель) обязуется предъявить буксируемый объект для буксировки и оплатить ее.

В Кодексе торгового мореплавания, в соответствии с договором буксировки, владелец одного судна обязуется за вознаграждение буксировать другое судно или иной плавучий объект на определенное расстояние (морская буксировка) либо для выполнения маневров на акватории порта, в том числе для ввоза судна или иного плавучего объекта в порт либо вывода их из порта (портовая буксировка), т.е. в Кодексе дается несколько иное определение договора буксировки, нежели то, которое дано в Кодексе внутреннего водного транспорта, хотя и морской и речной перевозчик совершают одинаковые действия.

Отличие договора буксировки от договора перевозки грузов заключается прежде всего в том, что буксировка, как правило, осуществляется с непременным участием назначенного отправителем экипажа, которому предстоит сопровождать буксируемый объект (а такими объектами могут быть суда, плоты и иные плавучие объекты). Этот экипаж не передается буксировщику, оставаясь тем самым до момента его передачи получателю в обладании отправителя, что явно выходит за пределы договора перевозки груза.

Все сказанное позволяет сделать вывод, что в договоре буксировки участвуют буксировщик и владелец буксируемого объекта - предприниматель. Объектом данного правоотношения является то, что буксируют, а юридическими действиями - сама деятельность по буксировке. Осуществляя эту деятельность, буксировщик приобретает право на плату со стороны обслуживаемого им клиента - предпринимателя.

Договор буксировки является взаимным и возмездным. Это усматривается из того, что буксировщик обязан осуществить буксировку, но имеет право на вознаграждение, а владелец буксируемого объекта обязан уплатить вознаграждение, но имеет право на выполнение операций

по буксировке. Возмездность договора буксировки вытекает из того обстоятельства, что за оказываемые услуги буксировщик получает определенное вознаграждение от владельца буксируемого объекта - предпринимателя.

Договор буксировки, как правило, является договором консенсуальным, так как прежде, чем приступить к его составлению, стороны должны договориться о времени подачи тяги, индивидуальных особенностях подлежащего буксированию объекта и т.д. В тех же случаях, когда между сторонами заключен долгосрочный (навигационный) договор, в котором уточнены и конкретизированы объемы, сроки и другие условия предоставления транспортных средств и объектов буксировки с обозначением времени и места подачи тяги, такой договор считается заключенным в момент сдачи объекта буксировки (например, плота) буксировщику и является реальным договором.

Как справедливо отмечал в свое время И.В. Алексеев, "договор буксировки - это самостоятельный договор, полностью выделившийся из договора перевозки, подобно тому, как в свое время договор перевозки выделился из договора подряда и стал самостоятельным договором" <1>.

<1> Алексеев И.В. Юридическая природа договора буксировки в советском морском и внутренневодном праве // Ученые записки Пермского ун-та. Т. 19. 1961. Вып. 4. С. 38.

При исполнении договора буксировки на владельца буксирующего судна возлагается одна обязанность: ему предоставляется только буксирная тяга и он отвечает лишь за безопасность буксировки. Перевозчик по договору перевозки имеет дело с грузом, а буксировщик - с плавучим объектом <1>.

<1> Весьма детально договор буксировки анализируется М.И. Брагинским в гл. X "Договор буксировки" в кн. 4 "Договорного права" (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга четвертая. М.: Статут, 2007. С. 546 - 594).

Правовое регулирование действий при буксировке осуществляется в рамках действующих транспортных уставов и кодексов.

§ 2. Виды договоров буксировки

Статья 225 Кодекса торгового мореплавания и ст. 88 Кодекса внутреннего водного транспорта в зависимости от характера задания, возложенного на буксировщика, различают два вида буксировки: буксировку другого судна или иного плавучего объекта на определенное расстояние; буксировку для выполнения маневра (портовая буксировка).

Наиболее распространенный вид буксировки - это буксирование объекта на определенное расстояние, например из одного порта в другой.

Буксировка для выполнения маневра, как правило, заключается в перемещении объекта буксировки в пределах акватории порта (например, для создания удобства при разгрузке судно перемещают от одного причала к другому).

Рассматриваемый договор по сфере применения выступает в виде договоров морской или речной буксировки, которые, безусловно, имеют свои особенности при их исполнении.

§ 3. Форма договора буксировки и его условия

В соответствии со ст. 227 Кодекса торгового мореплавания договор морской буксировки заключается, как правило, в письменной форме. Заключение договора буксировки в письменной форме установлено не случайно, так как соглашение о возложении обязанностей по управлению буксировкой на капитана буксирующего судна может быть доказуемо исключительно письменными доказательствами.

Буксировка судов и иных крупных несамоходных объектов между портами оформляется письменными договорами, составленными по произвольной форме. Как правило, в эти договоры в обязательном порядке включаются следующие положения: место отправления и назначения, права и обязанности сторон, их ответственность за нарушение договора. В договор также включаются пункты об особенностях буксируемого объекта, которые могут повлиять на безопасность буксировки.

Вместе с тем КТМ допускает определенные исключения. Статья 227, например, устанавливает, что договор портовой буксировки может быть заключен в устной форме. Это, как правило, допускается в отношении договора портовой буксировки.

Вместе с тем такое существенное условие договора, как возложение обязанностей по управлению буксировкой на капитана буксирующего судна, должно быть подтверждено в письменной форме <1>.

<1> См.: Комментарий к Кодексу торгового мореплавания / Под ред. Г.Г. Иванова. М., 2000. С. 386.

В договоре морской буксировки обычно не определяются сроки завершения буксировки. Это прежде всего связано с тем, что владелец буксирующего судна не может гарантировать движение каравана с предварительно установленной скоростью. Вместе с тем в договоре, как правило, предусматривается, что владелец буксирующего судна и его капитан должны приложить все усилия к тому, чтобы осуществить буксировку без перерыва и задержек, которые не вызываются необходимостью.

В соответствии с договором владелец буксирующего судна обязан предоставить в распоряжение владельца буксируемого судна укомплектованное квалифицированным и опытным экипажем, подготовленное во всех отношениях к буксировке и удовлетворяющее требованиям, связанным с перегоном, буксирное судно.

Владелец буксира обязан проявить должную заботливость по приведению его в мореходное состояние в месте отправления и обеспечить во всех отношениях его готовность к осуществлению буксировки; вместе с тем владелец буксира не гарантирует это состояние в процессе всей буксировки.

Обязанность предоставить буксирное оборудование (тросы и т.п.) лежит на владельце буксира. Он может использовать без дополнительной оплаты оборудование буксируемого судна (якоря и якорные цепи, средства связи и т.п.). Кодекс торгового мореплавания не конкретизирует, какими документами подтверждается заключение договора буксировки. Презюмируется, что на эти отношения распространяется общий порядок, действующий на морском транспорте, при заключении договора перевозки.

Иной порядок заключения договора буксировки действует на речном транспорте. В отличие от КТМ в ст. 88 КВВТ установлено, какие документы составляются при заключении договора буксировки.

При предъявлении плота или судна к буксировке его владелец обязан представить перевозчику надлежаще заполненную накладную, а перевозчик обязан выдать ему квитанцию, подтверждающую прием буксируемого объекта для буксировки. К накладной на буксировку плота должны быть приложены: спецификация с указанием в ней количества сплоточных единиц, сорта, породы, размера и количества леса в кубических метрах в каждой сплоточной единице, а также фактура, в которой дается полное и точное наименование такелажа и оборудования с указанием процента годности, а по тросам и цепям - с указанием диаметра и длины каждого конца.

Транспортная накладная, составленная в соответствии с установленным порядком, и оформленные на основании такой накладной дорожная ведомость и квитанция о приеме буксируемого объекта для буксировки подтверждают заключение договора буксировки.

Из этого можно сделать вывод, что договор буксировки на речном транспорте всегда оформляется в письменной форме. При необходимости осуществления систематических буксировок стороны могут заключить договор об организации буксировок, в котором устанавливаются ответственность сторон, объем и сроки буксировок, условия предъявления буксируемых объектов для буксировок, осуществление буксировок, оплаты буксировок и расчетов за них, а также иные условия организации буксировок.

§ 4. Права и обязанности сторон

Каждая из сторон по договору буксировки обязана заблаговременно привести свое судно (объект буксировки) в состояние, годное для буксировки. Буксировщик обязан подать тягу в установленный срок и в заранее определенное место для осуществления буксировки. Кроме того, буксирующее судно по своим техническим данным должно соответствовать требованиям конкретной буксировки, а на морском транспорте - общему требованию мореходности.

Владелец буксирующего судна не отвечает за недостатки своего судна, если докажет, что они не могли быть обнаружены при проявлении им должной заботливости (скрытые недостатки).

Буксировщик обязан осмотреть передаваемый ему для буксировки объект с точки зрения годности его к плаванию и к буксировке. Если им будут обнаружены дефекты, он должен потребовать их устранения, причем необходимое для этого время рассматривается перевозчиком как просрочка, допущенная владельцем буксируемого объекта. При этом на речном транспорте составляется акт с подробным перечнем дефектов и с указанием времени их устранения (ст. 91 КВВТ). По устранении дефектов производится вторичный осмотр буксируемого объекта (плота), и если дефекты устранены, то представитель перевозчика отмечает это в акте, после чего

буксируемый объект (плот) считается годным к буксировке, что дает возможность сторонам заключить договор буксировки. Наряду с проверкой состояния буксируемого объекта проверяются документы, составленные в соответствии с действующими правилами. В случае нарушения отправителем технических условий, соблюдение которых обязательно при буксировке, перевозчик вправе отказать в приеме буксируемого объекта к транспортировке.

При отсутствии дефектов представитель перевозчика и владелец буксируемого объекта составляют акт о готовности объекта к буксировке (ст. 91 КВВТ).

Во время буксировки экипажи буксира и буксируемого объекта должны принимать все меры, направленные на предотвращение причинения вреда как буксируемому объекту, так и встречным судам и береговым сооружениям. Экипаж буксируемого объекта подчиняется в оперативном отношении капитану буксирующего судна. Начальник экипажа буксируемого объекта обязан:

- точно выполнять указания капитана буксирующего судна;
- принимать меры к сохранности груза, такелажа и другого имущества, находящегося на буксируемом объекте;
- производить текущий ремонт буксируемого средства в пути.

В случае аварии буксируемого объекта его экипаж совместно с экипажем буксира обязан под руководством капитана принять все меры к ликвидации аварии. Ответственность за ущерб, причиненный при морской буксировке буксируемому судну в результате ненадлежащего осуществления буксировки, а также находящимся на нем людям или имуществу, несет владелец буксирующего судна, если не докажет, что ущерб причинен не по его вине (ст. 229 КТМ).

Владелец буксирующего судна не отвечает за ущерб, причиненный буксируемому судну (объекту) или находящемуся на нем имуществу буксировкой в ледовых условиях, если не будет доказано, что ущерб причинен по вине буксирующего судна (ст. 231 КТМ), т.е. владелец буксирующего судна считается невиновным в причинении ущерба буксируемому судну при буксировке в ледовых условиях до тех пор, пока не будет доказано иное. При этом бремя доказывания в этой ситуации возлагается на владельца буксируемого судна. Именно он должен доказать, что возникшие у него убытки произошли по вине буксировщика, а не в результате буксировки в ледовых условиях.

Ответственность за ущерб, причиненный при портовой буксировке буксирующему судну либо находящимся на нем людям или имуществу, несет владелец буксируемого судна или иного плавучего объекта, если не докажет, что ущерб причинен не по его вине. Стороны договора портовой буксировки могут заключить соглашение (обязательно в письменной форме) по управлению портовой буксировкой капитаном буксирующего судна, и ответственность при этом за ущерб возлагается на владельца буксирующего судна, если не будет доказано, что ущерб возник не по его вине (ст. 230 КТМ).

В случае аварии объекта, буксируемого по реке, капитан буксирующего судна обязан принять все меры к ликвидации аварии, сохранению древесины и такелажа (ст. 92 КВВТ). В ликвидации аварии принимает участие команда плота.

В пункт назначения буксируемый объект должен быть доставлен в установленный срок. На речном транспорте сроки доставки устанавливаются в соответствии с техническими нормами, которые для различных рек в разных величинах определяют количество километров, подлежащих прохождению за каждые сутки в процессе буксировки, с добавлением дополнительного времени для прохождения через шлюзы и т.п. В отношениях по речной перевозке получатель должен быть уведомлен о предстоящем прибытии буксируемого объекта в порт назначения не позднее чем за 24 часа, а также повторно за 6 часов до прибытия буксируемого объекта (ст. 93 КВВТ). Если буксировщик не выполнит этой обязанности и поставит буксируемый объект (плот) в избранное им место, получатель вправе требовать, чтобы буксируемый объект (плот) был переставлен к месту, им указанному.

После завершения буксировки оформляется ее окончание. На речном транспорте об этом составляют акт, подписываемый получателем и капитаном буксирующего судна (ст. 93 КВВТ). О получении древесины, прибывшей без повреждения, получатель расписывается в дорожной ведомости. В случае обнаружения недостачи древесины и такелажа или их повреждения составляется коммерческий акт в соответствии с действующим транспортным законодательством.

§ 5. Ответственность сторон при буксировке буксируемого объекта

Обеспечение сохранности грузов является одной из важнейших задач перевозчика.

Ответственность перевозчиков за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств при буксировке регулируется в основном специальными нормами транспортного законодательства, обладающими значительным своеобразием по сравнению с действующими в российском гражданском праве общими нормами об имущественной ответственности.

Важнейшим среди положений, отличающих транспортное законодательство, является принцип ограниченной имущественной ответственности транспортных организаций, в то время как гражданское законодательство предусматривает полное возмещение убытков.

Ответственность перевозчиков за сохранность грузов, принятых к буксировке, определяется кодексами (правилами), действующими на соответствующем виде транспорта.

Ответственность перевозчиков за необеспечение сохранности грузов наступает при наличии тех же условий, которые являются обязательными при гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств.

В соответствии со ст. 169 КТМ перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение принятого для буксировки буксируемого объекта в следующих размерах:

1) за утрату буксируемого объекта - в размере стоимости утраченного объекта;

2) за повреждение буксируемого объекта - в размере суммы, на которую понизилась его стоимость.

Перевозчик также возвращает полученный им фрахт, если фрахт не входит в стоимость утраченного или поврежденного буксируемого объекта.

Стоимость буксируемого объекта определяется исходя из цены на товарной бирже или, если нет такой цены, исходя из существующей рыночной цены, а если нет ни той ни другой цены - исходя из обычной стоимости грузов того же рода и качества. Эта операция осуществляется лишь в том случае, если стоимость буксируемого (груза) объекта не была объявлена отправителем до отправки и не была внесена в коносамент.

При повреждении плота по вине буксировщика он, в соответствии со ст. 119 Кодекса внутреннего водного транспорта, оплачивает: отправителю (получателю) плота - стоимость утраченного такелажа; организации, осуществляющей сбор древесины, при ликвидации последствий транспортного происшествия - стоимость сбора древесины, определяемую соглашением сторон или решением арбитражного суда, но не более чем полную стоимость древесины в момент транспортного происшествия с плотом исходя из цены, обычно взимаемой за аналогичный товар в месте сбора такой древесины.

При повреждении буксируемого объекта, за исключением плота, с буксировщика взыскивается стоимость ремонта буксируемого объекта, определяемая отправителем или получателем буксируемого объекта либо определяемая в результате независимой экспертизы в случае разногласий относительно стоимости ремонта буксируемого объекта.

В случае утраты буксируемого объекта с буксировщика взыскиваются ущерб в размере стоимости утраченного буксируемого объекта и плата за его буксировку, если эта плата не входит в стоимость утраченного буксируемого объекта.

Ответственность отправителя и получателя буксируемого объекта возникает в случае несвоевременной оплаты буксировки буксируемого объекта. В этом случае с виновной стороны взыскиваются пени в пользу перевозчика или буксировщика в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Отправитель буксируемого объекта несет ответственность перед буксировщиком за убытки, причиненные вследствие несвоевременной передачи, недостоверности или неполноты документов, предусмотренных законодательством (документы, предусмотренные санитарными, таможенными, карантинными и иными правилами в соответствии с требованиями международных договоров Российской Федерации и законодательства Российской Федерации), - ст. 120 КВВТ.

Глава 8. ПРЕТЕНЗИИ И ИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПЕРЕВОЗКОЙ ГРУЗОВ И БУКСИРОВКОЙ

§ 1. Претензии

Предприятия, учреждения, предприниматели вправе в установленном транспортными кодексами порядке обратиться в суд за защитой своих прав и охраняемых законом интересов. Однако для обращения за защитой своих прав в суд в целях реализации права на принудительное осуществление требований по отношению к нарушителю этих прав предприятие, учреждение, предприниматель должны выполнить определенные действия.

Статья 797 Гражданского кодекса устанавливает, что до предъявления к перевозчику иска, вытекающего из перевозки грузов или в связи с буксировкой буксируемого объекта, обязательно предъявление ему претензии в порядке, предусмотренном соответствующими транспортными кодексами. Суть претензионного порядка, действующего при исполнении транспортного обязательства, заключается не только в том, что одна сторона направила другой стороне претензию. Стороны спорного правоотношения обязаны принять все меры для того, чтобы урегулировать возникшие между ними разногласия: сверить расчеты, рассмотреть обоснованность предъявленных требований и т.д.

Претензионный порядок по спорам, возникающим из перевозки грузов или в связи с буксировкой буксируемого объекта, должен быть соблюден независимо от того, кем предъявляется претензия - клиентурой перевозчика или смежными органами транспорта, выступающими в роли отправителя или получателя груза, независимо от вида перевозок и т.д. Транспортные кодексы детально регламентируют порядок предъявления претензий и исков. В Кодексе торгового мореплавания порядку предъявления претензий и исков посвящена гл. XXV, в Кодексе внутреннего водного транспорта - гл. XVIII.

Претензионный порядок считается соблюденным, если:

1) претензия заявлена предпринимателем в установленный срок;

2) претензия заявлена надлежащим заявителем;

3) претензия заявлена предпринимателем к надлежащему перевозчику;

4) к претензии приложены документы, подтверждающие право требования клиента - предпринимателя.

Транспортные кодексы устанавливают сроки для предъявления претензий. Претензии к перевозчику могут предъявляться в течение срока исковой давности (ст. 161 КВВТ, ст. 406 КТМ), что существенно отличается от других видов транспорта, где претензии могут заявляться в течение шести месяцев, а претензии об уплате штрафов - в течение 45 дней. Это касается железнодорожного, автомобильного и воздушного транспорта (см. ст. 123 УЖТ, ст. 163 УАТ, ст. 126 ВК).

Право на предъявление претензий в соответствии с Кодексом внутреннего водного транспорта имеют:

- в случае утраты груза или буксируемого объекта - грузоотправитель, грузополучатель или отправитель буксируемого объекта, получатель буксируемого объекта при условии представления ими квитанции о приеме груза для перевозки или буксируемого объекта для буксировки с отметкой перевозчика или буксировщика о неприбытии груза или буксируемого объекта;

- в случае недостачи или повреждения (порчи) груза или повреждения буксируемого объекта - грузополучатель или получатель буксируемого объекта при условии представления ими транспортной накладной, коммерческого акта или перевозочного документа при перевозке груза наливом, а при отсутствии коммерческого акта - документа об обжаловании отказа в составлении коммерческого акта;

- в случае уплаты провозной платы и иных платежей в размере выше установленного - грузоотправитель, грузополучатель или отправитель буксируемого объекта, получатель буксируемого объекта при условии представления ими транспортной накладной;

- в случае несоблюдения сроков доставки груза или буксируемого объекта - грузополучатель или получатель буксируемого объекта при условии представления транспортной накладной.

На речном транспорте не предусмотрено право страховщика на предъявление претензии, а впоследствии и иска.

На морском транспорте не конкретизируется субъектный состав, который вправе предъявить претензию при буксировке.

Только в ст. 404 КТМ установлено, что передача права на предъявление претензий и исков другим организациям не допускается, за исключением случаев передачи такого права отправителем получателю или наоборот, а также отправителем или получателем экспедитору либо страховщику.

На морском транспорте право на предъявление претензии к перевозчику имеет страховщик при предъявлении соответствующих перевозочных документов, а также документов, подтверждающих факты заключения договора страхования и выплаты страхового возмещения (ст. 404 КТМ), причем в ст. 404 КТМ (п. 2) устанавливается, что передача прав на предъявление претензии и иска удостоверяется переуступочной надписью на коносаменте или ином документе.

На морском транспорте претензия предъявляется к транспортной организации, которая осуществляла перевозку, а если перевозка не была совершена - к транспортной организации, которая в соответствии с поданной заявкой (заказом) или договором должна была осуществить перевозку (ст. 403 КТМ).

В отношениях по смешанной перевозке, выполняемой предприятиями нескольких видов транспорта, претензия предъявляется к предприятию конечного пункта назначения груза.

Безусловно, существенным обстоятельством при предъявлении претензии к транспортным организациям являются документы, подтверждающие право требования клиента. В соответствии со ст. 405 КТМ перевозочные документы при предъявлении претензии представляются в подлиннике. В ст. 161 КВВТ установлено, что к претензии должны быть приложены подтверждающие предъявленные заявителем требования - подлинные документы или надлежаще заверенные копии документов.

Для рассмотрения транспортным предприятием предъявленной к нему претензии установлен специальный срок. Статья 797 Гражданского кодекса предусматривает, что иски к перевозчику могут быть предъявлены грузоотправителем либо грузополучателем в случае полного

или частичного отказа перевозчика удовлетворить претензию либо неполучения от перевозчика ответа в 30-дневный срок, т.е. перевозчику для ответа на заявленную претензию установлен месячный срок. Уведомление об удовлетворении или отклонении претензии подписывается руководителем транспортного предприятия. Если претензия отклонена или удовлетворена частично, транспортное предприятие обязано возвратить заявителю претензии приложенные к претензии документы. При удовлетворении претензии полностью документы, представленные заявителем претензии, не возвращаются.

При рассмотрении претензии может быть установлено, что груз переадресован либо выдан другому грузополучателю по заявлению грузоотправителя или первоначального грузополучателя. В подобных случаях претензия возвращается заявителю с указанием, где, когда и кому выдан груз, а также с указанием наименования грузополучателя, которому выдан груз, для непосредственного расчета заявителя с фактическим грузополучателем. Несоблюдение претензионного порядка разрешения спора, вытекающего из перевозки груза, лишает организацию возможности взыскания с перевозчика ущерба, штрафа. Арбитражные суды в соответствии с п. 2 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса оставляют такие иски без рассмотрения, если истцом не соблюден претензионный порядок урегулирования спора с транспортной организацией (претензия вообще не предъявлялась).

§ 2. Исковая давность по требованиям, вытекающим из перевозки

Исковая давность - это срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено (ст. 195 ГК). С истечением срока исковой давности погашается возможность осуществления нарушенного права в принудительном порядке. Однако право на обращение в суд сохраняется. Статья 199 Гражданского кодекса устанавливает, что требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности. В соответствии со ст. 797 Гражданского кодекса срок исковой давности по требованиям, вытекающим из перевозки груза, устанавливается в один год с момента, определяемого в соответствии с транспортными уставами и кодексами. Этот срок является единым для всех видов транспорта. Исчисление срока исковой давности на всех видах транспорта начинается в основном со дня наступления события, послужившего основанием для предъявления претензии. Таким образом, исчисление начального момента течения срока исковой давности совпадает с начальным моментом исчисления претензионного срока. К исковой давности, связанной с перевозкой грузов, как и к другим срокам давности, применяются общие правила о давности, установленные Гражданским кодексом Российской Федерации (гл. 12).

Раздел IV. ДОГОВОРЫ ОБ ОКАЗАНИИ УСЛУГ

Глава 9. ДОГОВОР ОБ ОКАЗАНИИ ИНФОРМАЦИОННЫХ УСЛУГ, ЗАКЛЮЧАЕМЫЙ МЕЖДУ КРЕДИТНОЙ ОРГАНИЗАЦИЕЙ И БЮРО КРЕДИТНЫХ ИСТОРИЙ

В последние годы в банковском секторе России наиболее активно развиваются услуги, связанные с кредитованием населения и юридических лиц. Вместе с тем пропорционально количеству выдаваемых кредитов с каждым годом увеличивается число недобросовестных заемщиков, которые не исполняют или ненадлежащим образом исполняют свои обязательства по кредитным договорам. Все это не только приводит к значительным убыткам, которые несут кредитные организации, но и оказывает негативное влияние на банковскую систему России в целом.

В этой связи особую роль играет Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. N 218-ФЗ "О кредитных историях" <1> (далее - Закон), в котором закреплен правовой механизм для создания единой системы раскрытия информации о добросовестности/недобросовестности и кредитоспособности заемщиков.

<1> СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. 1). Ст. 44.

В его основе лежит диспозитивный метод правового регулирования, базирующийся на таких основополагающих принципах гражданского права, как равенство сторон и свобода договора (п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса РФ).

Основная роль в реализации положений указанного Закона отводится кредитным организациям и специально создаваемым юридическим лицам - бюро кредитных историй, которые на основе заключаемых между собой договоров об оказании информационных услуг устанавливают порядок предоставления информации о заемщиках (субъектах кредитных историй).

Из Закона следует, что договорные отношения должны затрагивать:

- предоставление информации о заемщиках кредитной организацией в бюро кредитных историй;

- получение кредитной организацией кредитных отчетов о субъектах кредитных историй.

Рассмотрим подробно правовую природу и содержание договора об оказании информационных услуг.

§ 1. Понятие договора

По договору об оказании информационных услуг (далее - договор) кредитная организация обязуется предоставлять в отношении заемщиков при условии получения от них предварительного письменного согласия информацию в бюро кредитных историй, а последнее обязуется ее обрабатывать, формировать на ее основе кредитные истории и предоставлять кредитной организации по ее запросам кредитные отчеты.

Из определения следует, что договор об оказании информационных услуг является консенсуальным. Следовательно, права и обязанности по нему возникают с момента достижения сторонами согласия по всем существенным условиям договора. Рассматриваемый договор также является двусторонне обязывающим (взаимным), поскольку в результате его заключения у обеих сторон возникают корреспондирующие друг с другом права и обязанности, и относится к каузальным сделкам.

Рассматриваемый договор относится к категории предпринимательских договоров, поскольку его сторонами в соответствии с законодательством выступают коммерческие организации <1>.

<1> См.: абз. 1 ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности"; п. 6 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. N 218-ФЗ "О кредитных историях".

Закон оставляет открытым вопрос относительно возмездного или безвозмездного характера договора об оказании информационных услуг.

Поэтому в силу п. 3 ст. 423 Гражданского кодекса Российской Федерации он может быть отнесен к категории возмездных договоров.

Стороны вправе самостоятельно определить услуги, которые будут предоставляться за вознаграждение, а также размер их оплаты.

Правовой природе возникающих между кредитной организацией и бюро кредитных историй на основании Закона договорных отношений наиболее полно соответствует следующая схема: информация о заемщиках предоставляется на безвозмездной основе, а кредитные отчеты - на платной <1>.

<1> Стороны могут включить в договор условие о том, что запрашиваемые кредитные отчеты о тех заемщиках, в отношении которых информацию предоставляла сама кредитная организация, направляются ей бесплатно.

В силу вышеизложенного договор об оказании информационных услуг, учитывая содержание п. 2 ст. 779 ГК РФ, может быть отнесен к разновидности договора возмездного оказания услуг.

Рассматриваемый договор является договором присоединения, и его условия определяются бюро кредитных историй самостоятельно (ч. 2 ст. 5 Закона). В силу этого кредитная организация, заключившая договор об оказании информационных услуг на предложенных ей кредитным бюро условиях, лишается возможности требовать его изменения или расторжения в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 428 ГК РФ.

Договор об оказании информационных услуг может быть как срочным, так и бессрочным.

В случае заключения договора на неопределенный срок особое значение приобретает закрепление в нем порядка прекращения его действия. Как представляется, наиболее приемлемым было бы включение в такой договор положения, по своему содержанию аналогичного абз. 2 п. 2 ст. 610 ГК РФ, где говорится о расторжении договора аренды, заключенного на неопределенный срок.

§ 2. Форма и содержание договора

Законодательство не содержит специальных требований к его форме, что позволяет сделать вывод о применимости общих положений гражданского законодательства о письменной форме сделок юридических лиц между собой (п. 1 ст. 161 ГК РФ).

Как правило, подобные договоры оформляются путем составления одного документа, подписываемого сторонами. Вместе с тем законодательство не запрещает их заключать путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Договор об оказании информационных услуг считается заключенным с момента достижения кредитной организацией и бюро кредитных историй соглашения в надлежащей форме по всем существенным условиям договора.

Однако Закон не содержит четкого указания на их перечень, и поэтому определение существенных условий является задачей доктрины гражданского права.

Существенными "являются условия, необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности у его сторон" <1>.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 238.

В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе и иных правовых актах как существенные и необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Исходя из вышеизложенного, а также из толкования положений Закона и гл. 39 ГК РФ ("Возмездное оказание услуг") можно выделить следующие существенные условия договора.

Предмет договора, при отсутствии которого договор считается незаключенным.

В настоящее время в науке нет единого подхода к тому, что следует понимать под предметом договора.

Одни ученые отождествляют предмет договора с его содержанием, т.е. с действиями (или бездействием) сторон. В частности, М.И. Брагинский говорит о том, что "в широком смысле слово "предмет (договора)" охватывает весь набор показателей того, по поводу чего заключен договор" <1>.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. С. 254.

Другие под предметом понимают вещь, имущество, услугу, которые входят в состав объекта правоотношения <1>.

<1> См., например: Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1997. С. 256.

Из определения рассматриваемого договора вытекает, что в его предмет входят действия кредитной организации и бюро кредитных историй, направленные на обработку, формирование и предоставление в предусмотренном Законом виде информации о заемщиках (субъектах кредитной истории).

При этом условие о предмете является существенным лишь на стадии возникновения договорного обязательства, т.е. при вступлении рассматриваемого договора в силу.

После его заключения договор-сделка преобразуется в договор-правоотношение, которое содержит в себе такие элементы, как субъект, объект, содержание (права и обязанности сторон), санкция <1>.

<1> См.: Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998. С. 109 - 161.

Отсюда вытекает, что предмет в качестве одного из элементов договорного обязательства не выделяется. Это представляется правильным, поскольку на той стадии, когда рассматриваемый договор уже заключен и представляет собой в широком смысле правоотношение, предмет договора трансформируется в его объект.

Под объектом рассматриваемого договора следует понимать поведение его субъектов, направленное на получение и (или) предоставление, а также формирование информации о заемщиках (субъектах кредитной истории).

В силу этого особенность рассматриваемой договорной конструкции заключается в том, что в объект договора как правоотношения, а также в его предмет как двусторонней сделки входит информация.

В соответствии со ст. 128 ГК РФ информация относится к объектам гражданских прав.

Под информацией понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления <1>.

<1> См.: п. 1 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации".

Применительно к рассматриваемому договору информация включает в себя сведения, характеризующие исполнение заемщиком принятых на себя обязательств по договорам займа (кредита), а также кредитные отчеты о субъектах кредитных историй.

Кредитная история в соответствии со ст. 4 Закона представляет собой строгий перечень данных в электронном виде, подлежащий передаче по соответствующим каналам связи с использованием средств шифрования, и состоит из титульной, основной и дополнительной (закрытой) частей.

В соответствии с Законом информация о заемщике, полученная бюро кредитных историй, относится к ограниченно оборотоспособным объектам гражданского права (ч. 4 ст. 7), что означает невозможность ее свободного отчуждения или перехода от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом (п. 1 ст. 129 ГК РФ).

Вместе с тем информация о заемщике до ее передачи бюро кредитных историй также относится к объектам гражданского права, ограниченным в обороте, просто на нее не распространяются положения Закона и она подпадает под правовое регулирование законодательства о защите банковской тайны <1> и законодательства о защите персональных данных <2>.

<1> Статья 26 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности".

<2> Федеральный закон от 27 июля 2006 г. N 152-ФЗ "О персональных данных".

Отсюда следует, что запрещены любые сделки по предоставлению кредитными бюро такой информации третьим лицам, за исключением случаев, предусмотренных законодательством. К таким случаям относится предоставление информации между сторонами в рамках рассматриваемого договора, по запросам субъектов кредитных историй <1>, суда (судьи) в рамках находящегося у него в производстве уголовного дела, органов предварительного следствия по возбужденным уголовным делам при наличии согласия прокурора.

<1> Под субъектами кредитных историй понимаются физические и юридические лица, которые являются заемщиками по договорам займа (кредита) и в отношении которых формируется кредитная история.

При этом анализ положений Закона (п. 4 ст. 3, ч. 13 ст. 6, ч. 4 ст. 7) позволяет сделать вывод о том, что информация, предоставляемая в рамках рассматриваемого договора по конкретному заемщику, может подпадать под определение "кредитная история" лишь после ее обработки и формирования бюро кредитных историй.

Учитывая нематериальный характер информации как объекта гражданских прав, ее предоставление в рамках Закона подразумевает передачу информации о заемщиках в электронном виде путем использования специальных материальных носителей - информационных баз данных, принадлежащих кредитной организации и бюро кредитных историй.

В рамках договора об оказании информационных услуг между кредитной организацией и бюро кредитных историй происходит обмен информацией в виде электронных документов <1> (ч. 5 ст. 5 Закона) с использованием средств электронно-цифровой подписи <2>, позволяющих достоверно установить источник формирования и получения такой информации.

<1> Под электронным документом понимается документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме (абз. 2 ст. 3 Федерального закона от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ "Об электронно-цифровой подписи").

<2> Под электронно-цифровой подписью понимается реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также создавать свою электронную цифровую подпись в электронных документах (подписывать электронные документы) (абз. 3, 4 ст. 3 указанного выше Федерального закона).

В связи с изложенным на отношения сторон в рамках рассматриваемого договора по вопросам, связанным с получением, передачей и защитой информации о заемщиках, распространяются положения Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" <1>, а также положения Федерального закона от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ "Об электронно-цифровой подписи" <2>.

<1> СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3448.

<2> СЗ РФ. 2002. N 2. Ст. 127.

Цена договора.

Договор должен включать в себя положения, касающиеся порядка оплаты оказываемых информационных услуг, что вытекает из содержания п. 1 ст. 781 ГК РФ.

При этом стороны договора вправе предусмотреть любую форму расчетов, не противоречащую законодательству Российской Федерации.

§ 3. Стороны договора

Договор об оказании информационных услуг заключается между двумя сторонами: кредитной организацией и бюро кредитных историй.

Остановимся более подробно на их правовом статусе.

Кредитной организацией является юридическое лицо, создаваемое в форме хозяйственного общества, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные Федеральным законом от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" <1>.

<1> См.: абз. 1 ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности".

В понятие "кредитная организация" <1> входят два вида юридических лиц: банковские и небанковские кредитные организации. Их различие заключается в том, что первым предоставляется исключительное право в совокупности осуществлять все банковские операции и сделки, перечисленные в Законе о банках (ст. 5), а вторым - только отдельные виды.

<1> См.: ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности".

Бюро кредитных историй признается юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством Российской Федерации, являющееся коммерческой организацией и оказывающее услуги по формированию, обработке и хранению кредитных историй, а также по представлению кредитных отчетов и сопутствующих услуг <1>.

<1> См.: п. 6 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. N 218-ФЗ "О кредитных историях".

Бюро кредитных историй в соответствии с Законом должно быть включено в Государственный реестр бюро кредитных историй (ч. 3 ст. 5).

Реестр бюро кредитных историй ведется уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, которым выступает Федеральная служба по финансовым рынкам <1>.

<1> Действует на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 г. N 317 "Об утверждении Положения о Федеральной службе по финансовым рынкам" и Постановления Правительства Российской Федерации от 10 августа 2005 г. N 501 "О федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном на осуществление функций по контролю и надзору за деятельностью бюро кредитных историй".

Таким образом, сторонами договора об оказании информационных услуг выступают лица, наделенные специальной правоспособностью.

Исходя из содержания Закона кредитная организация обязана заключить договор об оказании информационных услуг хотя бы с одним бюро кредитных историй (ч. 3 ст. 5). Таким образом, Закон предоставляет право кредитным организациям заключать неограниченное количество договоров с теми бюро кредитных историй, которые включены в указанный выше реестр.

§ 4. Права и обязанности сторон договора

При рассмотрении договора об оказании информационных услуг мы сталкиваемся с совокупностью корреспондирующих друг с другом прав и обязанностей сторон, основанных на положениях Закона.

1. Обязанности кредитной организации

Исходя из Закона основной обязанностью кредитной организации является предоставление в виде электронного документа информации о заемщике в бюро кредитных историй с соблюдением установленных сроков (ч. 1 ст. 5). При этом совершение действий по ее предоставлению не является нарушением служебной, банковской, налоговой или коммерческой тайны (ч. 6 ст. 5).

Перечень данной информации содержится в ст. 4 Закона и включает в себя сведения о личности заемщика (физического или юридического лица), сведения о сути обязательств заемщика (включая способы его обеспечения) и о его исполнении (включая информацию о погашении денежного обязательства за счет обеспечения, если таковое имело место, а также информацию о результатах судебных разбирательств в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств заемщиком), а также сведения об источнике формирования кредитной истории и (или) пользователе кредитной истории.

При этом любая информация о заемщике может передаваться в рамках рассматриваемого договора только при наличии письменного или иным образом документально зафиксированного согласия заемщика (ч. 4 ст. 5 Закона).

Кредитная организация в качестве источника формирования кредитной истории обязана предоставлять указанную выше информацию о заемщике в срок, предусмотренный договором. Если такой срок сторонами не предусмотрен, то она должна быть предоставлена не позднее 10 (десяти) дней со дня совершения действия или наступления события, информация о котором входит в состав кредитной истории, либо со дня, когда кредитной организации стало известно о совершении такого действия (наступлении такого события).

При этом бюро кредитных историй вправе в любой момент запросить у кредитной организации (пользователя кредитной истории) подлинный экземпляр согласия заемщика (субъекта кредитной истории) на получение основной части кредитной истории.

На кредитной организации также лежит вытекающая из ч. 4 ст. 8 Закона обязанность подтверждать ранее направленную в бюро кредитных историй информацию о заемщике в случае, когда последний оспаривает ее содержание.

Следующей обязанностью кредитной организации является своевременная и в полном объеме оплата по договору услуг бюро кредитных историй.

Неисполнение или ненадлежащее исполнение данной обязанности может повлечь за собой привлечение кредитной организации к гражданско-правовой ответственности в порядке, предусмотренном ст. ст. 15, 393 и 395 ГК РФ.

Как правило, оплата услуг производится кредитными организациями на основании тарифов, утвержденных бюро кредитных историй. Тарифы устанавливаются в зависимости от количества кредитных отчетов о заемщиках, ежемесячно представляемых кредитной организации по ее запросам. При этом законодательство не запрещает бюро кредитных историй установить иной порядок оплаты своих услуг (например, путем установления для кредитных организаций ежемесячной платы за представление кредитных отчетов).

На кредитной организации лежит обязанность не разглашать информацию о заемщиках, входящую в состав кредитной истории, а также код субъекта кредитной истории. При неисполнении данной обязанности кредитная организация может быть привлечена к ответственности в порядке, предусмотренном ст. 5.53 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Кроме того, подобные действия кредитной организации влекут за собой право бюро кредитных историй расторгнуть договор об оказании информационных услуг в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, образовавшихся в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения кредитной организацией обязанности по сохранности информации в рамках заключенного договора.

2. Обязанности бюро кредитных историй

Бюро кредитных историй обязуется по запросам кредитной организации за плату представлять кредитные отчеты о заемщиках. Эта обязанность является безусловной и не может быть исключена из содержания договора об оказании информационных услуг. Неисполнение

данной обязанности является существенным нарушением договора и может повлечь за собой его расторжение по инициативе кредитной организации.

В качестве кредитного отчета пользователю кредитной истории (кредитной организации) может быть предоставлена исключительно основная часть кредитной истории (ч. ч. 4 и 9 ст. 6 Закона).

Бюро кредитных историй обязано осуществлять хранение и защиту информации. Каждая кредитная история хранится в течение 15 лет со дня последнего изменения содержащейся в ней информации. По истечении данного срока кредитная история аннулируется.

Бюро кредитных историй обязано обеспечивать защиту информации при ее обработке, хранении и передаче сертифицированными средствами защиты в соответствии с законодательством Российской Федерации. За неправомерное разглашение и незаконное использование получаемой информации бюро кредитных историй и его должностные лица несут ответственность в порядке, предусмотренном уже ранее упоминавшейся ст. 5.53 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Часто кредитные бюро включают в текст договора положения о хранении и защите информации о заемщиках в качестве отдельной услуги и предусматривают плату за их оказание.

Правомерность такого подхода вызывает сомнение, поскольку из содержания Закона следует, что хранение и защита информации являются законодательно установленными обязанностями бюро кредитных историй (ч. ч. 1 и 2 ст. 7) и поэтому должны осуществляться на бесплатной основе.

Исходя из этого услуги по хранению и защите информации не должны включаться в предмет рассматриваемого договора, и кредитная организация вправе их не оплачивать.

§ 5. Ответственность сторон договора

За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по договору об оказании информационных услуг стороны несут имущественную ответственность в порядке, предусмотренном гражданским законодательством Российской Федерации.

Учитывая, что сторонами договора являются коммерческие организации, они несут ответственность за его нарушение при отсутствии вины, за исключением случаев, вызванных обстоятельствами непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Неоплата или несвоевременная оплата оказанных бюро кредитных историй услуг влечет за собой ответственность кредитной организации за неисполнение денежного обязательства в порядке, предусмотренном ст. ст. 15, 393 и 395 ГК РФ.

Поскольку договор об оказании информационных услуг относится к категории взаимных договоров, то к отношениям сторон при неисполнении обязательств могут применяться положения ст. 328 ГК РФ. Их суть сводится к тому, что при невыполнении обязанной стороной возложенного на нее договором обязательства либо при наличии обстоятельств, свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, другая сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе или приостановить его, или вообще отказаться от договора, потребовав возмещения убытков.

Следует также иметь в виду, что в случае нарушения кредитной организацией или бюро кредитных историй таких обязательств, как предоставление информации или кредитных отчетов, другая сторона вправе потребовать помимо возмещения убытков в полном объеме исполнения данных обязательств в натуре в соответствии со ст. 396 ГК РФ.

§ 6. Изменение и расторжение договора

Изменение или расторжение договора об оказании информационных услуг происходит в порядке, предусмотренном ст. ст. 450 и 451 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Наиболее простым способом изменения или расторжения договора является заключение соглашения между кредитной организацией и бюро кредитных историй либо о внесении изменений в отдельные его положения, либо о досрочном прекращении действия договора (п. 1 ст. 450 ГК РФ).

Договор об оказании информационных услуг также считается расторгнутым с момента окончания срока его действия, если он был заключен на определенный период и не содержал положения о пролонгации его действия на новый срок на аналогичных условиях при отсутствии возражений со стороны кредитной организации или бюро кредитных историй.

При этом стороны вправе заключить рассматриваемый договор на неопределенный срок, включив в него условие об уведомительном порядке прекращения действия договора по инициативе кредитной организации или бюро кредитных историй.

Изменение или расторжение рассматриваемого договора в одностороннем порядке по общему правилу не допускается, если иное не оговорено законом или соглашением сторон.

Подтверждением этого служат положения ст. ст. 450 и 451 ГК РФ, которые предусматривают такую возможность либо по соглашению сторон, либо в судебном порядке в следующих случаях.

1. Существенное нарушение условий договора одной из сторон. Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет за собой для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при его заключении.

Со стороны кредитной организации существенными нарушениями договора могут являться:

- непредоставление или несвоевременное предоставление информации в бюро кредитных историй, указанной в ст. 4 Закона;
- неоплата или несвоевременная оплата оказанных бюро кредитных историй информационных услуг;
- противоправное разглашение информации о субъектах кредитных историй.

Существенными нарушениями договора со стороны бюро кредитных историй являются:

- непредставление или несвоевременное представление кредитных отчетов кредитной организации по ее запросам;
- противоправное разглашение информации о субъектах кредитных историй.

Стороны вправе включить в договор и иные случаи нарушения его условий, которые они признают существенными.

2. Существенное изменение обстоятельств.

Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что если бы сторона могла это разумно предвидеть, то договор об оказании информационных услуг не был бы ею заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

Изменение или расторжение договора при существенном изменении обстоятельств возможно по инициативе любой из сторон. При этом необходимо, чтобы данные обстоятельства относились к категории непредвиденных и, следовательно, неизвестных сторонам в момент вступления в силу договора об оказании информационных услуг. Примером такого обстоятельства может являться исключение бюро кредитных историй из соответствующего государственного реестра.

3. В иных случаях, предусмотренных федеральным законодательством.

Например, в случае ликвидации кредитной организации и (или) бюро кредитных историй без универсального правопреемства в порядке, предусмотренном ст. 61 Гражданского кодекса РФ.

Глава 10. ДОГОВОР ФИНАНСИРОВАНИЯ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ

Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) является сравнительно новым институтом в российском гражданском праве, находящим все более широкое применение в предпринимательской деятельности. Данная договорная конструкция получила законодательное закрепление в гл. 43 Гражданского кодекса Российской Федерации.

§ 1. Понятие договора

Под договором финансирования под уступку денежного требования (факторингом) понимается соглашение, по которому 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, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование (абз. п. 1 ст. 824 ГК РФ).

Анализ данного определения показывает, что законодатель при его написании был нацелен на то, чтобы под него подпадало как можно больше случаев перехода денежных требований в обмен на финансирование.

Такой подход был заимствован из Конвенции о международном факторинге 1988 г. (Оттавская конвенция) <1>, разработанной Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА). Несмотря на то что данная Конвенция нашей страной не ратифицирована, содержащиеся в ней унифицированные правовые нормы являются основой для развития национального законодательства различных стран мира, и в том числе Российской Федерации.

<1> Россия не является ее участницей.

Вместе с тем отечественный законодатель использовал положения Конвенции о международном факторинге "с соответствующей адаптацией ее норм применительно к нашим условиям" <1>. В частности, возможность заключения договора в целях обеспечения исполнения

обязательств клиента перед финансовым агентом (абз. 2 п. 1 ст. 824 ГК РФ) Оттавской конвенцией 1988 г. не предусмотрена.

<1> Маковский А.Л. О концепции и некоторых особенностях второй части Гражданского кодекса // Вестник ВАС РФ. 1996. N 5. С. 104.

Отличия коснулись в том числе и названия гл. 43 ГК РФ, поскольку законодатель не счел необходимым использовать то понятие, которое известно в деловом обороте, - договор факторинга, а применил термин "договор финансирования под уступку денежного требования".

Несмотря на кажущуюся новизну указанного понятия, совсем неизвестным юридической науке оно не является. Очень близким ему является понятие "accounts receivable financing", которое дословно переводится как "финансирование дебиторской задолженности" и используется в американском праве для обозначения операций, связанных с передачей финансовому агенту долгов клиента в обмен на финансирование.

Таким образом, анализ гл. 43 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что российская правовая наука избежала слепого копирования института факторинга и смогла на основе рецепции положений Оттавской конвенции и законодательства зарубежных государств сформулировать собственные правовые положения, касающиеся договора финансирования под уступку денежного требования.

Поскольку иные виды финансирования в обмен на уступаемую дебиторскую задолженность в российском законодательстве не предусмотрены (форфейтинг, секьюритизация), хотя некоторые из них и подпадают под действие норм гл. 43 ГК РФ (например, проектное финансирование с полным оборотом на заемщика), то с учетом вышесказанного можно считать договор финансирования под уступку денежного требования в том виде, в котором он раскрывается в российском праве, синонимом договора факторинга.

§ 2. Виды договора финансирования под уступку денежного требования

В настоящее время в мировой практике широко применяются несколько типов договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга):

Полный и неполный факторинговые договоры

Полный факторинг, или "old-line factoring", исторически получил распространение в странах общего права.

Такой вид договора имеет место в тех случаях, когда финансовый агент (фактор) принимает на себя обязательство делькредере, что подразумевает под собой отсутствие у него возможности предъявления регрессного требования к клиенту при невыполнении обязательства должником. Кроме того, именно в рамках полного факторинга фактор обязуется оказывать клиенту дополнительные услуги.

Как правило, такой вид договора широко практикуется при постоянных или достаточно прочных деловых контактах между финансовым агентом и клиентом и включает в себя все долги клиента (как существующие, так и будущие).

Разновидностями полного факторинга являются:

1) сплит-факторинг (split factoring), или "разделенный факторинг". Суть его заключается в том, что клиент уступает права требования не одному, а нескольким финансовым агентам, с тем чтобы не ошибиться в выборе фактора, среди которых также имеет место специализация (зависит от сферы бизнеса, к которой относятся долги);

2) соглашение об открытом оптовом факторинге, в соответствии с которым финансовый агент приобретает неоплаченные долговые требования, а клиент, в свою очередь, обязуется выполнять функцию агента по их инкассированию. Как правило, на уступаемом счете-фактуре делается надпись об уступке, но вместо обязанности уплатить по долговому документу фактору на нем указывается, что денежные суммы должны быть переведены клиенту, выступающему в качестве его представителя. Указанная надпись по своей правовой сути очень близка понятию "индоссамент", совершаемому на ценных бумагах;

3) факторинг с участием банка ("bank participation factoring"), в соответствии с которым финансирование клиента фактором, производимое путем его авансирования, обеспечивается с участием третьей стороны - банка, который выступает в качестве ссудодателя. Его механизм достаточно прост: клиент уступает дебиторскую задолженность финансовому агенту на регулярной основе. Долги, подлежащие уплате, в свою очередь, передаются ссудодателю (банку) в качестве средства обеспечения уплаченных в виде ссуды средств. При этом фактор берет на себя обязанность следить за тем, чтобы все суммы, уплачиваемые должниками по долгам,

которые были уступлены, перечислялись ссудодателю напрямую, а также периодически представлять последнему отчеты, содержащие информацию о суммах, которые могут быть получены от должников в целях уплаты авансовых платежей клиенту.

В отличие от полного факторинга неполный факторинг (recourse factoring) характеризуется тем, что клиент продолжает нести ответственность по уступленным денежным требованиям перед финансовым агентом в случае их неисполнения должником, а финансовый агент, как правило, не оказывает клиенту иные финансовые услуги.

В настоящий момент в России наибольшее распространение получил recourse factoring, поскольку он дает возможность финансовому агенту снизить свои предпринимательские риски, связанные с возможной неоплатой должником уступленных денежных прав требования. Правомерность включения в договор факторинга условия об ответственности клиента за исполнимость должником денежного требования подтверждается решением ФАС Московского округа <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 23 июля 2004 г. по делу N КГ-А40/5427-04.

Внутренний и международный факторинг

Факторинг считается внутренним, если клиент и должник по основному договору, а также финансовый агент находятся в одной стране и осуществляют расчеты между собой в валюте этой страны.

При международном факторинге, наоборот, всегда присутствует какой-либо иностранный элемент (место заключения или исполнения договора и т.д.).

Открытый (disclosed factoring) и скрытый (confidential factoring) факторинг

Они различаются по наличию или отсутствию в договоре условия о необходимости уведомления должника о состоявшейся уступке права требования финансовому агенту.

При открытом факторинге на уступаемом документе ставится пометка об уступке права на получение долга в пользу финансового агента. Получив соответствующее уведомление (либо от клиента, либо от фактора), должник осуществляет платежи финансовому агенту.

При скрытом факторинге, наоборот, должник не уведомляется о происшедшей по договору уступке долговых требований и продолжает платить клиенту, который, в свою очередь, обязуется переводить полученные средства на счет финансового агента. Таким образом, клиент выступает в качестве доверительного собственника или агента фактора.

Исходя из императивного характера п. п. 2 и 3 ст. 830 ГК РФ, которые напрямую связывают обязанность должника произвести платеж финансовому агенту с условием его письменного уведомления о состоявшейся цессии, на первый взгляд может показаться, что указанный договор заключать нельзя.

Однако в связи с тем, что неуведомление или несвоевременное уведомление должника о совершенной уступке денежного(-ых) требования(-й) не делает сделку цессии недействительной и позволяет последнему освободиться от лежащего на нем обязательства путем его исполнения клиенту (п. 3 ст. 830 ГК РФ), клиент и финансовый агент вправе заключить договор факторинга на конфиденциальной основе, указав в нем порядок взаиморасчетов.

Факторинг с предварительной оплатой (advance factoring) и с определенным сроком платежа (maturity factoring)

В первом случае фактор осуществляет финансирование клиента путем предварительной оплаты уступаемых ему клиентом прав требования к должнику, а во втором - в определенный договором срок (как правило, после получения денежных средств от должника).

При предварительной оплате финансовый агент сразу финансирует клиента, фактически покупая его требования. Сумма финансирования представляет собой фиксированный процент от суммы денежного требования (как правило, 75 - 90%). Впоследствии предварительная оплата компенсируется за счет платежей, произведенных должником. Оставшиеся 10 - 25%, за вычетом издержек финансового агента, перечисляются, как правило, после оплаты должником суммы долга или в иной указанный в договоре финансирования под уступку денежного требования (факторинга) срок.

При отсутствии предварительной оплаты сумма финансирования (за минусом издержек) перечисляется клиенту на определенную дату или по истечении определенного времени. Этот

срок называется фиксированным сроком финансирования (fixed maturity period), который может и изменяться.

§ 3. Характеристика договора финансирования под уступку денежного требования

Договор финансирования под уступку денежного требования призван оказать помощь предпринимателям, которые по характеру своей деятельности вынуждены иметь дело с большим количеством должников. Передав по такому договору дебиторскую задолженность специализированной коммерческой организации (финансовому агенту), клиент освобождается от взыскания долгов со своих должников и получает финансирование, что позволяет отнести данную договорную конструкцию к категории предпринимательских договоров.

Договор финансирования под уступку денежного требования заключается в письменной форме. При этом он может состоять из одного документа, подписанного сторонами, а также быть заключен путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной и иной связи (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Анализ п. 1 ст. 824 ГК РФ показывает, что договор финансирования под уступку денежного требования является возмездным.

В связи с этим в нем должна быть четко определена цена договора, иначе договор будет на основании ст. 432 ГК РФ считаться незаключенным <1>. Таким образом, цена договора финансирования под уступку денежного требования относится к числу существенных условий.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15 февраля 2001 г. по делу N 939.

Условие о цене в договоре факторинга носит сложный характер, поскольку складывается, во-первых, из сумм, уплачиваемых фактором за уступаемые денежные требования, а во-вторых, из вознаграждения, которое ему причитается за оказание иных финансовых услуг, если их выполнение предусмотрено соглашением сторон.

Договор финансирования под уступку денежного требования может быть как реальным, так и консенсуальным.

Модель отношений между финансовым агентом и фактором возможна в следующих четырех формах: клиент обязуется уступить права требования, а фактор его финансирует; клиент уступает, а фактор обязуется профинансировать; клиент уступает, а фактор финансирует; клиент обязуется профинансировать, а фактор обязуется уступить.

Поскольку п. 1 ст. 824 ГК РФ носит диспозитивный характер, стороны вправе по своему усмотрению выбрать любую из приведенных выше моделей поведения.

Если договор финансирования под уступку денежного требования сконструирован как реальный, то с момента передачи клиентом прав требования финансовому агенту путем цессии или финансирования финансовым агентом клиента договор вступит в силу и у указанных субъектов возникнут права, а у их контрагентов - обязанности.

Если же договор финансирования под уступку денежного требования является консенсуальным, то он будет считаться заключенным с момента достижения сторонами соглашения в надлежащей форме по всем существенным условиям договора.

Отсюда вытекает, что реальный договор - односторонне обязывающий, а консенсуальный - двусторонне обязывающий (взаимный).

Учитывая то, что при приобретении финансовым агентом денежных требований велика вероятность их неоплаты со стороны должника, договор факторинга также может быть отнесен к категории рисковых договоров.

Кроме того, он может быть как срочным, так и бессрочным. При этом срок, если иное не предусмотрено соглашением сторон, не является существенным условием договора финансирования под уступку денежного требования.

В результате анализа правоприменительной практики возникает также вопрос: является ли договор финансирования под уступку денежного требования самостоятельным договором или же смешанным?

В качестве примера приведем текст мотивировочной части постановления Федерального арбитражного суда Московского округа <1>, в котором говорится, что "из смысла ст. ст. 824, 825, 826 ГК РФ следует, что при финансировании под уступку денежного требования участник предпринимательских отношений, уступая имеющееся у него денежное требование другому лицу (финансовому агенту), в обмен на это получает займ или кредит".

<1> Постановление кассационной инстанции ФАС Московского округа от 21 апреля 1998 г. N КГ-А40/730-98.

Такой вывод суда нельзя признать обоснованным, поскольку он дает неправильное толкование содержания договора финансирования под уступку денежного требования.

По нашему мнению, договор факторинга является самостоятельным договором, поскольку, во-первых, его законодательное регулирование сосредоточено в специальной главе (гл. 43 ГК РФ), а во-вторых, он имеет только ему присущий предмет регулирования, о котором речь пойдет ниже.

Таким образом, можно говорить о договоре факторинга не как о смешанном договоре, включающем в себя в соответствии с п. 3 ст. 421 ГК РФ элементы иных договоров, а как о договоре, существенным элементом которого является денежное требование, присущее иным "родственным" договорам - кредиту и займу. Такому выводу способствует также и то, что гл. 43 ГК РФ расположена среди глав, регулирующих предоставление кредитно-финансовых услуг.

§ 4. Существенные условия договора финансирования под уступку денежного требования

С учетом содержания п. 1 ст. 432 ГК РФ существенными являются условия, необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности у его сторон <1>.

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 238.

Из определения договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) следует, что к его существенным условиям помимо цены относятся предмет договора и уступка денежного требования.

Условия договора факторинга, в том числе условие о его предмете, определяют содержание обязательства, которое по своей сути является не чем иным, как договором-правоотношением, возникающим из этой сделки и содержащим в себе такие элементы, как субъект, объект, содержание (права и обязанности сторон договора), санкция <1>.

<1> См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. С. 12 - 16.

В связи с этим условие о предмете является существенным только на стадии возникновения договорного обязательства, т.е. при вступлении договора факторинга в силу.

Отсюда следует, что предмет в качестве одного из элементов договорного обязательства не выделяется, поскольку на той стадии, когда договор факторинга уже заключен и представляет собой правоотношение, место предмета занимает объект.

В настоящее время существуют две основные точки зрения на объект правоотношения: "вещная" и "поведенческая" <1>.

<1> Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права; Российская школа частного права. М.: Статут, 1998. С. 109 - 161.

Ученые, отстаивающие первую концепцию, считают, что "объект правоотношения - это предмет, на который направлена деятельность субъектов правоотношения..." <1>. При этом под предметом правоотношения понимаются вещи, т.е. предметы материального мира.

<1> Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 202 - 204.

Другая точка зрения включает в понятие объекта правоотношения не только предметы материального мира и продукты творческой деятельности человека, но и само человеческое поведение. В связи с этим в качестве объекта гражданского правоотношения рассматривается "поведение его субъектов, направленное на различного рода материальные и нематериальные блага..." <1>.

<1> Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. М.: Проспект; Теис, 1996. С. 78.

Для определения объекта правоотношения, складывающегося в рамках финансирования под уступку денежного требования, более точно подходит вторая точка зрения, поскольку он в себя включает не только денежные требования, но и соответствующие действия сторон.

В качестве аналогии можно привести договор купли-продажи векселя. Договор купли-продажи является консенсуальным, и его объект (если рассматривать договор как правоотношение) включает в себя поведение, т.е. действия сторон, направленные на передачу векселя, принятие его в собственность и уплату за него денежных средств. При этом сам вексель представляет собой ничем не обусловленное обязательство денежного характера, выраженное в материальной форме, на которое направлено поведение сторон такого договора (продавца и покупателя). Следовательно, в объект договора как правоотношения, а также в его предмет как двусторонней сделки включается сам вексель по аналогии с денежным требованием в рамках договора финансирования под уступку денежного требования. При этом не имеет значения, что вексель в отличие от денежного требования в рамках факторинга является ценной бумагой.

Таким образом, при рассмотрении данной договорной конструкции как правоотношения его объект совпадает с предметом договора факторинга как двусторонней сделки.

Обратимся к содержанию предмета договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга).

Одним из его элементов является денежное требование (п. 1 ст. 826 ГК РФ), представляющее собой имущественное право, которое в силу п. 1 ст. 129 ГК РФ имеет такую отличительную черту, как отчуждаемость, т.е. возможность отделения от личности его носителя для передачи третьему лицу. В рамках договора факторинга имущественные права представляют собой "платежные обязательства контрагентов клиента, вытекающие... из заключенных им договоров..." <1>.

<1> Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 447.

В рамках договора факторинга могут уступаться как существующие, так и будущие денежные требования.

Под существующими денежными требованиями понимаются обязательства, срок платежа по которым уже наступил, а под будущими - право на получение платежа по которым возникнет через определенное время (п. 1 ст. 826 ГК РФ).

Денежные требования, как существующие, так и будущие, должны быть определены в договоре финансирования под уступку денежного требования (факторинга) таким образом, чтобы была возможность идентифицировать существующий долг в момент заключения соглашения между сторонами, а будущий - не позднее, чем в момент его возникновения. В противном случае если право не является неопределенным и неопределимым, т.е. основания считать сделку по уступке лишенной условия о предмете <1>, а договор факторинга - незаключенным.

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. С. 378.

В целях идентификации уступаемых денежных требований представляется целесообразным либо указывать в договоре реквизиты существующих требований, ссылаясь на конкретные договоры купли-продажи товаров (выполнения работ, оказания услуг), из которых они вытекают, либо ссылаться на вид продукции или на событие, с которым связано возникновение денежного обязательства.

В соответствии с п. 2 ст. 827 ГК РФ к уступаемому по договору финансирования под уступку денежного требования (факторингу) денежному требованию предъявляется еще одно условие - его действительность на момент цессии.

Согласно указанной норме денежное требование считается действительным, если клиент обладает правом на его передачу, т.е. имеет соответствующий титул, и в момент уступки ему не известны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять.

Следующим элементом предмета договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) является сделка по уступке денежных требований (цессия), которая "определяет юридическую сущность договора факторинга" <1>.

<1> Суханов Е.А. Финансирование под уступку денежного требования // Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998.

Цессия представляет собой одну из форм перемены лиц в обязательстве, на основании которой первоначальный кредитор (цедент) передает новому кредитору (цессионарию) принадлежащее ему право (требование) к должнику.

В соответствии со ст. 382 ГК РФ право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона.

Как мы видим, из определения уступки права не вытекает четкое указание на характер сделки, в рамках которой она должна совершаться. Именно в связи с этим в российской гражданско-правовой доктрине до сих пор ведутся дискуссии относительно сущности цессии и той формы, которой она должна соответствовать.

Фактически существующие по указанному поводу точки зрения сводятся к следующему: одни ученые предлагают рассматривать цессию как самостоятельный гражданско-правовой договор наряду с иными, поименованными в ГК РФ, а другие - некой абстракцией, которая приобретает правовое значение только в рамках отдельных гражданско-правовых договоров в качестве одного из их элементов.

Первая точка зрения не в полной мере укладывается в рамки законодательства, особенно учитывая то, что Гражданский кодекс Российской Федерации закрепил возможность оборота имущественных прав, помимо финансирования под уступку денежного требования, в рамках таких договоров, как купля-продажа (п. 4 ст. 454) и дарение (абз. 1 п. 1 ст. 572).

В этой связи можно утверждать, что цессия представляет собой правовую конструкцию общего характера, которая находит свое отражение в качестве отдельного элемента в рамках гражданско-правовых договоров, предусматривающих переход имущественных прав. В связи с этим нельзя согласиться с решением ФАС Западно-Сибирского округа, в котором содержится вывод о том, что "по своему содержанию договор о факторинге является договором цессии и, следовательно, должен соответствовать требованиям главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации" <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 июня 2000 г. по делу N Ф04/1556-332/А70-2000.

Таким образом, уступка денежного требования (цессия) является основным элементом договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга). Однако она имеет ряд существенных отличий от общегражданской цессии, регулируемой гл. 24 ГК РФ:

1) по договору финансирования под уступку денежного требования основанием для перехода прав(-а) требования является договор.

В отличие от этого цессия может совершаться также на основании закона (п. 1 ст. 382 ГК РФ);

2) в рамках договора финансирования под уступку денежного требования имеет место сингулярное правопреемство, которое касается отдельного денежного требования или отдельной группы требований.

Таким образом, уступка права в рамках договора факторинга представляет собой выделение из состава принадлежащего клиенту на основании договоров поставки товаров (выполнения работ, оказания услуг) субъективного гражданского права отдельного правомочия - денежного требования (долга), которое передается финансовому агенту в обмен на предоставление последним денежных средств;

3) уступка прав(-а) требования по договору факторинга всегда носит возмездный характер, поскольку целью договора является деятельность, связанная с финансированием финансовым агентом клиента;

4) цессия в договоре факторинга может носить обеспечительный характер (п. 2 ст. 831 ГК РФ);

5) в отличие от общегражданской цессии право требования по договору факторинга может быть уступлено только лицу, обладающему специальной правоспособностью;

6) уступаемое право требования по договору факторинга носит исключительно денежный характер, в то время как в рамках общегражданской цессии могут уступаться различные права требования, не имеющие денежного характера;

7) по общему правилу дальнейшая переуступка прав требования по договору факторинга не допускается (ст. 829 ГК РФ).

Анализ ст. 831 Гражданского кодекса Российской Федерации позволяет говорить о двояком характере отношений, складывающихся в процессе перехода денежных требований в рамках договора финансирования под уступку денежного требования.

С одной стороны, речь идет о продаже долга. Примером здесь может служить описанный А.Л. Маковским случай, в соответствии с которым кредитор при наличии вступившего в законную силу решения арбитражного суда о взыскании денежных средств уступает долговое требование финансовому агенту за 2/3 его реальной стоимости <1>.

<1> Пример взят из статьи А.Л. Маковского "О концепции и некоторых особенностях второй части Гражданского кодекса" // Вестник ВАС РФ. 1996. N 5. С. 103 - 104.

С другой стороны, клиент может уступить финансовому агенту денежное(-ые) требование(-я) к должнику в качестве обеспечения исполнения своих обязательств перед фактором.

Вывод о возможности считать уступку прав(-а) требования, совершаемую в рамках договора факторинга, отдельным способом обеспечения исполнения обязательств основывается на том, что их перечень не является исчерпывающим (п. 1 ст. 329 ГК РФ). Таким образом, в случае исполнения клиентом обязательств перед финансовым агентом последний обязан вернуть ранее уступленное(-ые) право(-а) требования.

Однако данный вывод вступает в противоречие с судебной практикой. В частности, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отказался признать действительность цессии, по условиям которой кредитор через какое-то время должен был вернуть уступленное ему право <1>.

_____

<1> Вестник ВАС РФ. 1996. N 11. С. 76.

Из изложенного следует, что назрела острая необходимость на законодательном уровне определить соотношение положений гл. 24 и 43 ГК РФ. Для решения поставленной задачи целесообразно было бы установить приоритет норм гл. 43 путем включения в гл. 24 ГК РФ соответствующего положения.

При уступке прав(-а) требования, совершаемой в рамках договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга), большое значение приобретает момент перехода прав(-а) финансовому агенту.

Переход прав по общему правилу считается состоявшимся либо с момента передачи прав и (или) финансирования клиента, либо с момента заключения договора, в зависимости от того, является ли сделка реальной или консенсуальной. При этом стороны, основываясь на принципе свободы договора, могут определить по соглашению между собой иной момент перехода прав(-а), например указав точный срок.

Особую важность для правоприменительной практики представляет вопрос, связанный с моментом уступки в рамках договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) будущих прав.

В соответствии с п. 2 ст. 826 ГК РФ будущее денежное требование считается перешедшим к финансовому агенту после того, как возникло само право на получение с должника денежных сумм, которые являются предметом цессии, предусмотренной договором. При этом не требуется дополнительного оформления уступки.

Как мы видим, переход будущего права, а следовательно, и момент вступления уступки в юридическую силу связаны с моментом его возникновения, поскольку в момент соглашения оно отсутствует в имущественной массе клиента.

Таким образом, момент уступки существующих и будущих денежных требований также не связан с уведомлением должника о совершенной в рамках договора факторинга цессии.

Однако исполнение должником обязательств в пользу финансового агента во многом зависит от осведомленности первого об имевшей место уступке прав (ст. 830 ГК РФ). При этом законодательством четко не определены требования, которым должно соответствовать уведомление.

В указанной выше норме говорится лишь о том, что в уведомлении должно быть определено денежное требование, а также указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж. Кроме того, в ней закреплено, что должника может уведомить как клиент, так и финансовый агент (в зависимости от того, на кого возложена по договору данная обязанность).

В связи с этим требуется законодательно урегулировать порядок уведомления должника о произошедшей уступке.

Пока его нет, можно высказать следующие рекомендации.

Уведомление должно иметь письменную форму, содержать указание на дату его составления, включать в себя сведения о договоре факторинга, об уступленном денежном требовании, о финансовом агенте (включая его наименование с указанием на организационно-правовую форму), а также должно быть подписано уполномоченным лицом (в зависимости от содержания договора - либо клиентом, либо финансовым агентом) и скреплено соответствующей печатью.

§ 5. Стороны договора

Договор факторинга заключается между двумя сторонами: клиентом и финансовым агентом.

Остановимся более подробно на их правовом статусе.

Законодательство Российской Федерации не устанавливает каких-либо специальных правил в отношении клиента. Однако на практике рынок факторинговых услуг построен таким образом,

что для того, чтобы стать клиентом финансового агента, необходимо в обязательном порядке являться предпринимателем.

Поэтому клиентами факторинговых компаний выступают юридические лица - коммерческие организации и индивидуальные предприниматели.

Кроме того, финансовые агенты стараются не заключать договоры со структурными подразделениями юридических лиц, а также с организациями, имеющими большое количество должников; с предприятиями, занимающимися незаконным бизнесом или производящими нестандартную продукцию; с предприятиями, работающими в области строительства на условиях привлечения субподрядчиков; с предприятиями, реализующими свою продукцию на условиях авансовых платежей.

Как мы видим, практика проведения факторинговых операций предъявляет свои требования к фигуре клиента. Подобные ограничения обусловлены прежде всего тем, что договор факторинга относится к категории рисковых договоров, и поэтому финансовым агентам достаточно трудно оценить платежеспособность должников, правомерность их деятельности и прозрачность осуществляемых между ними и клиентами расчетов.

В соответствии со ст. 825 ГК РФ финансовыми агентами по договорам факторинга могут выступать банки и иные кредитные организации, а также другие юридические лица, имеющие разрешение (лицензию) на осуществление сделок такого рода.

В понятие "кредитная организация" <1> входят два вида юридических лиц: банковские и небанковские кредитные организации. Их различие заключается в том, что первым предоставляется исключительное право в совокупности осуществлять все банковские операции и сделки, включая финансирование под уступку денежного требования, перечисленные в Законе о банках (ст. 5), а вторым - только отдельные виды. При этом банковские кредитные организации вправе заключать договоры факторинга на основании общей лицензии, выдаваемой Центральным банком Российской Федерации.

_____

<1> См.: ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности".

Таким образом, законодательство ограничивает перечень лиц, которые могут выступать финансовыми агентами в договоре финансирования под уступку денежного требования (факторинга). Ими не могут являться некоммерческие организации и индивидуальные предприниматели.

Финансовый агент должен обладать специальной правоспособностью, которая заключается в наличии специального разрешения (лицензии) (ст. 825 ГК РФ). Учитывая данное требование законодателя, арбитражные суды на основании ст. 168 ГК РФ признают ничтожными любые сделки финансирования под уступку денежного требования, в которых лицо, выступающее в качестве финансового агента, не имеет соответствующей лицензии <1>.

_____

<1> В качестве примера можно привести Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29 июля 2003 г. по делу N Ф08-2647/2003.

Поскольку в настоящее время отсутствует специальный порядок лицензирования деятельности финансовых агентов, фактически право на осуществление подобных сделок предоставлено исключительно кредитным организациям, действующим на основании соответствующей лицензии.

§ 6. Права и обязанности сторон в договоре финансирования под уступку денежного требования

При рассмотрении содержания договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) мы сталкиваемся с совокупностью корреспондирующих друг с другом прав и обязанностей его участников.

Исходя из ст. 824 ГК РФ основной обязанностью финансового агента является уплата денежных средств в счет уступаемых денежных требований.

По общему правилу финансирование фактором клиента осуществляется путем уплаты финансовым агентом части суммы денежных обязательств в месте нахождения клиента в установленный сторонами срок. Чаще всего оставшаяся часть суммы перечисляется после полного погашения должником предъявленных ему долговых требований. Однако стороны по соглашению между собой вправе избрать иную форму расчетов (например, путем перечисления фактором всей суммы, подлежащей уплате).

Обязанность фактора передать клиенту денежные средства корреспондирует с обязанностью последнего уступить денежное(-ые) требование(-я).

По общему правилу клиент и фактор согласовывают между собой уступаемые денежные требования. Делается это в связи с заинтересованностью фактора получить от клиента дебиторскую задолженность финансово устойчивых должников, которые будут в состоянии надлежащим образом исполнить лежащие на них обязательства.

Сложившаяся на сегодняшний день практика в области деятельности финансовых агентов предполагает проверку каждого уступаемого денежного требования на предмет его действительности, а также предусматривает получение информации относительно платежеспособности должника.

Как правило, денежное(-ые) требование(-я) находит(-ят) свое отражение в соответствующем(-их) документе(-ах) (счете-фактуре, платежном требовании, договоре и т.д.), срок платежа по которому(-ым) уже наступил (существующее требование(-я)) или наступит в будущем (будущее требование(-я)).

Исходя из п. 2 ст. 385 ГК РФ на цеденте (клиенте) лежит обязанность передать цессионарию (финансовому агенту) необходимые документы, служащие подтверждением уступленной дебиторской задолженности.

Право требовать передачи необходимых документов от клиента фактор имеет даже при отсутствии такого условия в соглашении об уступке, поскольку оно основано на норме закона <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10 апреля 2001 г. N А05-8443/00-324/23.

Поскольку нормативных требований к конкретному перечню документов, подлежащих передаче, не существует, то он может быть согласован сторонами при заключении договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга). В случае отсутствия в договоре такого условия документы должны передаваться в том объеме, который необходим для реализации фактором своих прав к должнику.

Соответственно, при неисполнении или ненадлежащем исполнении лежащей на цеденте (клиенте) обязанности цессионарий (финансовый агент) вправе требовать от него передачи указанных документов и(или) возмещения причиненных убытков <1>, основывая свои требования на ст. ст. 12, 15, 393 и 396 ГК РФ. Кроме того, фактор также может на основании абз. 1 п. 2 ст. 328 ГК РФ приостановить исполнение лежащих на нем обязательств по договору факторинга, т.е. отказаться финансировать клиента, либо вообще отказаться от договора, потребовав возмещения убытков.

<1> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 6 апреля 2000 г. N Ф09-406/2000-ГК.

Помимо вышесказанного возникает также вопрос относительно того, должны ли передаваться подлинники документов, или достаточно их копий.

Как представляется, в случае невозможности передать подлинные документы, подтверждающие существование прав(-а) требования, уступленных(-ого) в рамках договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга), могут быть вручены их копии. Кроме того, никто не мешает цессионарию (фактору) в случае необходимости заверить с участием цедента за свой счет их копии у нотариуса (ст. 46 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате <1>).

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 10. Ст. 357.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что неисполнение цедентом (клиентом) лежащей на нем обязанности передать цессионарию (фактору) документы, подтверждающие уступленные права требования, не является основанием для признания цессии и, следовательно, всего договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) недействительным. Данный вывод подтверждается судебной практикой <1>.

<1> См.: Постановления ФАС Центрального округа от 27 сентября 2001 г. N А36-63/13-01; от 20 марта 2002 г. N А36-259/8-01.

Помимо передачи необходимых документов на цеденте (клиенте) лежит обязанность сообщать иные сведения, которые могут повлиять на исполнение денежного требования должником (п. 2 ст. 385 ГК РФ).

В гражданском законодательстве четко не определен круг сведений, которые клиент (цедент) обязан сообщить фактору (цессионарию). Поэтому очевидно, что словосочетание "сведения... необходимые" имеет оценочный характер, и его содержание зависит от сути правоотношений между клиентом и его должником(-ами).

Поэтому клиент обязан поставить в известность фактора относительно тех обстоятельств, которые входят или могут войти в состав причинно-следственной связи между его действиями и обязательствами, возникшими на их основании, а также тех, которые влияют или могут повлиять на исполнимость заявленных требований.

Как полагает В.А. Белов, в их число входят: указание на условия осуществления требования (место, срок, способ исполнения и т.д.), данные о существующих обременениях переданного права, а также сведения об исполнении цедентом его обязанностей в отношении должника, о наличии у должника возражений и прав на зачет, а также об обстоятельствах, опровергающих указанные возражения <1>.

<1> См.: Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2001. С. 154.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения цедентом соответствующей обязанности цессионарий может воспользоваться теми же средствами правовой защиты, что и при непредставлении необходимых документов.

Таким образом, можно отметить, что на цеденте лежит обязанность содействовать собственными действиями реализации цессионарием денежного(-ых) требований(-я) по отношению к должнику.

По общему правилу финансовый агент в результате покупки денежного требования приобретает права на все поступления от должника (п. 1 ст. 831 ГК РФ). Их размер может как превысить сумму финансирования клиента, так и оказаться меньше ее. При этом клиент, если иное не предусмотрено соглашением сторон, не несет перед фактором ответственности за то, что цена, уплаченная за права требования, оказалась выше суммы, полученной от должника.

Однако, как уже говорилось выше, договор финансирования под уступку денежного требования может быть заключен с целью обеспечения исполнения обязательств клиента перед финансовым агентом. В этом случае право на получение денежных средств с должника возникнет у финансового агента только в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения клиентом своих обязательств перед ним. Однако финансовый агент получит права только на те суммы, которые непосредственно покрывают задолженность клиента перед ним. В ситуации, когда полученные фактором от должника денежные средства будут меньше задолженности клиента, последний обязан будет возместить оставшуюся часть долга за свой счет (п. 2 ст. 831 ГК РФ).

В обоих рассмотренных выше случаях, в которых факторинг выступает в качестве обеспечения исполнения обязательств, на финансовом агенте лежит обязанность представлять клиенту отчеты о денежных суммах, получаемых с должника(-ов), с тем чтобы, с одной стороны, не допустить неосновательного обогащения (ст. 1102 ГК РФ), а с другой - чтобы иметь возможность возместить за счет клиента часть недополученных от должника денежных средств.

На финансовом агенте или клиенте, в зависимости от содержания договора, лежит также обязанность уведомить должника о произошедшей уступке денежного требования.

При этом, если должник не был уведомлен о переходе прав(-а) кредитора к финансовому агенту, риск неблагоприятных последствий лежит на последнем, поскольку исполнение долговых(-ого) обязательств(-а) первоначальному кредитору (клиенту) будет считаться надлежащим (п. 3 ст. 382 ГК РФ).

Однако в данном случае правовые последствия для сторон договора факторинга будут различными, в зависимости от того, на ком из них лежала обязанность уведомить должника.

В случае если по соглашению сторон соответствующие действия должен был осуществить клиент, но в установленный срок не совершил их и должник исполнил обязанность в его пользу, то финансовый агент вправе требовать от него расторжения договора, а также возврата всей денежной суммы как неосновательно полученного с начислением на нее процентов за пользование чужими денежными средствами (п. 1 ст. 1104, ст. 1107 ГК РФ). Данный вывод находит свое подтверждение также и в судебной практике <1>.

<1> См.: пункт 10 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. N 49 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении" (источник опубликования).

Однако в случае, если клиент умышленно не исполнил лежащую на нем обязанность уведомить должника или же ввел последнего в заблуждение путем указания собственного имени на уведомлении и получил от должника причитающиеся финансовому агенту денежные суммы, то последний вправе требовать от него помимо возврата неосновательного обогащения с начислением процентов на соответствующие денежные суммы также и возмещения убытков, причиненных указанным деянием (действием или бездействием).

Рассмотрим теперь ситуацию, когда обязанность уведомить должника о состоявшейся уступке денежного(-ых) требования(-й) лежала по договору факторинга на финансовом агенте, но он ее вовремя не исполнил и денежные средства были получены клиентом.

В этом случае также должны применяться требования, вытекающие из неосновательного обогащения. При этом если клиент своевременно сообщил фактору о полученных им денежных средствах и готов их добровольно передать, то у последнего нет оснований для предъявления требований о начислении процентов за незаконное пользование чужими денежными средствами, а также о возмещении убытков.

§ 7. Права и обязанности должника

Непосредственным основанием для возникновения правоотношений между финансовым агентом и должником является такой юридический факт, как сделка цессии, совершаемая в рамках договора факторинга.

Однако права и обязанности указанных субъектов зависят не только от цессии, но и от договорной связи между клиентом и должником, которая как раз и служит причиной возникновения долговых обязательств последнего.

В связи с этим должник в отношениях, связанных с финансированием под уступку денежного требования, занимает подчиненное положение. Поэтому, как справедливо отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, защита прав должника является основной проблемой цессионного права <1>.

<1> См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 166.

Основной обязанностью должника является надлежащее исполнение денежного требования в пользу финансового агента.

При этом клиент вправе уступить финансовому агенту денежные требования, возникшие из договора купли-продажи товаров (выполнения работ, оказания услуг), либо в полном объеме, существовавшем к моменту заключения договора факторинга, либо только в части. Возможность уступки клиентом части денежных требований подтверждается судебной практикой. В частности, ФАС Волго-Вятского округа в своем решении указал, что в рамках цессии может быть передано требование оплаты части долга, если можно выделить конкретные обязательства, из которых он возник <1>.

<1> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 октября 2006 г. по делу N А82-16485/2005-30.

Однако для получения выплаты необходимо своевременно уведомить должника о произошедшей цессии. Именно с момента получения такого уведомления между должником и финансовым агентом возникает правовая связь.

Должник обязан платить цессионарию (фактору) только при получении письменного уведомления о состоявшейся уступке (ст. ст. 382, 386, 412, 830 ГК РФ), что говорит о том, что простая осведомленность для него не имеет правовых последствий.

В случае неуведомления должника о состоявшемся переходе прав финансовый агент несет риск неблагоприятных последствий, вызванный этим.

К ним, в частности, можно отнести следующие:

1) должник может заплатить вместо фактора клиенту и будет считаться надлежащим образом исполнившим свои обязательства (п. 3 ст. 382 ГК РФ);

2) поскольку должник вправе предъявить к зачету фактору только те денежные требования, которые у него имелись к моменту уведомления о произошедшей уступке, то чем больше будет проходить времени до момента его направления, тем больше вероятность, что такие права у должника могут возникнуть;

3) временной фактор при уведомлении имеет большое значение для получения фактором преимущества перед иными кредиторами должника по соответствующим денежным обязательствам.

В силу п. 2 ст. 830 ГК РФ должник имеет право потребовать от финансового агента доказательства того, что уступка денежного(-ых) требования(-й) в его пользу имела место.

Поскольку в законодательстве не определено, что именно должно предоставляться финансовым агентом для такого подтверждения, можно предположить, что таким доказательством должен служить договор факторинга (подлинник или его копия).

Иллюстрацией вышесказанного служит вывод, содержащийся в постановлении ФАС Центрального округа, в соответствии с которым "при отсутствии... указания на договор,

послуживший основанием возникновения обязательства, нельзя определить передаваемое кредитором право..." <1>.

<1> Постановление ФАС Центрального округа от 10 сентября 1999 г. N 222/9.

В случае отказа финансового агента представить необходимые доказательства должник вправе, исходя из п. 1 ст. 385 ГК РФ, не исполнять в его пользу денежное(-ые) обязательство(-а). Однако это не освобождает его от обязанности произвести платеж клиенту.

Если должник получил уведомление об уступке денежного(-ых) требования(-й) фактору, но произвел его (их) оплату клиенту, исполнение обязательства признается ненадлежащим и он несет ответственность перед финансовым агентом.

Последний вправе предъявить к нему требование произвести оплату долговых обязательств, а также возместить убытки (реальный ущерб и упущенную выгоду), вызванные действиями должника.

Следует также отметить, что в отличие от общегражданской цессии (п. 2 ст. 388 ГК РФ) в рамках договора факторинга допускается уступка денежного(-ых) требования(-й), даже если между клиентом и должником по первоначальному договору существовал запрет на ее совершение (п. 1 ст. 828 ГК РФ).

Однако в этом случае клиент несет ответственность перед должником за нарушение условия первоначального договора (п. 2 ст. 828 ГК РФ), и последний вправе потребовать на основании ст. ст. 15 и 393 ГК РФ возмещения ему убытков, причиненных заменой кредитора.

Следствием совершения уступки долговых(-ого) обязательств(-а) в рамках договора факторинга является возникновение у должника в соответствии со ст. 832 ГК РФ права предъявить на основании ст. ст. 410 - 412 ГК РФ к зачету свои денежные требования, вытекающие из договора с клиентом, которые уже имелись у него к моменту получения уведомления.

Зачет требований должника возможен при одновременном наличии следующих обстоятельств:

1) предъявляемое к зачету требование должно иметь денежный характер;

2) срок исполнения денежного требования, предъявляемого к зачету, должен либо уже наступить к моменту уведомления об уступке, либо он четко не установлен и определяется моментом востребования;

3) предъявляемое к зачету денежное требование должно вытекать из договора, который либо послужил основанием заключения сделки уступки права, либо непосредственно связан с ней.

При этом, несмотря на то что в ст. 410 ГК РФ речь идет только об одном встречном требовании, очевидна возможность должника предъявить к зачету несколько денежных обязательств, удовлетворяющих указанным выше условиям.

Кроме права на зачет должник на основе ст. 386 ГК РФ наделен правомочием выдвигать против финансового агента иные возражения, которые он имел против клиента к моменту получения уведомления об уступке денежного(-ых) требования(-й).

Возражения, по мнению Е.А. Крашенинникова, имеют как материально-правовую, так и процессуально-правовую природу <1>. В первом случае ими могут выступать обстоятельства, свидетельствующие об отсутствии ответственности должника или же уменьшающие эту ответственность и т.д., а во втором - возражения, касающиеся пропуска срока исковой давности, и т.д.

<1> См.: Крашенинников Е.А. Правовые последствия уступки требования. С. 11.

В российской цивилистике также высказывалось мнение о возможности предъявления должником цессионарию возражений личного характера, касающихся цедента <1>.

<1> См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. С. 347.

Указанная точка зрения представляется достаточно спорной, поскольку цессионарий не является стороной договора между цедентом и должником.

Должник вправе также в случае нарушения клиентом обязательств по договору, заключенному между ними, потребовать от финансового агента возврата уже уплаченных ему сумм в счет исполнения уступленного денежного требования в случае, если должник не может получить их непосредственно с клиента (п. 1 ст. 833 ГК РФ).

Как представляется, указанная норма существенно повышает риск наступления для фактора неблагоприятных последствий, поскольку из ее смысла вытекает, что наличие любого препятствия в получении соответствующих денежных сумм с клиента позволяет взыскать их с финансового агента.

Например, такая ситуация может иметь место в случае неплатежеспособности клиента. В этом случае после возврата денежных сумм должнику фактор приобретет право потребовать от клиента возврата уплаченных ему во исполнение договора факторинга денежных средств, а также возмещения причиненных ему убытков. Однако в связи с очередностью погашения требований кредиторов (ст. 855 ГК РФ) это может быть затруднительно.

Следует также отметить, что должник имеет право получить уплаченные им денежные средства по уступленным денежным требованиям непосредственно с финансового агента в случае его недобросовестности, которая может выражаться в соответствии с п. 2 ст. 833 ГК РФ в следующем:

1) в нарушении обязательства произвести обещанный платеж клиенту;

2) в действиях по перечислению соответствующих средств при наличии информации о неисполнении клиентом обязательств по договору перед должником.

Первый из указанных случаев представляет собой не что иное, как особую форму обращения взыскания на имущество, предназначенное клиенту.

Во втором случае должник обращает свое взыскание на имущество финансового агента, который фактически пошел на сговор с клиентом. При этом фактор вправе после удовлетворения требований должника в порядке регресса обратиться к клиенту за возмещением убытков, причиненных истребованием у него денежных средств должником.

§ 8. Ответственность участников договора финансирования под уступку денежного требования

В соответствии с п. 1 ст. 827 ГК РФ клиент отвечает перед финансовым агентом только за действительность уступаемого денежного требования.

При этом следует иметь в виду, что, в отличие от ст. 390, п. 1 ст. 827 ГК РФ позволяет сторонам включить в договор финансирования под уступку денежного требования (факторинга) условие, освобождающее цедента (клиента) от ответственности в случае уступки недействительного(-ых) денежного(-ых) требования(-й).

Под действительным понимается такое требование, которое в совокупности удовлетворяет двум условиям: клиент в силу определенных юридических фактов обладает правом требовать от должника исполнения денежного обязательства и ему в момент уступки не известны обстоятельства, которые бы позволили должнику отказаться от его исполнения.

Таким образом, порядок привлечения клиента к ответственности за недействительность уступаемого требования будет целиком зависеть от момента вступления в силу сделки по уступке денежного требования.

По мнению А.С. Комарова, "при решении вопроса о наличии обстоятельств, препятствующих исполнению денежного требования, следует исходить из общих начал ответственности предпринимателя за неисполнение обязательств, то есть должен применяться объективный критерий, в силу которого должно учитываться не столько то, что в действительности знал клиент, сколько то, что он обязан был знать в силу занятия определенным видом предпринимательской деятельности" <1>.

<1> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. С. 448 (автор - А.С. Комаров).

В силу вышесказанного к таким условиям можно отнести те, которые вытекают из взаимоотношений клиента и должника и непосредственно влияют на действительность договора факторинга. К таковым, в частности, относятся:

1) ненадлежащее исполнение клиентом лежащих на нем обязательств по поставке товаров, выполнению работ и (или) оказанию услуг.

В этом случае должник вправе на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ отказаться от выплаты долга, что повлечет за собой неправомерность предъявления к нему финансовым агентом денежного требования;

2) недействительным может также являться денежное обязательство, имеющее порочное основание. Оно является ничтожным, т.е. недействительным, с момента возникновения (п. 1 ст. 167 ГК РФ);

3) недействительность уступаемого денежного требования как акцессорного обязательства может быть вызвана недействительностью основного обязательства, в обеспечение которого был заключен договор факторинга;

4) недействительность денежного требования может быть результатом того, что к моменту вступления сделки цессии в договоре факторинга в законную силу оно уже прекратило свое

существование предусмотренными законодательством способами (например, исполнением должником клиенту; зачетом с клиентом; отступным или новацией и т.д.).

Следует также иметь в виду, что условие о запрете уступки денежного требования не относится к обстоятельствам, влияющим на ее действительность. В соответствии со ст. 828 ГК РФ уступка финансовому агенту денежного требования является действительной, даже если между клиентом и его должником существует соглашение о ее запрете или ограничении.

Несмотря на наличие общего правила об ответственности цедента за недействительность уступаемого(-ых) денежного(-ых) требования(-й), некоторые авторы считают, что он может быть от нее освобожден, если до подписания договора цессионарием (финансовым агентом) предупредил последнего о наличии обстоятельств, которые влияют на исполнение долговых обязательств.

В частности, В.А. Белов полагает, что если цессионарий (фактор) не смог должным образом воспользоваться предоставленной ему информацией для нейтрализации возражений должника, то все неблагоприятные последствия должны быть возложены на него <1>.

<1> См.: Белов В.А. Указ. соч. С. 156.

Приведенное мнение представляется довольно оригинальным, но оно не может быть реализовано на практике, поскольку ст. 390 ГК РФ носит императивный характер и предусматривает обязательную ответственность цессионария (клиента) за недействительность уступаемого денежного требования.

С другой стороны, такой подход может иметь место в случае, если между сторонами был заключен договор факторинга с правом регресса и в его рамках клиент передал финансовому агенту необходимые документы на случай возражений со стороны должника, которыми он не смог воспользоваться должным образом. Другими словами, речь идет не о недействительности денежного требования, а о его исполнимости. В этом случае размер ответственности клиента может быть на основании ст. 404 ГК РФ уменьшен.

В связи с вышесказанным можно согласиться с выводами Л.А. Новоселовой, которая полагает, что "действительность сделки по уступке права требования не должна ставиться в зависимость от действительности права, которое передается новому кредитору. Недействительность уступленного права влечет ответственность цедента, а не недействительность сделки уступки требования".

§ 9. Изменение и расторжение договора финансирования под уступку денежного требования

Договор финансирования под уступку денежного требования может быть изменен или расторгнут по соглашению между клиентом и финансовым агентом (п. 1 ст. 450 ГК РФ). В этом случае к моменту расторжения договора стороны должны надлежащим образом исполнить обязательства друг перед другом. Помимо этого, финансовый агент по общему правилу обязан совершить обратную уступку тех денежных требований, которые были ему переданы клиентом, но при этом не были оплачены финансовым агентом (например, в случае, когда речь идет о "полнооборотном факторинге"). Данный вывод подтверждается решением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в котором говорится о том, что повторная перемена лиц в обязательстве могла состояться только в связи с обратной уступкой прав (требования) <1>.

<1> См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2000 г. N 77/00.

Изменение или расторжение договора факторинга в одностороннем порядке по общему правилу не допускается, если иное не оговорено законом или соглашением сторон. Подтверждением этого служат положения ст. ст. 450 и 451 ГК РФ, которые предусматривают такую возможность в судебном порядке и в следующих случаях:

1) существенное нарушение условий договора одной из сторон.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет за собой для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при его заключении;

2) существенное изменение обстоятельств.

Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что если бы сторона могла это разумно предвидеть, то договор финансирования под уступку денежного требования не был бы ею заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях;

3) в иных случаях, предусмотренных федеральным законодательством.

Рассмотрим подробно каждый из них.

К числу существенных нарушений условий договора финансирования под уступку денежного требования можно отнести следующие:

1) со стороны финансового агента:

- неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по финансированию клиента.

Это может выражаться либо в неоплате уступленных денежных требований, либо в их неполной или несвоевременной оплате;

- невыполнение или ненадлежащее выполнение обязанности по оказанию клиенту финансовых услуг, если таковые предусмотрены договором;

2) со стороны клиента:

- неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по уступке денежных требований;

- уступка недействительного(-ых) денежного(-ых) требования(-й), если иное не было предусмотрено договором;

- неисполнение обязанности по уплате денежных средств финансовому агенту в случае, когда заключен договор финансирования под уступку денежного требования с правом регресса и должник не произвел выплату по предъявленному к нему денежному требованию;

- неисполнение или ненадлежащее исполнение клиентом обязанности уведомить должника о произошедшей уступке денежных требований по договору факторинга в случае, когда это было предусмотрено договором и повлекло за собой причинение финансовому агенту убытков.

Стороны вправе включить в договор и иные случаи нарушения его условий, которые они признают существенными.

Расторжение договора при существенном изменении обстоятельств возможно по инициативе любой из сторон. При этом необходимо, чтобы данные обстоятельства относились к категории непредвиденных и, следовательно, неизвестных сторонам в момент вступления в силу договора финансирования под уступку денежного требования. Примером такого обстоятельства может являться резкое обесценивание валюты, в которой выражено денежное требование, приобретенное финансовым агентом.

Глава 11. ДОГОВОР ХРАНЕНИЯ НА ТОВАРНОМ СКЛАДЕ

§ 1. Понятие договора хранения на товарном складе

Договор хранения относится к договорам услуг и имеет целью обеспечить сохранение вещи, предотвратить влияние на нее вредных внешних воздействий и присвоение ее другими лицами. Договор хранения на товарном складе является самостоятельным договором <1>, при исполнении которого хранитель осуществляет свою профессиональную деятельность в качестве предпринимателя.

_____

<1> В других случаях договор хранения может быть составной частью иных соглашений, в частности договоров поставки, перевозки, экспедиции и др. В таких случаях обязательства хранителя являются дополнительным элементом основного договора и регулируются по нормам этого основного договора.

Характерным правовым признаком договора хранения является то, что этот договор заключается в интересах поклажедателя <1>, т.е. владельца товара, переданного на хранение. Как правило, хранитель не вправе пользоваться и распоряжаться вещью, а обязан возвратить поклажедателю именно ту вещь, которая была передана ему на хранение, конечно, с учетом естественных потерь. Субъектами договора выступают поклажедатель и склад - предприниматель.

_____

<1> Этот термин перешел в ГК из дореволюционного законодательства, в котором хранение называлось поклажей.

Поклажедатель может не быть собственником имущества. Действия хранителя осуществляют законные представители склада. На практике возникают споры о личности хранителя, если имущество было передано работником склада без соответствующего оформления вопреки установленным правилам. В таких случаях договор поклажедателя со складом не считается заключенным. Хранителем выступает и несет ответственность за повреждение или утрату имущества не склад - юридическое лицо, а непосредственно тот работник, который принял на себя соответствующие обязательства. Однако если действия работника не вызывали сомнений в его полномочиях, он действовал от имени склада, то такой договор нужно считать заключенным от имени профессионального хранителя, так как согласно положениям п. 1 ст. 182 ГК РФ любое лицо, действующее в соответствующей обстановке, должно рассматриваться в качестве представителя организации.

Согласно ст. 907 ГК товарным складом признается организация, осуществляющая в качестве предпринимательской деятельности хранение товаров и оказывающая связанные с хранением услуги. Учредителями склада могут быть юридические лица различных организационно-правовых форм и индивидуальные предприниматели. К ним не относятся структурные подразделения различных производственных, строительных и иных предприятий и организаций, которые хранят товары для собственного производства и не являются юридическими лицами.

Различаются товарные склады общего пользования, которые обязаны принимать товары на хранение от любого товаровладельца и заключать с ним публичный договор. Об этом сообщается в объявлениях и рекламе, исходящих от такого склада и складов ведомственных, обслуживающих определенные организации, которые могут, но не обязаны брать на хранение имущество посторонних организаций и граждан. Такие склады существуют на транспорте, на таможне, при оптовых торговых и других организациях. Особенности хранения имущества регулируются в этом случае ведомственными и иными нормативными актами. Например, Приказом Государственного таможенного комитета России (ГТК) от 8 сентября 2003 г. N 972 утверждено Положение об учреждении и функционировании таможенных складов, владельцами которых являются таможенные органы <1>.

_____

<1> Российская газета. 2003. N 203.

Товарные склады принимают товары с раздельным хранением и обезличением. В последнем случае принятые на хранение вещи одного поклажедателя могут смешиваться с вещами того же рода и качества других поклажедателей. Эти случаи должны специально предусматриваться договором хранения. Его называют иррегулярным (неправильным) способом хранения. Такие отношения чаще всего применяются при хранении вещей на элеваторах, в холодильниках, овощехранилищах общего пользования и тому подобных складах. По истечении срока хранения каждому из поклажедателей выдается обусловленное сторонами количество вещей того же рода и качества. В таких случаях на складе возникает общая долевая собственность всех поклажедателей и при случайной гибели товара потери распределяются между ними пропорционально количеству сданных на хранение вещей, если иное не установлено договором хранения. Следует признать, что это специальный случай общей долевой собственности, и общие правила о ней (гл. 16 ГК РФ) к ним неприменимы. В случаях частичного хищения товара со склада с обезличением или иной недостачи поклажедатели вправе требовать возврата своих товаров до тех пор, пока они имеются в наличии на складе. Только при отсутствии товара в натуре хранитель обязан возместить убытки в размере недостающего товара. Почему в таких случаях суды требуют доказательства об отсутствии у хранителя данного имущества?

Склады используют современные методы для обеспечения высокой скорости прохождения и складирования грузов, связанных с уменьшением издержек. Современная автоматизированная система управления складом позволяет контролировать товарные запасы на всех стадиях технологического цикла и поддерживать функции хранения с учетом особенностей товаров. Автоматическая система управления складов позволяет быстро давать информацию о местонахождении прибывших и находящихся на складах товаров и производить их поиск, содержит информацию о складской технике, персонале, проходах склада и другие данные. Все это делает процесс хранения эффективным и контролируемым.

Гражданский кодекс РФ установил два вида договора хранения. Первый направлен на сохранность уже переданных вещей. Это реальный договор. Правоотношения сторон возникают с момента передачи вещи хранителю. Второй договор предусматривает обязанность хранителя принять на хранение вещи от поклажедателя в будущем, т.е. в предусмотренный договором срок. Этот договор заключается только предпринимателями, которые осуществляют хранение в качестве одной из основных целей своей профессиональной деятельности.

§ 2. Заключение договора хранения на товарном складе

Договор хранения заключается в письменной форме. Форма договора складского хранения считается соблюденной, если принятие товара на склад удостоверено складскими документами. В Положении о складе может быть предусмотрено, что товары, хранящиеся на складе, будут подвергнуты дополнительным операциям, например сушке, помещению в защитную упаковку, окрашиванию для защиты от ржавчины и др. Могут производиться работы по сортировке товара, упаковке, переупаковке, погрузке и др.

Особым договором хранения является хранение на товарных складах вещей с правом хранителя распорядиться ими. Такое условие должно быть определено законом, условиями договора хранения. В таких случаях вещи, переданные на хранение, обезличиваются, т.е. являются заменимыми. Риск случайной гибели или повреждения имущества несет склад (ст. 918 ГК).

При приеме товара на склад хранитель обязан за свой счет произвести осмотр товара, определить его количество и внешнее состояние. В подтверждение принятого товара на хранение товаровладельцу выдается один из следующих документов.

1. Складское свидетельство или складская квитанция. Складская квитанция удостоверяет заключение договора хранения, количество и внешнее состояние принятого товара. Держатель квитанции может распорядиться товаром на основании общих норм об уступке требования.

Простое складское свидетельство является ценной бумагой на предъявителя. Оно содержит основные сведения о товаре. При распоряжении товаром свидетельство передается покупателю. Оно служит оформлением продажи товара, находящегося на товарном складе, третьему лицу.

2. Более сложным является оформление товара при сдаче его на хранение по двойному складскому свидетельству. Последнее состоит из двух самостоятельных частей: складского свидетельства и залогового свидетельства (варранта). Это обеспечивает обращение товара - его продажу, мену, передачу в залог и т.п. Оборот двойного свидетельства предполагает наличие обеих частей, хотя каждая из них может находиться у разных лиц. Цели их разные. Держатель складского свидетельства предполагается товаровладельцем, он вправе распорядиться товаром, но не может взять его со склада без предъявления или погашения залогового свидетельства или предъявления доказательств погашения кредита по нему. При залоге товара на складском свидетельстве делается отметка. При распоряжении товаром, находящимся на складе, на складском свидетельстве делается передаточная надпись и покупатель принимает на себя обременение залогом.

Товарный склад ведет реестр, открытый для обозрения заинтересованных лиц, в котором содержатся данные о товаре, его залоге, в том числе суммы и сроки, установленные по залогу. Права залогодержателя тоже могут быть переданы в залог третьим лицам по правилам, установленным для залога прав (ст. 355 ГК), но, конечно, только в объеме принадлежащих залогодержателю прав. Такая передача тоже регистрируется в реестре склада.

Держатель складского и залогового свидетельств вправе требовать выдачи товара по частям. Тогда в обмен на первоначальные свидетельства ему выдаются новые свидетельства на товар, оставленный на складе.

Складские свидетельства являются одним из способов оформления договора хранения на товарном складе. Они являются товарораспорядительными документами, которые определяют многие коммерческие отношения и облегчают передачу прав на имущество, т.е. она осуществляется простой передачей бумаги. Простые складские свидетельства являются ценной бумагой на предъявителя, а варрант - ордерной ценной бумагой. Такие товарораспорядительные документы используются и в зарубежных странах. В англо-американской системе их называют "оборотными документами" (Единообразный кодекс США, ст. 1-201(15), § 7-22). Отличие товарораспорядительного документа от ценной бумаги заключается в том, что первый не является абстрактным, так как передаваемый товар точно индивидуализирован. Передача документа означает передачу товара, но не заменяет договор о передаче вещи. При наличии законного договора купли-продажи, мены и др. приобретатель свидетельства приобретает право собственности на товар, находящийся на товарном складе с момента передачи складского свидетельства.

Залоговое свидетельство - варрант является ордерной ценной бумагой. При его передаче нет замены стороны в договоре, т.е. уступки требования - цессии, так как передаются только право залога на товар и возможность получить обеспеченное залогом исполнение по обязательству.

Договор хранения может оформляться и двусторонним договором, который чаще всего является договором присоединения с закреплением условий хранения в формулярах и иных стандартных формах. Тогда отчуждение товара на складе потребует заключения отдельного договора купли-продажи или мены, дарения и т.п., прекращения прежнего договора хранения и заключения нового между складом и покупателем товара. Использование складских свидетельств, предусмотренных законом, упрощает оформление этих отношений. Использование складских свидетельств потребует от товарных складов разработку стандартных правил и условий по осуществлению хранения. В Гражданском кодексе (ст. ст. 912 - 917) указаны реквизиты этих документов. Простое складское свидетельство должно содержать указание на то, что оно выдано на предъявителя, подробные сведения о товаре, месте нахождения склада и текущий номер складского свидетельства по реестру склада, срок хранения товара на складе, вознаграждение и тарифы, на основании которых оно исчисляется, дату выдачи свидетельства. Складская квитанция удостоверяет принятие товара на склад для хранения; подтверждает его количество, качество.

В каждой части двойного складского свидетельства указаны эти реквизиты и кроме них также наименование товаровладельца - юридического лица или гражданина, от которых принят товар, и их местонахождение. Обе части двойного свидетельства должны иметь идентичные подписи уполномоченного лица и печати товарного склада.

Документы, не содержащие указанные реквизиты, не считаются складскими свидетельствами.

В любое время владелец двойного складского свидетельства может освободиться от залога путем внесения товарному складу суммы долга, обеспеченного залогом. Передача залогового свидетельства складу тоже означает прекращение залога. До прекращения залога склад вправе выдать товар только предъявителю обеих частей двойного свидетельства. В противном случае склад будет отвечать за долг перед залогодержателем, обеспеченным варрантом.

В случае неудовлетворения обеспеченного залогом требования залогодержатель вправе на общих основаниях обратить взыскание на заложенный товар и получить удовлетворение от вырученной от продажи стоимости заложенного товара преимущественно перед другими кредиторами. При недостаточности этой суммы держатель залогового свидетельства вправе получить недостающую часть от всех индоссантов по залоговому свидетельству, так как в соответствии со ст. 147 ГК они несут перед ним солидарную ответственность.

§ 3. Права и обязанности сторон договора хранения на товарном складе

Основной обязанностью товарного склада является обеспечить сохранность товара. При отсутствии в договоре специальных указаний о способах хранения склад принимает меры, соответствующие обычаям делового оборота и существу обязательства, с учетом свойств переданного на хранение имущества. Он должен поддерживать определенный температурный режим, соблюдать санитарные, противопожарные и другие правила, страховать имущество.

Поклажедатель обязан предупредить склад о свойствах переданного товара, если они могут причинить вред имуществу склада, здоровью хранителя или других лиц. Эта обязанность носит общий характер, и, если хранитель не знал и не должен был знать об опасных свойствах товара, поклажедатель должен возместить причиненные убытки. Особые правила установлены законом (ст. 894 ГК) для хранения вещей с опасными свойствами, которые требуют специальных мер предосторожности. Вещи легковоспламеняющиеся, взрывоопасные или вообще опасные по своей природе, если поклажедатель не предупредил хранителя при их сдаче на хранение об этих свойствах, могут быть обезврежены или уничтожены при хранении без возмещения убытков. Поклажедатель отвечает за убытки, причиненные в связи с хранением таких вещей перед хранителем и третьими лицами, имуществу которых был причинен ущерб. На хранение некоторых вещей необходимо получить лицензию, которая выдается соответствующими органами исполнительной власти. При проявлении вещами своих опасных свойств они подлежат возврату поклажедателю, а если это невозможно - обезвреживанию или уничтожению хранителем. Последний должен возместить убытки, если ему были известны опасные свойства вещей и он не принял необходимых мер. Эта обязанность распространяется и на требования третьих лиц, чье имущество было повреждено при проявлении вещью опасных свойств.

Поклажедатель вправе осматривать сданные на хранение вещи, чтобы убедиться в их сохранности. Если товар хранится с обезличением, то контроль осуществляется путем взятия проб. Если сохранность товара внушает опасения, поклажедатель вправе принимать необходимые меры для обеспечения его сохранности. Хотя ст. 909 ГК называет управомоченное лицо "товаровладельцем", следует полагать, что претензии к складу может предъявлять только поклажедатель, который может и не быть товаровладельцем, так как стороной договора с товарным складом является поклажедатель. Владелец товара не обладает в отношении склада самостоятельными требованиями.

Товарный склад более свободен, чем иные хранители, в выборе способов хранения и может самостоятельно изменять условия хранения товаров. Однако при обнаружении повреждений товара или при необходимости существенных изменений способов хранения он должен поставить об этом в известность поклажедателя.

Обязанностями поклажедателя являются уплата вознаграждения за хранение товара и возврат товара. Хранение на складе является возмездным. Вознаграждение уплачивается или по определенным периодам по истечении каждого периода, или по окончании хранения. Размер вознаграждения определяется обычно едиными ставками и тарифами, так как хранение на товарном складе оформляется публичным договором. Ведомственные склады могут устанавливать дифференцированные ставки. При просрочке уплаты вознаграждения начисляются проценты. В размер вознаграждения включаются и расходы хранителя. Чрезвычайные расходы возмещаются при согласии поклажедателя или если это предусмотрено нормативными актами или договором. Если имуществу грозит непредвиденная опасность и необходимо принять срочные меры для ее предотвращения, хранитель вправе самостоятельно передать вещь или часть ее и имеет право на возмещение своих расходов на продажу за счет вырученной цены.

§ 4. Прекращение договора хранения на товарном складе

Договор хранения прекращается при востребовании товара поклажедателем. Так как договор заключается в интересах поклажедателя, он вправе потребовать возврата вещи досрочно. К этим отношениям не применяется установленное в п. 2 ст. 314 ГК положение о семидневном льготном сроке со дня предъявления требования об исполнении обязательства, так как переданное хранителю имущество имеется у него в наличии и может быть возвращено немедленно.

По договору хранения, заключенному с условием принять товар на хранение в будущем, поклажедатель вправе односторонне отказаться от исполнения договора с возмещением хранителю расходов, произведенных для обеспечения сохранности товаров, если поклажедатель не предупредит хранителя об отказе от передачи товара "в разумный срок". При отказе хранителя принять товар "разумный срок" определяется с учетом конкретных обстоятельств каждого дела судом, т.е. предмета обязательства, условий его передачи и других обстоятельств, влияющих на действия сторон.

Если в соответствии с заключенным договором вещь не передана хранителю, наступают правовые последствия просрочки кредитора, так как хранитель освобождается от своей обязанности, если иное не предусмотрено договором хранения.

Хранитель не вправе досрочно вернуть переданную ему вещь, так как это противоречит сущности обязательства хранения. Исключения составляют особые случаи, например ликвидация склада.

Если срок хранения был определен до востребования, хранитель вправе потребовать от поклажедателя взять обратно свою вещь по истечении "обычного" или "разумного" срока. Понятия этих сроков в случае спора определит суд с учетом конкретных обстоятельств дела.

Нарушение поклажедателем срока хранения и уклонение его от обязанности получить вещи дают право хранителю, если иное не предусмотрено договором, после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, или продать ее с аукциона. Сумма, вырученная от продажи вещи, передается поклажедателю, за вычетом сумм, причитающихся хранителю за возмещение расходов по продаже вещи и возмещение ему убытков. Такие отношения часто возникают при хранении на временных складах. Например, на таможенных складах временного хранения срок хранения, как правило, ограничен двумя месяцами. Товары, запрещенные к ввозу в Российскую Федерацию или вывозу из Российской Федерации, могут храниться на складе в течение трех суток. Ограниченные сроки хранения установлены в камерах хранения транспортных организаций. На железнодорожной станции назначения прибывший грузобагаж хранится бесплатно 24 часа без учета дня прибытия.

В споре по конкретному делу хранитель - предприниматель потребовал от поклажедателя в письменной форме забрать товар - стиральный порошок и оплатить расходы по его хранению. Поскольку это требование не было выполнено, по решению суда и постановлению пристава-исполнителя товар был продан, а остаток денег перечислен товаровладельцу. Последний считал, что действительная стоимость порошка выше вырученной цены, и потребовал возместить ему убытки. Апелляционная инстанция отказала поклажедателю, так как умысла или грубой небрежности со стороны хранителя не было, срок хранения товара истек и товар не был получен в установленный соглашением срок. Это решение соответствует закону.

§ 5. Ответственность сторон за нарушение обязательств

Профессиональный хранитель отвечает за утрату, недостачу или повреждение вещей по правилам ст. 401 ГК, т.е. если не докажет, что утрата, недостача или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы или свойств вещи, о которых хранитель не знал и не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности товаровладельца. По истечении срока хранения хранитель отвечает лишь при наличии с его стороны умысла или грубой неосторожности. Рассмотрев конкретное дело, по которому хранитель передал принятое на хранение зерно ненадлежащим лицам, предъявившим поддельные документы, арбитражный суд взыскал с хранителя стоимость зерна, хотя признал отсутствие вины хранителя.

Товарный склад отвечает за убытки, причиненные товаровладельцу, за утрату, повреждение или недостачу товара в полном объеме. Он должен возместить как реальный ущерб, т.е. расходы, которые поклажедатель понесет для восстановления стоимости имущества, и иные расходы, так и упущенную выгоду, т.е. неполученные доходы. Условием возмещения вреда является нарушение хранителем своих обязательств по хранению. Существенными являются случаи, когда качество товара изменилось настолько, что его нельзя использовать по назначению. По требованию поклажедателя этот случай может быть приравнен к уничтожению или утрате товара, что влечет возмещение его полной стоимости и убытков. Размер ответственности хранителя часто заранее определяется суммой оценки принятого на хранение товара в квитанции или ином документе. Однако, если поклажедатель докажет, что действительная стоимость вещи выше этой суммы, он вправе требовать дополнительных платежей.

Судебная практика свидетельствует о случаях хищения имущества со складов путем предъявления подложных документов. Предъявление фиктивных распоряжений, доверенностей и других документов не освобождает профессиональных хранителей от ответственности. Последние должны принимать достаточные меры для сохранности принятого на хранение имущества. Президиум ВАС РФ в Постановлении от 9 июня 1998 г. указал, что кража не является обстоятельством непреодолимой силы, и поэтому хищение вещи у профессионального хранителя не освобождает его от обязанности по возврату вещи и возмещению убытков. При решении вопроса об ответственности хранителя за утрату переданной на хранение вещи не имеет значения ни факт возбуждения, ни сроки и результаты рассмотрения уголовного дела в отношении виновника нарушения обязательств <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 1998. N 8. С. 35 - 36.

В ГК установлено, что товарный склад выдает поклажедателю в подтверждение принятия товара определенные документы, которые подлежат возврату складу при получении товара. На ведомственных складах могут действовать специальные правила. Например, на предприятиях хлебопродуктов установлен специальный порядок учета и оформления операций с зерном и продуктами его переработки. Там же встречается регулирование цен (тарифов) хлебоприемными предприятиями, занимающими доминирующее положение на рынке.

Для предъявления требований товарному складу о повреждении или недостаче товара установлены определенные сроки. Для оспаривания количества возвращаемого товара установлен трехдневный срок, в течение которого должно быть подано письменное заявление о недостатках, которые не могли быть сразу обнаружены при обычном способе принятия товара. Это стимулирует товаровладельца внимательно осмотреть и проверить товар при получении. Скрытые повреждения или повреждения, причиненные умыслом или грубой неосторожностью склада, могут быть заявлены в течение общих сроков исковой давности.

Глава 12. СТРАХОВАНИЕ - ЗАЩИТА ИНТЕРЕСОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ И ВИД ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Интерес и риск. Страховая защита интересов и основные свойства страхового интереса и страхового риска

1. Понятие интереса и риска

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 27 ноября 1992 г. N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" <1> (далее - Закон о страховом деле) страхование - это один из способов защиты интересов участников оборота от различных неблагоприятных событий. Именно таково общепринятое понимание страхования и именно так понимает страхование действующее законодательство (см. ст. 2 Закона о страховом деле).

<1> Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. N 2. Ст. 56.

Интерес, который защищается, или, как его еще называют, страховой интерес - это один из главных элементов страховых отношений. Поэтому мы начнем изучение правового регулирования страхования именно с этого понятия.

Легальное определение интереса вообще и страхового интереса в частности отсутствует. Попытки определить или хотя бы как-то описать значение этого понятия предпринимались и предпринимаются до сих пор. В отношении страхового интереса наиболее полезной из всех имеющихся по этому вопросу работ является статья проф. В.И. Серебровского <1>. В ней рассмотрено много различных определений интереса, и читатель сам сможет составить свое мнение относительно применимости того или иного определения. Но, как представляется, до сих пор никто не сумел объяснить, что такое страховой интерес, лучше, чем английский судья Лоуренс в 1806 г. В своем решении по делу "Lucena versus Craufurd" он записал: "Тот человек может считаться заинтересованным в чем-либо, которому обстоятельства, сопутствующие предмету его интереса, могут создать преимущества или нанести вред... и для которого важно, чтобы состояние предмета его интереса как с точки зрения сохранности, так и с точки зрения других его качеств оставалось неизменным. Интерес не обязательно предполагает какие-то права на предмет интереса или на его часть и также не обязательно, чтобы имелось нечто, что могло бы быть физически утрачено, но необходимо наличие таких связей с предметом страхования, чтобы в результате воздействия опасности, от которой страхование производится, застрахованному лицу был причинен вред; и если человек находится в подобных обстоятельствах по отношению к определенным вещам, подверженным некоторым рискам или опасностям, либо, при наличии тех

же рисков и опасностей, в определенной степени уверен в получении каких-то преимуществ или выгоды, можно сказать, что он заинтересован в сохранении данных вещей или преимуществ. Быть заинтересованным в сохранении чего-либо означает находиться в таких обстоятельствах по отношению к этому, чтобы получать выгоду от его существования и вред от разрушения" <2>.

<1> Серебровский В.И. Страховой интерес в Гражданском кодексе // Право и жизнь. 1924. N 2. С. 18.

<2> Перевод автора по: E.R.H. Ivamy General Principles of Insurance Law. London, 1975. P. 18.

Иными словами, страховой интерес существует, если обстоятельства, в которых находится заинтересованное лицо, могут причинить ему вред, в том числе и лишить его каких-то выгод.

Таким образом, можно выделить следующие важные условия существования страхового интереса:

(а) страховой интерес не существует сам по себе, он связан не с не определенным кругом лиц, а с определенным заинтересованным лицом, т.е. это частный интерес;

(б) страховой интерес связан, кроме того, с определенными обстоятельствами, в которых находится данное лицо, с возможностью наступления событий, которые могут причинить вред заинтересованному лицу, страховой интерес - это оборотная сторона вреда до его причинения. Поэтому события, о которых идет речь, называют опасностями.

Связь страхового интереса с возможным вредом приводит ко второму понятию, не менее важному для страхования, чем интерес, - к понятию страхового риска. У него есть легальное определение, приведенное в п. 1 ст. 9 Закона о страховом деле: предполагаемое событие, на случай наступления которого производится страхование. Однако в гл. 48 ГК РФ это понятие используется на первый взгляд в иных значениях, причем не в одном, а в нескольких <1>. Поэтому без выяснения того, что такое страховой риск, также невозможно хорошо понять страхование и его правовое регулирование.

<1> См. об этом: Фогельсон Ю.Б. Комментарий к страховому законодательству. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2002.

Важное значение в страховании имеют опасности, от которых производится страхование. Но не сами по себе опасности. Опасность, например пожар на складе, может возникнуть, а застрахованный товар может остаться совершенно неповрежденным. На случай наступления событий, которые не причиняют вред, страхование не производится. Ведь страхование - это способ защиты, а если нет вреда, то не от чего и защищать.

Поэтому предполагаемое событие, на случай наступления которого производится страхование, является сложным и состоит из трех элементов: предполагаемая опасность, возможное причинение вреда этой опасностью и причинная связь между опасностью и вредом. Это и есть страховой риск, и можно показать, что такое его понимание согласуется со всеми теми значениями этого понятия, в которых оно использовано в законодательстве <1>. Поэтому Президиум ВАС РФ дал именно такое толкование понятию страхового риска <2>.

<1> См.: Фогельсон Ю.Б. Указ. соч.

<2> См.: п. 6 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Риск - это возможный вред, причиненный определенной опасностью, а интерес - это оборотная сторона возможного вреда. Поэтому там, где есть риск, там присутствует и интерес, и наоборот. Эта связь является настолько важной, что законодатель решил ее подчеркнуть и сделал это в п. 2 ст. 929 ГК РФ. Однако в тексте указанной нормы эти понятия практически отождествлены, но, как мы видели, тождества здесь нет, а есть лишь неразрывная связь. Интерес - это оборотная сторона риска, а риск - оборотная сторона интереса. Именно так и следует понимать норму п. 2 ст. 929 ГК РФ.

2. Частные и публичные интересы в страховании

Как было показано, страховые интересы являются частными интересами конкретных заинтересованных лиц. Здесь следует отметить, что частные интересы имеются не только у частных лиц, но и у публичных образований. Например, интерес государства или государственных образований в сохранении принадлежащей им собственности является частным и может быть застрахован. Интерес государственного образования, связанный с возможными убытками от продажи ценных бумаг, принадлежащих этому образованию, также является частным и т.д.

Однако и публичные интересы имеют в страховании огромное значение и существенно влияют на его правовое регулирование.

Смысл страховой защиты в том, что при причинении лицу вреда определенными опасностями ему выплачивается денежная сумма. Эта сумма выплачивается из специализированного фонда, который создается из взносов страхователей, но формируется и управляется профессиональной - страховой - организацией. Поэтому заинтересованность в этом фонде, т.е. в финансовой устойчивости, имеется как у страховой организации, так и у ее страхователей. Заинтересованы в этом также и потенциальные страхователи - ясно, что вопрос о финансовой устойчивости страховой организации, с которой они собираются заключить договор, для них не праздный. Таким образом, в финансовой устойчивости страховых организаций заинтересован неопределенный круг лиц, и поэтому она является объектом общественного или публичного интереса. Важнейший в страховании вопрос о финансовой устойчивости страховых организаций будет обсуждаться в четвертом параграфе.

Этот публичный интерес проникает в страхование глубоко, в саму ткань частных отношений, и этим страхование существенно отличается от других типов отношений. Так, условия конкретного договора купли-продажи интересуют только продавца и покупателя по этому договору, но в страховании дело обстоит по-иному. Поскольку страховой фонд, предназначенный для защиты интереса данного страхователя, формируется из взносов всех страхователей, каждый страхователь заинтересован во всех других договорах страхования. Условия конкретного договора страхования перестают быть объектом только частных интересов страхователя и страховщика, но становятся объектом общего, публичного интереса. В четвертом параграфе при обсуждении страховых тарифов будет видно, что из-за этого свойства страховых отношений обычная для гражданского права эквивалентность между услугой и ее ценой достигается не по каждой сделке, а по совокупности сделок.

Помимо этого, накопленные средства страховых фондов являются инвестиционным капиталом. В особенности это относится к страховым фондам по долгосрочному страхованию жизни, в которых накапливаются так называемые длинные деньги, - люди откладывают их на долгое время вперед. Причем это не внешние спекулятивные, а долгосрочные внутренние инвестиции, в которых крайне заинтересовано общество в целом.

Наконец, защита некоторых частных интересов является предметом общественной заботы. Для этого используется механизм обязательного страхования. Прекрасным примером служит общественная потребность в оказании медицинской помощи всем нуждающимся в ней, которая реализуется путем введения обязательного медицинского страхования. Аналогично и с обязательным страхованием гражданской ответственности владельцев транспортных средств.

Итак, мы можем перечислить интересы, которые так или иначе затрагиваются в страховании:

(а) частный интерес конкретного лица, защита которого осуществляется в конкретном договоре страхования, - страховой интерес;

(б) публичный интерес в сохранении, приумножении и инвестировании средств страхового фонда;

(в) публичный интерес в условиях каждого конкретного договора страхования, поскольку в том числе и от них зависит поддержание страхового фонда в надлежащем состоянии;

(г) публичный интерес в том, чтобы некоторые частные интересы были защищены независимо от желания тех, чьи это интересы.

3. Свойства страховых интересов и страховых рисков

Опираясь на приведенное выше описание интереса и на действующее законодательство, можно перечислить основные свойства страховых интересов.

Прежде всего ясно, что застрахован может быть только частный интерес.

Из сказанного выше ясно и то, что застрахован может быть не только юридический интерес, т.е. интерес, основанный на каком-то юридическом титуле, но и фактический интерес, основанный на фактических обстоятельствах, в которых находится заинтересованное лицо. Требование о юридическом характере интереса действующее законодательство предъявляет только при страховании имущества - в этом случае интерес должен быть основан на законе, ином правовом акте или договоре (п. 1 ст. 930 ГК РФ).

Но является ли страховым только имущественный интерес? Ответ на этот вопрос не так ясен. Из ст. ст. 929 и 942 ГК РФ и п. 2 ст. 4 Закона о страховом деле с очевидностью следует, что объектом имущественного страхования может быть только имущественный интерес. Вопрос же о характере интереса, страхуемого при личном страховании, не так прост, несмотря на, казалось бы, прямое указание в п. 1 ст. 4 Закона о страховом деле о том, что при личном страховании могут быть застрахованы лишь имущественные интересы. Ведь ст. 934 ГК РФ говорит о страховании на случай любого возможного вреда жизни или здоровью, т.е. личному нематериальному благу. А вред личному нематериальному благу может быть причинен как имущественный, так и

неимущественный. Налицо, таким образом, противоречие между ГК РФ и Законом о страховом деле.

Но в силу абз. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ при наличии противоречий ГК РФ имеет большую юридическую силу, чем Закон о страховом деле <1>. Отсюда вывод: при личном страховании могут быть застрахованы как имущественные, так и неимущественные интересы, связанные с возможным причинением вреда личному нематериальному благу.

<1> Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 29 июня 2004 г. N 13-П подтвердил, что законодатель вправе придать кодифицированному законодательному акту большую юридическую силу, чем некодифицированным актам, регулирующим те же отношения (Вестник КС РФ. 2004. N 4).

Еще одно свойство страхового интереса - его правомерность. В п. 1 ст. 928 ГК РФ установлен прямой запрет на страхование противоправных интересов.

Интерес является противоправным, если противоправны отношения, в результате которых возник интерес. Так, интерес владельца нерастаможенной автомашины хотя и может являться противоправным <1>, но вовсе не всегда, на что справедливо указал Президиум ВАС РФ <2>. Например, интерес добросовестного приобретателя такой автомашины совершенно правомерен.

<1> См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 20 августа 2004 г. по делу N 11-В04-12.

<2> См. об этом в п. 5 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования.

Кроме того, в п. п. 2 и 3 ст. 928 ГК РФ установлены запреты на страхование двух видов интересов.

Итак, страховыми могут быть интересы:

(а) только частные;

(б) как юридические, так и фактические (при страховании имущества - только юридические);

(в) как имущественные (имущественное и личное страхование), так и неимущественные (только личное страхование);

(г) только правомерные.

Если интерес обладает этими свойствами, он может быть застрахован. Единственное исключение из этого правила установлено п. п. 2 и 3 ст. 928 ГК РФ.

Страховой риск, т.е. предполагаемое событие, на случай наступления которого производится страхование, должен обладать свойствами вероятности и случайности (п. 1 ст. 9 Закона о страховом деле). Эти два свойства страхового риска очень важны для обеспечения финансовой устойчивости страховщика. Рассмотрим их.

Прежде всего свойство вероятности. В некоторых судебных актах свойство вероятности толкуется как фактическая возможность наступления события, рассматриваемого в качестве страхового риска, т.е. исходят из тождества невероятное = невозможное. Понятно, однако, что эти понятия не тождественны.

Правильным является иное толкование свойства вероятности, основанное на необходимости обеспечивать финансовую устойчивость страховых организаций. Как было показано, страховая защита осуществляется из средств страхового фонда, который формируется из взносов всех страхователей. Чтобы страховщик, выплачивая страхователям деньги, не разорялся, необходимо правильно рассчитывать плату за страхование, т.е. страховые тарифы. А для расчета страховых тарифов необходимо знать статистику страховых случаев. Но этого недостаточно; статистика страховых случаев по данному риску и причиненных ими убытков должна быть за длительный период устойчивой, чтобы тариф можно было бы использовать на будущее. Устойчивость же статистики наступлений определенного события в естественных науках называют наличием у данного события вероятности его наступления <1>. Таким образом, под свойством вероятности страхового риска понимается наличие у данного риска вероятностной характеристики, т.е. устойчивой статистики страховых случаев, и не любой риск может быть застрахован, а лишь такой, который обладает вероятностными характеристиками.

<1> См., например: Яглом А.М., Яглом И.М. Вероятность и информация. М., 1973. С. 17 - 18.

Ответ на вопрос о наличии или отсутствии свойства вероятности у данного риска требует, как мы видим, специальных знаний. Изучением вероятностных характеристик рисков и расчетами на их основе тарифов занимаются специальные субъекты - страховые актуарии (ст. 8.1 ЗоСД). Поэтому при возникновении спора о наличии у конкретного риска свойства вероятности необходимо привлекать актуариев в качестве экспертов.

Свойство случайности. В гражданском праве под случаем (casus) понимают событие, наступление которого участники оборота не могли разумно предвидеть и, соответственно, предотвратить. Некоторые юристы пытаются применить такое понимание случайности и к страхованию <1>, но это неверно. Подобный подход полностью исключил бы возможность таких, например, видов страхования, как страхование автомашины на случай ДТП, произошедшего по вине ее владельца, или страхование собственной ответственности. Очевидно ведь, что наступление страховых случаев в этих видах страхования можно и предвидеть, и предотвратить.

_____

<1> См.: Шахтарина Н. Договоримся о понятиях // Закон. 2002. N 2. С. 76; Она же. Правовое обоснование страховых выплат и отказа в них // Страховое дело. 2003. N 1. С. 18; Гендзехадзе Е., Мартьянова Т. Страхование ответственности риска непогашения кредита // Закон. 1994. N 4. С. 30; Петров Д.А. Страховое право. М., 2001. С. 46.

Дело здесь в том, что свойство случайности рассматривается в гражданском праве применительно к уже наступившему событию для целей возложения ответственности за последствия его наступления, а ст. 9 Закона о страховом деле требует, чтобы свойством случайности обладало не наступившее уже событие (страховой случай), а предполагаемое событие (страховой риск). То есть событие еще не наступило, его наступление только предполагается, но свойством случайности оно уже должно обладать. Поэтому понимание случайности в страховом праве существенно отличается от общегражданского понимания случайности.

Под случайностью в страховом праве понимают добросовестное неведение сторон договора при его заключении относительно наступления страхового случая либо относительно размера возможной выплаты <1>. Причем неведение является добросовестным, если лицо не знает и не должно знать о соответствующих обстоятельствах. Хороший пример приведен у В.И. Серебровского со ссылкой на немецкого ученого Кирша <2>. Если в судно, отправляющееся в рейс, заложена бомба с часовым механизмом и точно известно, когда она взорвется, страхование такого судна будет тем не менее действительным, если ни страховщик, ни страхователь не знают об этом. Надо заметить, что такое понимание случайности позволяет страховать на случай наступления событий, которые к моменту заключения договора уже наступили, но ни страхователю, ни страховщику об этом неизвестно и не должно быть известно при обычных условиях оборота.

_____

<1> Сделанная оговорка "либо относительно размера возможной выплаты" необходима, так как существуют такие виды страхования, в которых бывает точно известно, что страховой случай неизбежно наступит, - например, в медицинском страховании (у человека уже заболели зубы, и он неизбежно потратится на их лечение) или в накопительном страховании жизни (человек в период действия договора либо достигнет определенного возраста, либо умрет), однако ни в том ни в другом случае размер выплаты заранее неизвестен. В медицинском страховании заранее неизвестно, сколько денег придется потратить на лечение зубов, а в накопительном страховании жизни выплаты при дожитии и в случае смерти существенно различаются.

<2> См.: Серебровский В.И. Очерки советского страхового права // Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 1997. С. 507.

Как уже было сказано, свойство случайности используется в гражданском праве для целей возложения или освобождения от ответственности. В страховании же оно используется совсем для другой цели - для обеспечения финансовой устойчивости страховщика. Действительно, ведь тарифы, применяемые для расчета премии, определяются исходя из имеющейся общей статистики. Если не требовать от сторон договора добросовестного неведения в отношении событий, на случай наступления которых производится страхование, статистика у данного страховщика будет искажена по сравнению с общей статистикой, тарифы не будут соответствовать этой статистике и финансовая устойчивость страховщика окажется под угрозой. Поэтому в страховании важно не то, наступил страховой случай при заключении договора или не наступил. Не важно и то, кто отвечает за наступление страхового случая. Важно, чтобы страховые случаи у данного страховщика соответствовали общей статистике страховых случаев. А для этого достаточно добросовестного неведения сторон договора.

4. Интересы и риски предпринимателя

По существу, интересы предпринимателей, которые они могут защищать путем страхования, мало чем отличаются от интересов других участников оборота. Ведь основное отличие предпринимателя состоит в том, что его деятельность направлена на систематическое извлечение

прибыли. Но и другие участники оборота могут совершать сделки, направленные на извлечение прибыли, только не в этом состоит их основная цель и делают они это не систематически.

Совершая подобные сделки, как предприниматели, так и непредприниматели подвержены одним и тем же опасностям и как те, так и другие рискуют не получить ожидаемую прибыль, т.е. риски если и отличаются, то не по характеру, а по величине, т.е. по частоте и по величине возможных убытков.

С другой стороны, предприниматели, действующие без образования юридического лица, столь же подвержены рискам, связанным с причинением вреда жизни или здоровью, как и непредприниматели. Поэтому и в этом отношении интересы предпринимателей по своему характеру мало чем отличаются от интересов иных лиц, разве что, повторюсь, величина возможных убытков у предпринимателя выше. Если заболеет предприниматель, он может за время болезни потерять значительно больше, чем обычный человек.

Из этого краткого анализа видно, что, вообще говоря, для целей страхования интересы предпринимателя если и следует выделять, то лишь с точки зрения расчета тарифов, но не с точки зрения характера правового регулирования.

Законодатель в ст. ст. 929 и 933 ГК РФ выделил такой вид страхования, как предпринимательский риск, но трудно понять, для какой цели это сделано.

Ведь и непредприниматель может понести убытки из-за нарушения его контрагентом своих обязательств и непредприниматель может пострадать из-за изменений условий его деятельности по независящим от него обстоятельствам. Характерный пример: недавнее существенное изменение правового регулирования деятельности некоммерческих организаций <1> наверняка повлекло для многих из них дополнительные расходы.

<1> См.: Федеральный закон от 10 января 2006 г. N 18-ФЗ // СЗ РФ. 2006. N 3. Ст. 282.

Почему же предприниматель может застраховать только свои подобные риски и только в свою пользу (ст. 933 ГК РФ), а на непредпринимателя такие ограничения не распространяются? Ответа на этот вопрос никто пока еще не нашел.

Предпринимательский характер деятельности лица, желающего застраховать свои интересы, на взгляд автора этой главы, не должен влиять ни на что, кроме цены страховой услуги.

Опираясь теперь на все изложенное, перейдем к изучению самих страховых отношений, их видов и форм, в которых они реализуются.

§ 2. Квалификация страховых отношений. Виды и формы страхования

1. Признаки, квалифицирующие страховые отношения

В ст. 2 Закона о страховом деле дано определение страхования как "отношений по защите интересов физических и юридических лиц Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований при наступлении определенных страховых случаев за счет денежных фондов, формируемых страховщиками из уплаченных страховых премий (страховых взносов), а также за счет иных средств страховщиков".

Это определение позволяет, с учетом сказанного в первом параграфе, выделить четыре квалифицирующих признака страховых отношений:

(а) это отношения по защите частных интересов. В первом параграфе было показано, что у государственных образований также могут быть частные интересы;

(б) защита осуществляется на случай наступления определенных причиняющих вред событий, обладающих признаками вероятности и случайности их наступления;

(в) защиту осуществляет специализированная профессиональная организация - страховая организация, которая для этого формирует специальные денежные фонды;

(г) защита осуществляется на платной основе, плата за страхование называется страховой премией (п. 1 ст. 954 ГК РФ), из которой и формируются упомянутые выше фонды.

Приводятся и другие признаки страховых отношений. Так, В.И. Серебровский перечисляет девять таких признаков <1>. Однако квалифицирующие признаки выделяются для отграничения одних отношений от других. Посмотрим, достаточно ли перечисленных четырех признаков для такого отграничения.

<1> См.: Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. С. 346.

2. Отграничение страхования от схожих отношений

Прежде всего страхование необходимо отграничивать от игр, пари, лотерей, поскольку своим рисковым характером игры и страхование очень схожи между собой <1>. Но игровые сделки основаны исключительно на риске, а защита интересов в них отсутствует. Защита интересов - это то, чем страхование принципиально отличается от игр, пари, лотерей. В одном из дел по страхованию жизни, рассмотренном в США, суд сформулировал это так: "...во всех случаях должно существовать разумное основание, вытекающее из взаимоотношений участников договора, которые могут быть денежными, а также обусловлены кровным или иным близким родством, чтобы ожидалась какая-либо выгода или преимущество от продолжения жизни застрахованного лица. В противном случае контракт является не чем иным, как пари, по которому сторона, получающая полис, прямо заинтересована в ранней смерти застрахованного" <2>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 1999 г. N 5347/98 // Вестник ВАС РФ. 1999. N 9; Определение КС РФ от 16 декабря 2002 г. N 282-О // Вестник КС РФ. 2003. N 1.

<2> Keeton R.E., Wides A.I. Insurance Law. A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial Practices. Practitioner's Edition. St. Paul; MN, 1988. P. 178 - 179 (перевод с английского автора).

В отношениях по поручительству, банковской гарантии, от которых также приходится отграничивать страхование <1>, отсутствует специально формируемый страховой фонд. Поручители вообще не формируют специализированных фондов, а банк-гарант хотя и формирует фонд, связанный с гарантией, но не после того, как он выдал гарантию, а после того, как уплатил по ней <2>, т.е. фонд, из которого производится уплата по гарантии, банки не формируют.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 5 ноября 1996 г. N 3028/96 // Вестник ВАС РФ. 1997. N 2.

<2> См.: Положение ЦБ РФ от 26 марта 2004 г. N 254-П "О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности" // Вестник Банка России. 2004. N 28.

Иногда оказывается необходимым отграничить страховые отношения от посредничества (это бывает в отношениях по медицинскому страхованию <1>, а также в некоторых случаях использования страховщиком своего права на суброгацию). В посреднических отношениях отсутствуют как защита интереса, так и риск, т.е. вредоносные события, обладающие признаком случайности их наступления.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 11 февраля 2004 г. по делу N КА-А40/590-04.

Наконец, накопительное страхование жизни (на случай смерти или дожития до определенного возраста) иногда бывает очень похожим на банковский вклад, но все же отличается от вклада тем, что при накопительном страховании жизни размер выплаты заранее не известен, т.е. в банковском вкладе в отличие от страхования признак случайности события отсутствует.

Мы видим, таким образом, что четырех перечисленных выше квалифицирующих признаков достаточно для отграничения страхования от других отношений. Поэтому определение, данное в ст. 2 Закона о страховом деле, вполне пригодно для тех целей, для которых и вводятся правовые дефиниции.

3. Понятия, связанные с квалифицирующими признаками страхования

В связи с перечисленными признаками страховых отношений выделяются четыре важнейших системообразующих понятия: объект страхования (страховой интерес), событие, на случай наступления которого производится страхование (страховой риск), страховые резервы (именно в форме страховых резервов формируется специализированный страховой фонд) и страховая премия (плата за страхование <1>).

<1> Следует еще раз подчеркнуть, что страховая премия - это не жаргонное, а легальное наименование платы за страхование (п. 1 ст. 954 ГК РФ).

Содержание понятий "страховой интерес" и "страховой риск" уже было рассмотрено в первом параграфе. О страховых резервах пойдет речь в параграфе четвертом, когда будут рассматриваться вопросы финансовой устойчивости страховых организаций, а о страховой

премии - в третьем параграфе в контексте изучения договорных обязанностей страхователя. Здесь эти понятия упомянуты для того, чтобы показать их системообразующий характер, их тесную связь с определением страхования и с четырьмя основными квалифицирующими признаками страховых отношений.

4. Виды страхования

ГК РФ разделяет все возможные виды страхования на две большие группы: имущественное и личное страхование (ст. 927 ГК РФ). При этом основание такого разделения в ГК РФ не вполне определено. Действительно, из ст. ст. 929 и 942 ГК РФ совершенно очевидно, что объектом имущественного страхования может быть только имущественный интерес, связанный с возможными убытками у заинтересованного лица. Однако, как было показано в первом параграфе, объектом личного страхования могут быть как имущественные, так и личные неимущественные интересы. Поэтому основанием разделения видов страхования на личное и имущественное не может быть характер (имущественный или неимущественный) застрахованного интереса.

Тем не менее из ст. ст. 929 и 934 ГК РФ можно выявить основание для разделения видов страхования на эти две группы - это характер того блага, на случай причинения вреда которому осуществляется страхование. Имущественное страхование осуществляется на случай причинения вреда имуществу, а личное страхование - на случай причинения вреда личному нематериальному благу. Последствиями же причинения вреда личному нематериальному благу могут быть как имущественные, так и неимущественные.

Личное страхование не подразделяется Кодексом на подгруппы (ст. 934 ГК РФ), а имущественное страхование подразделяется на страхование имущества, страхование ответственности и страхование предпринимательского риска (п. 2 ст. 929 ГК РФ). Но поскольку перечень п. 2 ст. 929 ГК РФ не является исчерпывающим, то возможно также имущественное страхование на случай убытков иных, чем перечислены в п. 2 ст. 929 ГК РФ.

Убытки, о которых идет речь в ст. 929 ГК РФ, не тождественны убыткам, определенным в ст. 15 ГК РФ. Последние всегда являются следствием правонарушения, а убытки, возмещаемые при страховании, - вовсе не всегда. Например, при страховании могут возмещаться убытки, вызванные землетрясением, не имеющие никакого отношения к правонарушению. Поэтому убытки, возмещаемые при страховании, лучше называть страховыми убытками.

Таким образом, основание возмещения убытков, установленное в п. 1 ст. 15 ГК РФ, к страховым убыткам неприменимо. Однако законодатель употребил в обоих случаях один и тот же термин - "убытки". Это говорит о том, что при определении структуры страховых убытков следует использовать норму п. 2 ст. 15 ГК РФ, т.е. и страховые убытки состоят из реального ущерба и упущенной выгоды, причиненных страховым случаем. В свою очередь, реальный ущерб подразделяется на утрату или повреждение имущества и расходы, которые лицо понесло или должно будет понести для восстановления положения, существовавшего до наступления страхового случая.

Сопоставим страховые интересы, перечисленные в п. 2 ст. 929 ГК РФ, со структурой убытков, приведенной в п. 2 ст. 15 ГК РФ. Видно, что страхование имущества осуществляется на случай утраты или повреждения имущества, страхование ответственности - на случай расходов, которые лицо должно будет понести, страхование предпринимательского риска - на случай любых убытков, причиненных в результате нарушения обязательств контрагентом страхователя-предпринимателя или изменения условий его деятельности по независящим от него обстоятельствам.

Таким образом, мы видим, что, классифицируя интересы, страхуемые при имущественном страховании, законодатель не использовал какого-то единого основания классификации. Как следствие этого, страхованию одних и тех же интересов может быть по воле сторон придана разная правовая форма. Например, предприниматель может страховать свое имущество как по договору страхования имущества, так и по договору страхования предпринимательского риска. Аналогично возможно страхование ответственности предпринимателя как по договору страхования ответственности, так и по договору страхования предпринимательского риска. В практике встречаются дела, в которых главным спорным вопросом является отнесение договора страхования к той или иной подгруппе интересов из перечисленных в п. 2 ст. 929 ГК РФ <1>.

<1> См., например: Постановление ФАС Московского округа от 31 мая 2006 г. по делу N КГ-А40/4531-06 .

Статьей 32.9 Закона о страховом деле понятие "вид страхования" определено путем позитивного перечисления 23 видов страхования. Соотнесем их с группами, установленными ГК РФ:

ЗоСД (ст. 32.9)		Имущественное страхование (ст. 929 ГК)				Личное страхование (ст. 934 ГК)
N	Вид страхования	Имущества	Ответственности	Предпринимательского риска	Иные убытки	
1	Страхование жизни на случай смерти, дожития до определенного возраста или срока либо наступления иного события					WW WW WW WW WW WW
2	Пенсионное страхование					WW
3	Страхование жизни с условием периодических страховых выплат (ренты, аннуитетов) и (или) с участием страхователя в инвестиционном доходе страховщика					WW WW WW WW WW WW WW WW
4	Страхование от несчастных случаев и болезней					WW WW WW
5	Медицинское страхование					WW WW
6	Страхование средств наземного транспорта (за исключением средств железнодорожного транспорта)					WW WW WW WW WW WW
7	Страхование средств железнодорожного транспорта	W W W				
8	Страхование средств воздушного транспорта	W W				
9	Страхование средств водного транспорта	W W				
10	Страхование грузов	W				
12	Страхование имущества юридических лиц, за исключением транспортных средств и сельскохозяйственного страхования	W W W W W W				
13	Страхование гражданской ответственности владельцев автотранспортных средств	W W W W				
14	Страхование гражданской ответственности владельцев средств воздушного транспорта		W W W W			
15	Страхование гражданской ответственности владельцев средств водного транспорта		W W W W			

16	Страхование гражданской ответственности владельцев средств железнодорожного транспорта		W W W W W			
17	Страхование гражданской ответственности организаций, эксплуатирующих опасные объекты		W W W W W			
18	Страхование гражданской ответственности за причинение вреда вследствие недостатков товаров, работ, услуг		W W W W W			
19	Страхование гражданской ответственности за причинение вреда третьим лицам		W W W W			
20	Страхование гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору		W W W W W W			
21	Страхование предпринимательских рисков		W W W			
22	Страхование финансовых рисков			W W		
23	Сельскохозяйственное страхование (страхование урожая, сельскохозяйственных культур, многолетних насаждений, животных)				W W W W W W	

Исходя из того порядка, в котором законодатель расположил виды страхования в ст. 32.9 Закона о страховом деле, сельскохозяйственное страхование должно быть отнесено к страхованию имущества, но оно помещено здесь в страхование иных убытков, так как существуют серьезнейшие аргументы, не позволяющие однозначно отнести данный вид страхования ни к страхованию имущества, ни к страхованию предпринимательского риска <1>.

<1> См.: Бондаренко Л.Н. Страхование в условиях трансформации агропромышленного комплекса России. Волгоград: Перемена, 1999. С. 152 - 161.

Перечень видов страхования в ст. 32.9 Закона о страховом деле является исчерпывающим, но в него не вошли некоторые виды страхования, существующие в обороте. Например, такие виды, как титульное страхование, страхование спортсменов на случай утраты спортивной формы и пр. В то же время ГК РФ позволяет страховать на случай любых убытков (п. 1 ст. 929) и на случай причинения любого вреда здоровью (п. 1 ст. 934), исключения составляет лишь исчерпывающий перечень ст. 928 ГК РФ.

Таким образом, ГК РФ ограничивает интересы, подлежащие страхованию, вводя исчерпывающий перечень интересов, не подлежащих страхованию, а Закон о страховом деле, напротив, ограничивает интересы, подлежащие страхованию, вводя их исчерпывающий перечень. То есть ГК РФ реализует принцип "разрешено все, что не запрещено", а Закон о страховом деле - принцип "запрещено все, что не разрешено". Налицо принципиальная коллизия между двумя федеральными законами.

Исчерпывающий характер перечня видов страхования Закона о страховом деле существенно ограничивает как право страховщиков проводить соответствующие виды страхования, так и право граждан защищать соответствующие свои интересы путем страхования. Как известно, любые ограничения прав граждан должны вводиться не иначе как для достижения

конституционно значимых целей, перечисленных в п. 3 ст. 55 Конституции РФ, но в данном случае не видно, ради каких целей законодатель ограничил права граждан и страховщиков.

Ясно, конечно, что для окончательного разрешения возникшей коллизии потребуется акт Конституционного Суда РФ, но, полагаю, уже сейчас можно утверждать, что позиция ГК РФ является в этом отношении более последовательной и обоснованной.

5. Формы страхования

В соответствии с п. 2 ст. 3 Закона о страховом деле страхование осуществляется в двух формах: обязательное и добровольное страхование.

Обязательное страхование осуществляется в силу федерального закона (ст. 3 Закона о страховом деле, ст. 935 ГК РФ), которым на страхователей возлагается обязанность страховать либо жизнь, здоровье, имущество других лиц, либо риск своей гражданской ответственности перед другими лицами. Следует подчеркнуть, что никакой иной нормативный правовой акт, кроме закона, не может установить обязательное страхование. Не может оно быть установлено и договором - это специально подчеркнуто в п. 4 ст. 935 ГК РФ.

Любое страхование, не являющееся обязательным, является добровольным. То есть достаточно определить понятие обязательного страхования и тем самым будет определено понятие добровольного страхования.

Между тем вопрос об отнесении страхования к обязательному в некоторых случаях является спорным. Это со всей отчетливостью проявилось в налоговых спорах, так как страховые премии по всем видам обязательного страхования относятся к расходам, уменьшающим прибыль, а по добровольному страхованию - не по всем (ст. 263 НК РФ). Рассмотрим этот важный вопрос подробнее.

К заключению договора обязательного страхования можно принудить, а для этого должны быть известны существенные условия договора страхования. Поэтому в п. 3 ст. 936 ГК РФ указано, что закон, установивший обязательное страхование, должен определить объекты страхования, страховые риски и минимальные страховые суммы. Что же касается срока действия договора, который в силу ст. 942 ГК РФ также является существенным условием, то он может быть любым и от него зависит величина страховой премии <1>. Если закон, в котором установлена обязанность страховать, не содержит всех перечисленных выше сведений, к заключению договора страхования невозможно принудить, соответственно, по логике Кодекса, такое страхование не может считаться обязательным.

<1> В подавляющем большинстве случаев это один год.

Из п. 4 ст. 3 Закона о страховом деле вытекает, во-первых, что для введения конкретного вида обязательного страхования необходимо принятие специального федерального закона. Во-вторых, перечень условий договора, который должен быть определен этим Законом, существенно больше, чем это установлено в п. 3 ст. 936 ГК РФ. При этом если перечень условий, содержащийся в ГК РФ, имеет свою, рассмотренную выше логику, то в отношении перечня из п. 4 ст. 3 ЗоСД такой логики не видно. Тем не менее лицензии выдаются только на такие виды обязательного страхования, которые удовлетворяют всем условиям п. 4 ст. 3 Закона о страховом деле.

В настоящее время действует довольно много законов, не являющихся законами об обязательном страховании, но в которых установлена обязанность страховать и определены все условия договора, перечисленные в п. 3 ст. 936 ГК РФ. Наиболее известный из них Федеральный закон от 21 июля 1997 г. N 116-ФЗ "О промышленной безопасности опасных производственных объектов", в ст. 15 которого установлена обязанность страхования и все необходимые по ГК РФ условия. Аналогично и Воздушный кодекс РФ, в ст. ст. 131 - 135 которого установлены обязанности страховать различные риски и определены все условия, требуемые ГК РФ. Тем не менее лицензии на эти виды обязательного страхования не выдаются, т.е. виды страхования не рассматриваются лицензирующим органом как обязательные.

Действуют и законы, не только не являющиеся законами об обязательном страховании, но в которых установление обязанности страховать не сопровождается определением минимальной страховой суммы. Пример: хорошо известная из практики налоговых споров ст. 19 Закона РФ от 11 марта 1992 г. N 2487-1 "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации".

Во всех этих случаях налоговые органы неоднократно пытались признать незаконным уменьшение налогооблагаемой прибыли на расходы по уплате страховой премии и во всех случаях терпели поражение в судах, как правило, начиная с первой же инстанции. А в тех случаях, когда в первой или во второй инстанции налоговые органы выигрывали, кассационная инстанция неизбежно их поправляла <1>.

<1> Таких дел очень много. Например, первая и вторая инстанции признали правоту налогового органа, но кассационная инстанция с ними не согласилась (см.: Постановление Девятого апелляционного арбитражного суда от 4 августа 2005 г. N 09АП-7592/05-АК; Постановление ФАС Московского округа от 27 января 2006 г. N КА-А40/9756-05-Д4).

Везде в судебных актах суды указывают, что для налоговых целей имеет значение только установленная законом обязанность страховать. Если не выдаются лицензии на обязательное страхование, можно осуществлять этот вид страхования и по лицензии на добровольное страхование, обязательный характер страхования, по мнению судов, от этого не меняется.

Можно, конечно, сказать, что для налоговых целей понятие одно, а для гражданско-правовых - другое. Однако в силу ст. 11 НК РФ в налоговом праве термины гражданского права используются в том же значении, что и в гражданском праве. Значит, рассмотренное судебное толкование распространяется не только на налоговые, но и на иные отношения, т.е. обязательным следует признавать любое страхование, обязанность которого установлена законом.

Как следует из ст. ст. 935 и 936 ГК РФ, отличие обязательного страхования от добровольного лишь одно: на будущего страхователя возлагается обязанность страховать либо жизнь, здоровье или имущество других лиц, либо свою ответственность перед другими лицами.

Путем толкования a contrario из этого можно вывести, что нельзя обязывать страховать собственные жизнь, здоровье или имущество. Однако в п. 2 ст. 935 ГК РФ установлен прямой запрет на введение обязательного страхования только лишь собственных жизни или здоровья. В связи с этим возник вопрос о возможности обязывать страховать собственное имущество. ВС РФ сначала в конкретном судебном акте, а затем и в обзоре судебной практики указал, что нормы ГК РФ не допускают возможности обязывать страховать собственное имущество, разрешив тем самым этот вопрос <1>.

<1> См.: Определение Судебной коллегии ВС РФ от 6 мая 1999 г. по делу N 36-В99-6 ; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. // Бюллетень ВС РФ. 2001. N 1, 2.

В ст. 937 ГК РФ установлены последствия неисполнения обязанности страховать, и на первый взгляд они довольно суровы:

(а) лицо, в пользу которого должно быть осуществлено страхование, вправе потребовать в судебном порядке его осуществления. Однако реализовать это право весьма затруднительно, так как ст. 445 ГК РФ, регулирующая его реализацию, ориентирована на то, что требование будет заявлять сторона договора, а не третье лицо, как в данном случае. Кроме того, при страховании ответственности это право полностью лишено смысла, так как его обладатель (потерпевший) определяется только при наступлении соответствующего события и договор страхования незачем заключать;

(б) при наступлении страхового случая лицо, обязанное страховать, несет ответственность перед выгодоприобретателем на тех же условиях, на каких должно было быть выплачено страховое возмещение при надлежащем страховании. Это последствие при страховании ответственности также лишено смысла, так как выгодоприобретатель-потерпевший имеет такое право и без этого указания в законе;

(в) суммы, неосновательно сбереженные лицом, обязанным страховать, взыскиваются по иску органа страхового надзора в доход Российской Федерации с процентами по ст. 395 ГК РФ. Вот это единственное достаточно неприятное для обязанного лица последствие, но орган страхового надзора не имеет никакого интереса в его реализации и поэтому еще неизвестно ни одного случая его применения.

Надо сказать, что пока в опубликованной судебной практике нет ни одного случая применения последствий, предусмотренных ст. 937 ГК РФ. Уже одно это может свидетельствовать о неэффективности мер, предусмотренных в ст. 937 ГК РФ.

§ 3. Договор страхования

1. Заключение договора страхования, его действие и прекращение

Страховая защита осуществляется путем заключения договора страхования между страхователем и страховщиком, по которому страховщик обязуется за плату (страховую премию) при наступлении события, указанного в договоре (страхового случая), выплатить страхователю или иному лицу, указанному в договоре, денежную сумму, порядок определения которой зависит от разновидности договора.

Существует несколько различных классификаций договоров страхования. Наиболее важная - по способу определения суммы выплаты. По этому основанию договоры страхования делятся на

страхование сумм и страхование убытков. При страховании сумм страховщик при наступлении страхового случая обязуется выплатить заранее согласованную в договоре сумму. При страховании убытков страховщик при наступлении страхового случая обязуется возместить причиненные убытки в пределах согласованной в договоре суммы.

Эта классификация действительно является классификацией договоров, так как в ее основание положено условие договора страхования. К сожалению, в ГК РФ эта классификация совмещена с другой - по видам страхования: личное или имущественное. Для личных видов страхования используется страхование сумм (ст. 934 ГК РФ), а для имущественных - страхование убытков (ст. 929 ГК РФ). Отсюда и разделение договоров на договоры личного страхования и договоры имущественного страхования.

Из такого совмещения двух классификаций по совершенно разным основаниям иногда возникают проблемы. Например, страхование от несчастных случаев и болезней лиц, отъезжающих за границу, т.е. типично личное страхование, приходится осуществлять как имущественное (финансовые риски) из-за того, что при этом виде страхования страховщик возмещает убытки.

Сторонами договора страхования являются страховщик и страхователь. Но в договорах страхования часто встречаются и третьи лица - выгодоприобретатель, т.е. лицо, получающее выплату, и застрахованное лицо, т.е. лицо, чей интерес застрахован по данному договору. Отсюда мы видим, что страхователь не всегда страхует свой интерес и не всегда в свою пользу, но важнейшей функцией страхователя является заключение договора страхования, т.е. согласование всех его существенных условий. Поэтому без участия страхователя невозможно ни заключение договора страхования, ни его изменение. А вот исполнение договора, как мы увидим далее, возможно и без участия страхователя.

Договор страхования должен быть заключен в письменной форме, иначе он недействителен (п. 1 ст. 940 ГК РФ). По общему правилу он считается заключенным в момент достижения его сторонами соглашения по всем существенным условиям.

Существует точка зрения, основанная на толковании п. 1 ст. 957 ГК РФ, что договор страхования является реальным договором и считается заключенным в момент уплаты страховой премии или ее первого взноса. Однако смысл реальных договоров в том, чтобы сторона договора подтвердила свое намерение создать юридические последствия достигнутого соглашения передачей имущества. То есть передача имущества в реальных договорах является частью волеизъявления его стороны. Но, как мы увидим далее, страховую премию вовсе не всегда платит страхователь. Поэтому свое волеизъявление на заключение договора страхователь осуществляет путем согласования его условий, и с этого момента договор страхования заключен. А затем ввести его в действие может и иное лицо, уплатив премию по этому договору.

Стороны могут в договоре предусмотреть, что он вступает в силу не в момент уплаты премии или ее первого взноса, а в иной момент. Причем этот момент может и предшествовать моменту заключения договора, т.е. можно страховать на случай события, которое к моменту заключения договора уже наступило, если только оно обладает признаком случайности, т.е. при заключении договора стороны не знают и не должны знать о его наступлении.

Помимо этого, хотя по общему правилу страхование, обусловленное договором, начинает действовать вместе с договором, стороны в договоре могут изменить начало действия страхования (п. 2 ст. 957 ГК РФ). Это означает, что договор может начать действовать и с ним начнут действовать все обязательства сторон, но страховые случаи не будут порождать обязанность страховщика произвести выплату, пока не начнет действовать страхование. Таким образом, можно ввести в действие договор страхования, отсрочив начало действия страховой защиты. Действие страховой защиты может быть распространено и на страховые случаи, наступившие до начала действия договора.

В общих положениях о договорах ГК РФ предусматривает три возможных способа достижения в письменной форме соглашения по всем существенным условиям договора:

(а) подписание одного документа обеими сторонами (п. 2 ст. 434 ГК РФ);

(б) обмен документами (п. 2 ст. 434 ГК РФ);

(в) акцепт письменной оферты конклюдентными действиями (п. 3 ст. 434, п. 3 ст. 438 ГК РФ).

Но в гл. 48 ГК РФ для договоров страхования предусмотрены два способа достижения соглашения в письменной форме:

(а) подписание одного документа обеими сторонами (п. 2 ст. 940 ГК РФ);

(б) вручение страхователю на основании его письменного или устного заявления страхового полиса (сертификата, квитанции), подписанного страховщиком, и принятие страхователем этого письменного документа (п. 2 ст. 940 ГК РФ); этот способ еще называют "заявление - полис - принятие полиса".

Второй способ достижения соглашения, как мы видим, является весьма своеобразным, так как при этом не обязательно оформляется один письменный документ, содержащий все существенные условия договора страхования. Иногда существенные условия договора

извлекаются из двух документов: письменного заявления и полиса <1>. То есть письменная оферта в ее общепринятом понимании как письменный документ, содержащий все существенные условия договора страхования, здесь может и отсутствовать.

<1> См.: п. 11 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Перечень способов, содержащийся в ст. 940 ГК РФ, предусмотрен специально для договоров страхования, и в практике возник вопрос: является ли этот перечень исчерпывающим и возможно ли для договоров страхования использование иных способов достижения письменного соглашения, перечисленных в ст. 434 ГК РФ? Этот вопрос возник в связи с попытками изменить договор страхования путем акцепта письменной оферты конклюдентными действиями.

Однозначного ответа на этот вопрос практика пока не дала. Имеются судебные решения, допускающие такую возможность <1>, и судебные решения, ее отвергающие <2>. Все же практика склоняется в пользу запрета изменения договора страхования путем акцепта письменной оферты конклюдентными действиями сторон <3>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 9 августа 2002 г. N КГ-А40/635-02 .

<2> Постановления ФАС Московского округа от 11 декабря 2002 г., 26 декабря 2002 г. N КГ-А40/8049-02 .

<3> См.: п. 12 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Договор страхования может прекратиться либо истечением срока, на который он заключен, так как договор страхования всегда заключается на определенный срок (ст. 942 ГК РФ), либо досрочно.

При истечении срока действия договора страхования порядок его прекращения регулируется п. п. 3 и 4 ст. 425 ГК РФ, т.е. договор прекратится, если к этому моменту не окажется неисполненных обязательств. В противном случае договор продолжит свое действие до момента исполнения неисполненных обязательств. В связи с этим возник вопрос о последствиях наступления страхового случая в период между истечением срока действия договора и прекращением его действия. Формальный ответ на этот вопрос несложен - такой страховой случай ничем не отличается от всех остальных, поскольку законом никаких отличий не предусмотрено. Однако очевидно, что срочный характер договора страхования обусловлен тем, что страховая премия по договору (плата за страхование) рассчитывается на определенный срок действия страховой защиты. Поскольку такие случаи очень редки, пока проблема носит скорее теоретический, чем практический характер.

Можно выделить три основания досрочного прекращения договора страхования:

(а) прекращение существования страхового риска по обстоятельствам иным, чем наступление страхового случая (п. 1 ст. 958 ГК РФ);

(б) расторжение договора односторонним волеизъявлением страхователя (п. 2 ст. 958 ГК РФ);

(в) расторжение договора по иным основаниям, предусмотренным законом (ст. 450 ГК РФ).

Особенно следует отметить, что страховщики практикуют включение в правила страхования положения о досрочном прекращении договора страхования при неисполнении страхователем каких-либо своих обязательств. Такое прекращение договора толкуется ими как расторжение договора по соглашению сторон. Судебная практика, следуя западноевропейским образцам, препятствует такому "автоматическому" прекращению договора страхования, несмотря на то что соответствующие условия правил страхования, как правило, закону не противоречат <1>.

<1> См.: п. 16 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования.

Судьба уплаченной страхователем страховой премии различается в зависимости от оснований прекращения договора. В случае (а) часть премии возвращается страхователю (п. 3 ст. 958 ГК РФ), в случае (б) - по общему правилу не возвращается. Но в накопительных договорах страхования жизни при любом досрочном расторжении договора страхователю возвращается часть премии в размере сформированного страхового резерва, которая называется "выкупная сумма" (п. 7 ст. 10 Закона о страховом деле). Часто сами страховщики с целью привлечения страхователей включают в правила страхования условие о возврате части премии при досрочном отказе страхователя от исполнения договора.

При расторжении договора по соглашению сторон судьба премии может быть установлена соглашением о расторжении, а при его расторжении в судебном порядке - решением суда.

Также важно отметить, что обязанность страховщика по выплате сохраняется и после прекращения действия договора, если страховой случай наступил до прекращения его действия <1>.

_____

<1> См.: п. 1 Обзора практики применения арбитражными судами норм ГК РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. N 104 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 4).

2. Существенные условия договора страхования

Законом установлены четыре существенных условия договора страхования (ст. 942 ГК РФ). При этом три из них - общие для договоров имущественного и личного страхования, а одно отличается. Рассмотрим их последовательно.

Условие об определенном имуществе или ином имущественном интересе (объекте страхования) для договоров имущественного страхования и условие о застрахованном лице для договоров личного страхования хотя и различаются по форме, по своему смыслу совпадают. И то и другое определяет застрахованный интерес, являющийся, в силу ст. 4 Закона о страховом деле, объектом страхования.

Имущество и иной имущественный интерес, а также застрахованное лицо могут быть определены в договоре страхования как индивидуальными, так и родовыми признаками. Например, может быть застрахована конкретная дача, принадлежащая конкретному лицу, но могут быть застрахованы и товары в обороте, находящиеся на складе по определенному адресу. Может быть застрахована ответственность конкретного водителя автомашины, но может быть застрахована и ответственность любого законного владельца автомашины (п. 2 ст. 15 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. N 40-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств"). Можно застраховать свою жизнь и здоровье, но можно застраховать жизнь и здоровье пассажиров конкретного самолета или автобуса без конкретизации имен и фамилий.

Условие о характере события, на случай наступления которого производится страхование, - это описание страхового риска, включающее в себя, как уже было объяснено в первом параграфе, три элемента:

(а) описание опасности, от которой производится страхование;

(б) описание возможного вреда;

(в) также может быть включено в договор описание характера причинно-следственной связи между опасностью и вредом.

В судебной практике имеется характерный пример, показывающий сложности, возникающие с описанием страхового риска. При страховании урожая на случай его недобора в результате неблагоприятных погодных явлений эти явления бывают, как правило, поздней весной или летом, а недобор урожая фиксируется только осенью. Соответственно, причиненным вредом здесь является недобор, а метеорологические явления - это лишь опасности, вызывающие недобор <1>. Аналогично медицинское страхование производится не на случай болезни, как иногда считают, а на случай расходов, вызванных болезнью (ст. 3 Закона РФ от 28 июня 1991 г. N 1499-1 "О медицинском страховании граждан в Российской Федерации").

_____

<1> См.: п. 6 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Причинно-следственная связь между вредом и опасностью также может быть описана в договоре по-разному. Например, можно страховать имущество от пожара, и в этом случае возмещение будет выплачиваться, если имущество сгорит. Но можно страховать имущество на случай его утраты (гибели) или повреждения по любой причине, вызванной пожаром, и тогда возмещение будет выплачиваться и в том случае, если имущество не сгорит, а, например, будет залито водой при тушении пожара или будет украдено из-за поломки в результате пожара охранной сигнализации.

Условие о страховой сумме, т.е. о сумме, которая выплачивается по договорам личного страхования и в пределах которой возмещаются убытки по договорам имущественного страхования, может быть выражено как в рублях, так и в условных денежных единицах.

Страховая сумма устанавливается для одного страхового случая. Иногда устанавливают ограничение на общую сумму, выплачиваемую за весь период действия договора страхования. Это условие закону не противоречит, но страховой суммой не является.

Для договоров страхования имущества и предпринимательского риска страховая сумма не должна превышать определенную величину, называемую страховой стоимостью (п. 2 ст. 947 ГК РФ). Если страховая стоимость не указана в договоре, по ней можно спорить, но указанная в договоре страховая стоимость не может быть оспорена (ст. 948 ГК РФ).

Условие о сроке действия договора фактически уже обсуждалось в разделе о прекращении договора страхования.

Иногда считают существенными условиями договора страхования величину страховой премии, порядок и сроки ее уплаты. Обосновывают это ссылкой на п. 1 ст. 954 ГК РФ.

В действительности существенность условия о величине страховой премии вытекает из п. 1 ст. 432 ГК РФ, так как существенными условиями договора являются не только те, что установлены законом, но и те, что считает существенными хотя бы одна из сторон. Условие о страховой премии всегда включается в договор страхования по инициативе страховщика, и в этом смысле его следует считать существенным условием договора.

Что же касается порядка (единовременно или в рассрочку) и сроков уплаты премии, то встречаются договоры страхования, в которых такое условие отсутствует. Из-за этого иногда возникают споры, но никогда еще договоры страхования не были признаны незаключенными из-за отсутствия этих условий.

3. Правила страхования

Договоры страхования в подавляющем большинстве случаев заключаются на основании Правил страхования. Эти Правила, разработанные страховщиком или объединением страховщиков (ст. 943 ГК РФ, ст. 3 Закона о страховом деле), являются стандартными условиями договора, и страхователь в большинстве случаев может либо согласиться заключить договор на условиях Правил, либо отказаться от его заключения.

Тем не менее договоры страхования, заключенные на основании Правил страхования, не признаются судами договорами присоединения, так как такие условия договора, как объект страхования, страховая сумма, страховая премия, обсуждаются сторонами индивидуально <1>, а ст. 428 ГК РФ по ее буквальному толкованию применима только к таким договорам, в которых все условия стандартны и ни одно не обсуждается индивидуально. Соответственно, страхователь лишен предусмотренного в п. 2 ст. 428 ГК РФ средства защиты от законных, но так называемых недобросовестных оговорок Правил страхования.

<1> См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 сентября 2006 г. N Ф08-4760/2006 .

Тем не менее использование Правил страхования - это право страховщика (п. 1 ст. 943 ГК РФ), и стороны договора могут отступить от условий Правил (п. 3 ст. 943 ГК РФ) <1>. Договор страхования может быть заключен вообще без ссылки на Правила.

<1> Этот вопрос еще будет рассматриваться в следующем параграфе при обсуждении правоспособности страховых организаций.

Для инкорпорации в договор условий Правил страхования необходимо, чтобы на использование Правил страхования была ссылка в договоре. Но этого недостаточно. Ссылка на Правила в договоре делает их обязательными для страховщика, и страхователь вправе ссылаться на них, даже если они для него не обязательны (п. 4 ст. 943 ГК РФ). Для страхователя же Правила становятся обязательными, если они либо изложены в одном документе с договором или на обратной стороне полиса, либо приложены к договору, полису, о чем сделана запись в его тексте (п. 2 ст. 943 ГК РФ).

4. Обязанности страховщика по договору страхования

Существо страховой защиты состоит в принятии на себя страховщиком обязательства "платить при наступлении страхового случая" (страхового обязательства). Оно весьма своеобразно. Кредитором в нем может быть только то лицо, у которого имеется застрахованный интерес, либо в договоре должно быть указано третье лицо, интерес которого застрахован. Должником в этом обязательстве может быть только страховщик. Поэтому возможности перемены лиц в страховом обязательстве очень ограничены.

При наступлении страхового случая никаких новых обязательств у страховщика не возникает, а изменяется ранее возникшее страховое обязательство. Если по обстоятельствам наступившего события и условиям договора страховая защита после наступления этого события прекращается, изменение страхового обязательства состоит в его превращении в обычное

денежное обязательство "платить определенную сумму денег по этому страховому случаю". Если же страховая защита не прекращается, то страховое обязательство расщепляется на два: "платить при наступлении следующего страхового случая" и "платить определенную сумму денег по этому страховому случаю".

В любом случае образовавшееся при наступлении страхового случая обязательство является обычным денежным обязательством, и к нему применимы все правила, относящиеся к денежным обязательствам, в частности в нем возможна перемена лиц, подлежат уплате проценты по ст. 395 ГК РФ и т.д.

Предъявляя требование страховщику о выплате, страхователь или иное лицо, предъявляющее требование, должны доказать факт наступления страхового случая в период действия страхования и размер суммы, подлежащей выплате.

Часто в Правилах страхования приводится огромный перечень документов, которые необходимо представить страховщику для получения выплаты. Как правило, имеется и оговорка о том, что страховщик вправе запрашивать и иные документы. Страховщики часто пользуются этим для затягивания выплат. Иногда в выплате отказывают из-за непредставления каких-то документов, перечисленных в Правилах.

При возникновении подобных ситуаций следует иметь в виду, что, доказывая факт наступления страхового случая и размер подлежащей выплате суммы, страхователь не ограничен какими-либо доказательствами, перечисленными в Правилах. Только законом могут быть установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию лишь определенными (легальными) доказательствами (ст. 60 ГПК РФ, ст. 68 АПК РФ). Нельзя ограничить договором возможности доказывания.

Поэтому не обязательно представлять страховщику все те и именно те документы, которые перечислены в Правилах. Главное - доказать факт наступления страхового случая и величину подлежащей выплате суммы. Если эти обстоятельства доказаны, непредставление каких-то документов не может служить основанием для отказа в выплате.

Важным вопросом в некоторых случаях является вопрос о моменте наступления страхового случая, так как событие, предусмотренное договором, может наступить тогда, когда страхование или еще не началось, или уже закончилось. При определении этого момента следует иметь в виду, что страховой случай наступает не тогда, когда возникла опасность, а в тот момент, когда она начала причинять вред. Иногда этот момент можно определить только путем проведения экспертиз. Например, при страховании строительно-монтажных рисков произошедшая авария может вызвать подвижку грунтов и через некоторое время начнет разрушаться соседний дом. Страховой случай при этом наступит не в момент аварии, а тогда, когда возникнут повреждения в доме.

Отказ в выплате возможен в трех принципиально разных случаях:

(а) когда страховой случай не наступил (не доказано, что он наступил);

(б) когда при наступившем страховом случае имеются основания для освобождения от выплаты (ст. ст. 962 - 965 ГК РФ);

(в) когда при наступившем страховом случае страховщик имеет право отказать в выплате (ст. 961 ГК РФ).

В отсутствие страхового случая выплата не может быть произведена именно в связи с его отсутствием.

Если страховой случай наступил, но у страховщика имеется право отказать в выплате, он тем не менее может произвести выплату, так как отказ - не обязанность, а право страховщика. Право на отказ в выплате - это право в одностороннем порядке отказаться от исполнения обязательства, и для непредпринимательских договоров такое право может быть предусмотрено только законом, но не договором (ст. 310 ГК РФ). Поэтому право страховщика отказать в выплате в случаях, предусмотренных в Правилах страхования, действительно только для предпринимательских договоров страхования.

При освобождении страховщика от выплаты в связи с обстоятельствами, сопутствующими наступлению страхового случая, денежное обязательство по выплате прекращается, и даже если выплата будет произведена, она не будет страховой выплатой со всеми вытекающими из этого финансовыми и налоговыми последствиями для страховщика. В этом случае ст. 310 ГК РФ не может быть применена.

Сумма, подлежащая выплате, рассчитывается по-разному для личного и для имущественного страхования.

В личном страховании эта сумма указана в договоре, и проблем с ее расчетом не возникает.

В договорах же имущественного страхования на практике возникает масса вопросов, связанных с расчетом суммы убытков, подлежащих возмещению страховщиком. По каким ценам их считать? Какой вид стоимости использовать для оценки? Можно ли часть убытков не возмещать, а оставить на риске самого страхователя (франшиза)? И тому подобное.

Практика к настоящему времени выработала достаточно универсальный ответ на все подобные вопросы, который вполне согласуется и с доктринальным представлением о страховании, и с законодательством. Этот ответ следующий: стороны вправе в договоре сами предусмотреть способ расчета подлежащих возмещению убытков. Он может отличаться от способа расчета убытков в тех отношениях, из которых эти убытки возникли. Может возмещаться только часть убытков, если это предусмотрено в договоре, и т.д.

Один из выдвигаемых против этого аргументов состоит в том, что убытки - это объективная величина и способ их расчета не может зависеть от воли сторон. Этот аргумент легко опровергается. Действительно, страхование, как уже было сказано, - это способ защиты субъективных интересов. Поэтому стороны вправе сами решить, каким способом этот интерес защищать, какую часть убытков возмещать и т.д.

Если же стороны не позаботились о согласовании способа расчета убытков в договоре, подлежащие возмещению убытки должны оцениваться независимым оценщиком.

В дополнение следует отметить, что в тех видах страхования, где определяется страховая стоимость (страхование имущества и предпринимательского риска), предусмотрено специальное правило расчета суммы выплаты в случае, если страховая сумма меньше страховой стоимости, т.е. если риск застрахован не полностью. Сумма выплаты в этом случае также будет неполной - она пропорционально уменьшается (ст. 949 ГК РФ).

Помимо обязанности уплатить при наступлении страхового случая определенную договором сумму у страховщика имеется еще одна важная обязанность: возместить страхователю расходы, произведенные для уменьшения размера убытков (п. 2 ст. 962 ГК РФ).

При этом если опасность наступила (например, начался пожар), а в результате принятых мер вред не был причинен (застрахованный товар не сгорел), произведенные расходы не подлежат возмещению, так как они направлены на предупреждение наступления убытков, а не на их уменьшение, как указано в законе.

5. Обязанности страхователя. Суброгация

Основной обязанностью страхователя считается уплата премии (п. 1 ст. 954 ГК РФ). Однако в большинстве случаев уплата премии не является обязанностью, так как большинство договоров страхования вступают в силу в момент уплаты премии или ее первого взноса (п. 1 ст. 957 ГК РФ), а не вступивший в силу договор не порождает ни прав, ни обязанностей.

Поэтому уплата премии становится обязанностью страхователя лишь в двух случаях:

(а) если в договоре предусмотрен момент его вступления в силу, отличающийся от момента уплаты премии;

(б) если уплата премии производится в рассрочку, уплата второго и последующего взносов является обязанностью, так как договор вступает в силу с момента уплаты первого взноса.

В тех случаях, когда уплата премии является обязанностью страхователя, - это обычное денежное обязательство, и при просрочке его исполнения подлежат уплате проценты по ст. 395 ГК РФ.

В соответствии с п. 3 ст. 954 ГК РФ договором могут устанавливаться любые последствия неуплаты в срок очередного страхового взноса. Однако не все такие последствия применяются судами. Как было показано ранее, автоматическое прекращение договора страхования в качестве последствия неуплаты в срок очередного взноса не поддерживается судебной практикой <1>.

<1> См.: п. 16 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

При расчете суммы премии в подавляющем большинстве случаев страховщики используют тарифы, но это право, а не обязанность страховщика (п. 2 ст. 954 ГК РФ). Попытки органа страхового надзора истолковать использование тарифа как лицензионное требование, обязательное к исполнению страховщиками, не поддерживаются судами.

Наконец, вопрос о возможности уплаты премии неденежными средствами, например передачей взамен денег отступного, в тех случаях, когда уплата премии является обязательством, долгое время являлся спорным. Однако с вступлением в январе 2004 г. в силу новой редакции Закона о страховом деле эти дискуссии на время прекратились, поскольку п. 1 ст. 11 Закона о страховом деле в новой его редакции требует, чтобы премия уплачивалась только деньгами. Это требование, очевидно, является необоснованным ограничением свободы договора, а также предпринимательской и иной экономической деятельности, находящейся под защитой Конституции РФ. Однако оспаривание конституционности этой нормы Закона о страховом деле - вопрос будущего. Пока же Закон препятствует уплате премии не деньгами.

Важнейшей обязанностью страхователя является обязанность по раскрытию информации о риске. На этапе заключения договора она установлена в ст. 944 ГК РФ, а на этапе его исполнения - в ст. 959 ГК РФ. Но в обоих случаях неисполнение страхователем этой своей обязанности не влечет для него особенных неблагоприятных последствий.

Неисполнение преддоговорной обязанности (ст. 944 ГК РФ) влечет последствия лишь при умышленном введении страховщика в заблуждение, но практика показывает, что доказывание умысла страхователя в этом случае сопряжено с большими трудностями. В итоге при формально установленной обязанности страхователь, по существу, освобожден от нее конструкцией ст. 944 ГК РФ. Суды даже выработали в отношении применения этой статьи весьма показательную формулу: "бремя истребования и сбора информации о риске лежит на страховщике, который должен нести риск последствий заключения договора без соответствующей проверки" <1>. Действительно, нормы ст. 944 ГК РФ позволяют прийти к такой позиции, несмотря на то что буквально в этих нормах сказано прямо противоположное.

<1> Такая формулировка встречается во многих судебных актах (цит. по: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31 октября 2006 г. N Ф04-7216/2006(27981-А27-16)).

Ситуация со ст. 959 ГК РФ не намного лучше. Неблагоприятные последствия неисполнения страхователем обязанности сообщать страховщику об изменениях в степени и характере риска сформулированы в этой статье так, что они совершенно не побуждают страхователя исполнять установленную в ней обязанность.

Очень похожая ситуация и с обязанностью своевременно сообщать о наступлении страхового случая (ст. 961 ГК РФ). Право страховщика отказать в выплате из-за несвоевременного уведомления о наступлении страхового случая небезусловно. Условия, которыми оно обставлено, наступают крайне редко и при формально установленной обязанности, страхователь в подавляющем большинстве случаев может не очень беспокоиться о немедленном уведомлении страховщика.

Совершенно аналогичная ситуация и с принятием мер для уменьшения убытков (ст. 962 ГК РФ). Какие-либо неблагоприятные последствия для страхователя наступают, лишь если он умышленно не принял таких мер (п. 3 ст. 962 ГК РФ).

Подводя итог рассмотрению обязанностей страхователя, можно сказать, что законодательство, а за ним и практика весьма либерально относятся к неисполнению страхователем всех своих обязанностей, включая и обязанность по уплате премии, когда она таковой является.

Нередко случается, что имеется лицо, ответственное за убытки, причиненные страхователю и возмещенные страховщиком. В этом случае требование к этому лицу, которое имел страхователь, переходит в порядке суброгации к страховщику на основании закона (ст. 965 ГК РФ).

Поскольку при суброгации не возникает никакого нового обязательства, а лишь происходит перемена лиц в уже существующем обязательстве, то и осуществляется это обязательство по тем же правилам, по которым оно осуществлялось бы, если бы перемены лиц не произошло.

Поэтому лицо, ответственное за убытки, возмещенные страховщиком, имеет против требования страховщика два типа возражений:

(а) возражения, основанные на отношениях между лицом, ответственным за убытки, и первоначальным кредитором (страхователем);

(б) возражения, основанные на договоре страхования, так как переход права требования происходит только при страховой выплате, а выплата только тогда признается страховой, когда она произведена в строгом соответствии с условиями договора страхования.

Законодательство требует от страхователя бережно относиться к своему требованию к лицу, ответственному за причиненные убытки. Если страхователь откажется от этого требования или по его вине станет невозможным его осуществление, страховщик вправе отказать в выплате или требовать возврата выплаченного возмещения (п. 4 ст. 965 ГК РФ).

Следует также отметить, что суброгация в том ее понимании, которое дано в ГК РФ, происходит только в имущественном страховании. Однако лица, ответственные за вред, могут быть не только в имущественном, но и в личном страховании. Правила о суброгации ст. 965 ГК РФ к этим отношениям не применяются. Однако в некоторых видах личного страхования имеется аналог суброгации. Например, ст. 28 Закона "О медицинском страховании граждан в Российской Федерации" предусматривает возможность для страховщика требовать возмещения оплаченных им медицинских расходов от лиц, ответственных за вред, причиненный здоровью застрахованного лица.

6. Договоры страхования с участием третьих лиц

Достаточно распространены договоры страхования с участием третьих лиц - выгодоприобретателей и застрахованных лиц.

Выгодоприобретатель - это лицо, не являющееся страхователем, в пользу которого заключен договор страхования. К договорам страхования с участием выгодоприобретателей применяется ст. 430 ГК РФ.

Застрахованное лицо - это лицо, не являющееся страхователем, интерес которого застрахован по договору страхования. Застрахованное лицо может одновременно являться и выгодоприобретателем, а может и не являться.

В таблице показано, в каких договорах страхования участие каких третьих лиц возможно.

Виды страхования	Незастрахованный выгодоприобретатель	Застрахованный выгодоприобретатель	Застрахованный невыгодоприобретатель
Имущество	возможно	возможно	невозможно
Ответственность за вред	назначено законом	невозможно	возможно
Ответственность по договору	назначено законом	невозможно	невозможно
Предпринимательский риск	невозможно	невозможно	невозможно
Финансовые риски	возможно	возможно	возможно
Личное	возможно с письменного согласия застрахованного	назначено законом, но может быть изменено договором	возможно с письменного согласия застрахованного

Если в договоре страхования участвуют третьи лица, страхователь вправе с определенными ограничениями, установленными в ст. ст. 955 и 956 ГК РФ, своим односторонним волеизъявлением заменить их на других лиц.

Выгодоприобретатель в договоре страхования имеет по общему правилу п. 1 ст. 430 ГК РФ право требования к страховщику о выплате. Важно, что сам страхователь в силу п. 4 ст. 430 ГК РФ может предъявить к страховщику право требования выплаты, лишь если выгодоприобретатель от него отказался. Таким образом, в договорах страхования ответственности, где потерпевший законом назначен выгодоприобретателем, страхователь, приобретший страховую защиту, не сможет реализовать ее. Для того чтобы защита была реализована, выгодоприобретатель должен изъявить свою волю: либо потребовать от страховщика выплату, либо отказаться от нее. Без участия выгодоприобретателя в этих договорах реализация страховой защиты страхователя невозможна.

Выгодоприобретатели в договорах страхования вообще наделены правами, близкими к правам страхователя. Например, выгодоприобретатель, который не является стороной договора, может тем не менее отказаться от него без согласия страхователя (п. 2 ст. 958 ГК РФ).

Во многих нормах гл. 48 ГК РФ используется конструкция "страхователь (выгодоприобретатель) обязан". Это, однако, не означает, что на третье лицо, не участвовавшее в заключении договора, возлагаются какие-то обязанности. Было бы странным, если бы стороны договора могли договориться о том, что третье лицо им в чем-то обязано.

В действительности упомянутая выше конструкция используется не для возложения на третье лицо обязанностей, а для возложения на него исполнения обязанностей страхователя (ст. 939 ГК РФ). Это лицо (выгодоприобретатель), естественно, не несет никакой ответственности за неисполнение обязанностей страхователя, но несет риск последствий их неисполнения (п. 2 ст. 939 ГК РФ).

Застрахованные лица, не являющиеся выгодоприобретателями, не имеют практически никаких прав по договору, и на них не возлагается исполнение обязанностей. Участие застрахованных лиц необходимо лишь при назначении выгодоприобретателей по договору личного страхования, если эти выгодоприобретатели отличаются от застрахованных лиц (п. 2 ст. 934 ГК РФ). На такое назначение выгодоприобретателя требуется письменное согласие застрахованного лица.

7. Договоры перестрахования

Наконец, следует кратко остановиться на весьма специфической разновидности договоров страхования - договоре перестрахования.

Перестрахование - это страхование страховщиков. Страховщик, заключивший договор страхования, тем самым принимает на себя риск страховой выплаты по этому договору, который он может застраховать (перестраховать) у другого страховщика (перестраховщика) по договору перестрахования (п. 1 ст. 967 ГК РФ).

Отношения по перестрахованию, таким образом, существуют внутри очень узкой группы участников оборота, и большинство правопорядков устраняются от регулирования этих отношений, упоминая в законодательстве лишь о возможности заключения таких договоров. В остальном же регулирование перестрахования остается на усмотрение самих его участников. Поэтому основным инструментом регулирования перестрахования являются обычаи делового оборота.

К сожалению, отечественный законодатель отошел от этой традиции западноевропейских правопорядков - не вмешиваться во взаимоотношения внутри страхового сообщества и в ст. 967 ГК РФ ввел для договоров перестрахования довольно много нормативных правил. Причем некоторые из этих правил плохо стыкуются с развитыми и повсеместно применяемыми обычаями делового оборота, из-за чего российским страховым компаниям иногда бывает очень сложно строить отношения с их западноевропейскими коллегами.

Например, само определение перестрахования, приведенное в п. 1 ст. 967 ГК РФ, недвусмысленно говорит о том, что заключать договор перестрахования можно только в отношении уже заключенного договора страхования (основного договора). Между тем в практике перестрахования весьма распространены так называемые облигаторные договоры перестрахования, по которым перестрахователь обязуется передавать, а перестраховщик обязуется принимать в перестрахование риски по всем (уже заключенным или еще не заключенным) основным договорам страхования определенного вида. В связи с определением перестрахования, которое дано в п. 1 ст. 967 ГК РФ, возникла проблема правовой природы такого облигаторного договора: является ли он договором перестрахования <1>?

<1> См.: Фогельсон Ю.Б. Некоторые правовые проблемы облигаторного перестрахования // Бизнес, менеджмент, право. 2005. N 3.

Как мы увидим дальше, перестрахование - это отношения, основанные на высокой степени доверия сторон друг к другу, и поэтому споров по договорам перестрахования очень мало. Однако они все же иногда возникают. И тогда обнаруживается отсутствие эффективных средств защиты против неисправной стороны договора, заключенного без учета требований законодательства. Так, при неисполнении со стороны перестрахователя договора облигаторного перестрахования суды отказываются взыскивать в пользу перестраховщика перестраховочную премию по тем основным договорам страхования, которые перестрахователь обязался передать в перестрахование, но не передал.

Таким образом, договор перестрахования, подчиненный российскому праву, должен быть хорошо продуман. С одной стороны, правила диктуются обычаями делового оборота, играющими в перестраховании огромную роль, а с другой стороны, эти правила не должны препятствовать реализации средств защиты против неисправной стороны договора, предусмотренных правопорядком. Иногда даже бывает удобнее подчинить договор перестрахования иностранному праву и отнести рассмотрение споров по такому договору к компетенции третейского суда.

В перестраховочном жаргоне и даже в договорах перестрахования часто встречается выражение "передача риска". Перестрахователь "передает" риск перестраховщику, а перестраховщик его "принимает" и может "передать" дальше (п. 4 ст. 967 ГК РФ). Стороны договора перестрахования именуют себя "цедент" и "цессионарий" так, как будто бы один другому передает какое-то право требования.

Использование такой терминологии создает иллюзию того, что при перестраховании одна сторона договора что-то передает другой. Как правило, считают, что перестрахователь передает перестраховщику риск или часть принятого на себя риска. То есть тем самым создается впечатление, что страховщики передают друг другу по частям один и тот же риск, распределяя его между собой.

В действительности это совершенно не так. При перестраховании никто ничего никому не передает. Риск не может быть передан, потому что он не является объектом оборота, свою ответственность за выплату перестрахователь не может передать перестраховщику в силу уже упомянутого п. 3 ст. 967 ГК РФ.

Перестрахование - это не переход прав или обязанностей и не передача риска, а специальный вид страхования, и перестраховщик страхует совсем иной риск, чем

перестрахователь. Если перестрахователь страхует риск угона машины, то перестраховщик страхует риск страховой выплаты вследствие угона машины. Поэтому если страховым случаем по основному договору является угон, то страховым случаем по договору перестрахования является страховая выплата за угнанную машину <1>.

<1> См.: п. 22 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Именно поэтому независимо от того, к какому виду страхования относится основной договор, к любому договору перестрахования применяются правила страхования предпринимательского риска (п. 2 ст. 967 ГК РФ). Эта норма сформулирована законодателем диспозитивно, чтобы дать все же сторонам возможность использовать тот широкий спектр обычаев оборота, которые имеются в перестраховании.

Одним из важнейших правил перестрахования является так называемое правило следования судьбе перестрахователя. Оно вытекает из главного принципа перестрахования: перестрахователь (страховщик по основному договору) остается ответственным перед своим страхователем по основному договору в полном объеме, несмотря на наличие у него перестраховочной защиты. Страхователь по основному договору не вправе ничего требовать от перестраховщика. Этот принцип закреплен в п. 3 ст. 967 ГК РФ.

Раз перестрахователь полностью отвечает за выплату по основному договору, то он и должен совершенно самостоятельно урегулировать вопросы выплаты со своим страхователем, а перестраховщик не может вмешиваться в этот процесс. То есть какое бы решение ни принял перестрахователь о выплате, перестраховщик должен следовать этому решению. Это и называется "следование судьбе" перестрахователя. Как правило, это условие включается в договор и носит название "оговорка о следовании судьбе".

Однако "следование судьбе" не безусловно. Перестраховщик не вправе ревизовать решение перестрахователя о выплате лишь в том случае, если перестрахователь, принимая это решение, действовал в строгом соответствии с основным договором страхования, не рассчитывая на перестраховочную защиту. Если же перестрахователь принял не обоснованное основным договором решение о выплате, перестраховщик вправе его оспаривать, несмотря на "оговорку о следовании судьбе". Это правило является обычаем делового оборота в перестраховании и поддержано отечественной судебной практикой <1>.

<1> См.: п. 23 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Именно принцип следования судьбе делает перестраховочные отношения в высокой степени доверительными. Перестраховщик, обязуясь "следовать судьбе" перестрахователя, практически полностью доверяет ему решение о выплате, так как доказывание необоснованности этой выплаты хотя в принципе, как мы видим, и возможно, но на практике крайне затруднительно.

§ 4. Рынок страховых услуг и его участники. Субъекты страхового дела

1. Рынок страховых услуг и особенности его функционирования

До сих пор мы рассматривали содержание и правовую форму страховых отношений, т.е. страхование изнутри. Теперь мы посмотрим на страхование извне, так, как смотрит на него гражданский оборот.

С этой точки зрения страхование является финансовой услугой по защите интересов. Такое понимание страхования нашло отражение и непосредственно в российском законодательстве <1>, и в международных договорах, подписанных и ратифицированных Россией <2>, и в доктрине <3>.

<1> Например, в п. 2 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

<2> Например, приложение N 6 к Соглашению о партнерстве и сотрудничестве, учреждающему партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (о. Корфу, 24 июня 1994 г.). Далее - Соглашение на о. Корфу.

<3> См.: Семилютина Н.Г. Российский рынок финансовых услуг (формирование правовой модели). М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 336.

Важной особенностью всех финансовых услуг являются специфичность и сложность их содержания, понимание которого требует специальных профессиональных знаний, прежде всего от того, кто их оказывает. Поэтому оказывает подобные услуги всегда специализированная профессиональная организация, в данном случае страховая. Профессиональные страховые организации существенно более информированы о содержании оказываемых услуг, чем потребитель услуги. В финансовом отношении эти организации также значительно более состоятельны, чем их контрагент - потребитель услуги.

Таким образом, функционирует рынок страховых услуг, на котором при формально-юридическом равенстве всех его участников потребители услуг находятся в фактически менее выгодном положении, чем те, кто эти услуги оказывает. Во-первых, из-за сложности и специфики страховых услуг потребители не всегда в состоянии адекватно оценить содержание конкретно предлагаемого страхового продукта и, соответственно, конкурентные преимущества различных продуктов. Во-вторых, при том, что в отечественном правопорядке исполнение договоров вообще находится не на должном уровне, в отношении договоров страхования это проявляется в еще большей степени, так как с финансово обеспеченной, профессиональной организацией спорить очень сложно. Тем более что за то время, пока идет спор о невыплаченных деньгах, страховая организация получает доход с этих денег.

Правопорядок, естественно, реагирует на это, вводя специальное регулирование конкуренции на рынках финансовых услуг и специальные правила для выравнивания положения участников рынков финансовых услуг.

Особенности конкуренции на рынке финансовых, в том числе страховых, услуг рассматриваются в главе, посвященной конкуренции. Здесь же мы вкратце рассмотрим вопросы, связанные с выравниванием положения участников рынка страховых услуг.

Можно выделить два направления, по которым правопорядки вмешиваются в деятельность участников рынка страховых услуг с целью выравнивания их положения:

(а) вмешательство в договорные отношения, ограничивающие свободу договора;

(б) регулирование различных действий, совершаемых вне договора.

Современным правопорядкам известно много способов, выравнивающих положение участников договора страхования. К ним, в частности, относятся различные способы толкования договора страхования в пользу страхователя, исключение из договоров страхования так называемых недобросовестных или несправедливых оговорок, потребительская защита.

В американском страховом праве на основе многочисленных решений судов разработана доктрина "rights at variance with policy provisions". Эта доктрина исходит из того, что у страхователя, который согласился со сложными, разработанными профессионалами условиями договора страхования, имеются права, подлежащие защите даже против условий такого договора.

Во всех западноевропейских кодификациях гражданского права и в англо-американском общем праве имеется общая оговорка о добросовестности, позволяющая судам вмешиваться в договорные отношения, если обнаруживается, что одна из сторон использует свое более выгодное положение для получения необоснованных преимуществ, т.е. действует недобросовестно <1>.

<1> См. об этом, например: Фогельсон Ю.Б. Оговорка о добросовестности и российское договорное право // Forging a Common Legal Destiny: Liber Amicorum in Honor of William E. Buttler / Edited by N. Erpyleva, M. Gashi-Battler, J. Henderson. London, 2005. P. 117 - 134.

Вмешательство во внедоговорные отношения участников рынка страховых услуг также в основном производится на основе критерия добросовестности. Например, в ЕС прямо запрещена так называемая недобросовестная коммерческая практика, к которой, в частности, относят: использование заведомо неточной информации, действия продавца, направленные в совокупности на введение в заблуждение потребителя, действия, направленные на то, чтобы вынудить потребителя принять решение (подписать контракт), которое он бы не принял при условии добросовестных действий продавца, и т.п. <1>. Разнообразно правовое регулирование недобросовестной коммерческой практики и в штатах США <2>.

<1> Более подробно см., например: Howells G., Micklitz H., Wilhelmsson T. European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive. Ashgate Publishing, 2006.

<2> Это подробно описано в кн.: Keeton R.E., Wides A.I. Insurance Law. A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial Practices. Practitioner's Edition. St. Paul; MN, 1988.

Таким образом, на западноевропейских и американском рынках страховых услуг правопорядки системно вмешиваются в свободу договора и предпринимательской деятельности с

целью оградить непрофессиональных участников рынка от возможных недобросовестных действий профессиональных его участников.

В российском правопорядке такое системное вмешательство, к сожалению, отсутствует. Прежде всего следует указать на то, что в ГК РФ отсутствует общая оговорка о добросовестности. Презумпция добросовестности, установленная в п. 3 ст. 10 ГК РФ, во-первых, весьма далека от общей обязанности действовать добросовестно, а во-вторых, по самой формулировке нормы эта презумпция крайне ограничена в применении. Поэтому у судов отсутствует гибкий инструмент, позволяющий оперативно реагировать на различные попытки страховщиков использовать свое преимущественное положение в ущерб страхователю.

В отношении "несправедливых" оговорок в п. 2 ст. 428 ГК РФ предусмотрен механизм борьбы с подобными договорными условиями, однако для договоров страхования он неэффективен. Во-первых, п. 2 ст. 428 ГК РФ действует лишь для договоров присоединения, но поскольку такие условия договоров, как условие о застрахованных объектах, рисках, о страховой премии, обсуждаются сторонами индивидуально, договор страхования нельзя квалифицировать как договор присоединения в смысле п. 1 ст. 428 ГК РФ. Во-вторых, п. 2 ст. 428 ГК РФ требует, чтобы исключение оговорки из договора производилось путем его принудительного изменения в судебном порядке. Но такое изменение в большинстве случаев не имеет смысла для страхователя, так как он узнает о "несправедливой" оговорке и может потребовать ее изъятия из договора, как правило, в связи с требованием о выплате по уже наступившему страховому случаю, а изменение договора не может оказать воздействие на права и обязанности, существовавшие до его изменения.

Потребительская защита распространяется на договоры страхования в крайне ограниченном объеме - лишь в части общих правил, установленных в гл. I Закона "О защите прав потребителей". А на выгодоприобретателей в договорах страхования в пользу третьего лица эта защита вообще не распространяется <1>.

<1> См. об этом и о других проблемах потребительской защиты по договорам страхования в статье: Фогельсон Ю.Б. Конституционные проблемы российского страхового права // Хозяйство и право. 2007. N 8, 9.

Вместе с тем полностью отсутствует какое-либо системное вмешательство во внедоговорную коммерческую практику на рынке страховых услуг с целью ее защиты от недобросовестного поведения его профессиональных участников (не считая, разумеется, антимонопольного регулирования, которого мы здесь не касаемся). Единственная норма, имеющаяся на этот счет, - ст. 28 Федерального закона от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе", которая требует, чтобы в рекламе финансовых, в том числе страховых, услуг указывалась достаточно полная информация об условиях, влияющих на доходность.

Несмотря на все сказанное, российские суды, как и их западноевропейские коллеги, не могут пройти мимо очевидных проявлений недобросовестности страховых компаний. Однако в отличие от их западноевропейских коллег они лишены поддержки законодателя. Отсюда возникает справедливая, но незаконная судебная практика. Например, навязанное страхователю в правилах страхования условие об автоматическом прекращении договора страхования при просрочке уплаты страхователем очередного взноса арбитражные суды отвергают, хотя оно ни в чем не противоречит закону <1>.

<1> Соответствующее указание содержится в п. 16 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. N 75 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1).

Помимо неравенства участников еще одной важной особенностью рынка страховых услуг является так называемый неблагоприятный отбор <1> страхователей. Такое название получила в литературе тенденция, состоящая в том, что в определенных условиях более часто покупают страховую услугу лица с более высокими рисками. Соответственно, страховщики, которые первоначально устанавливали цену страховой услуги в расчете на средний риск, начинают нести убытки и поэтому должны повысить цену своей услуги. А страховую защиту по более высоким ценам соглашаются покупать страхователи с еще более высокими рисками и т.д.

<1> В англоязычной литературе, откуда и пришел к нам этот термин, данное явление обозначается "adverse selection".

Процесс неблагоприятного отбора может быть запущен множеством различных факторов. Например, для привлечения клиентов страховщик может включить в договор страхования от несчастных случаев и болезней условие о том, что он обязуется по окончании данного договора

пролонгировать его действие на следующий период. Ясно, что воспользуются такой пролонгацией не все клиенты, а люди с большим риском заболевания и т.д.

Поэтому страховые компании, разрабатывая новые страховые продукты, тарифные планы и пр., всегда должны иметь в виду возможность запуска процесса неблагоприятного отбора каким-либо из неучтенных факторов.

Аналогично и правопорядок должен считаться с этой особенностью страхового рынка. Например, страховые компании для исключения неблагоприятного отбора и привлечения клиентов с меньшими рисками предоставляют таким клиентам различные бонусы. Были случаи, когда налоговые органы пытались взимать с таких бонусов НДС, расценивая это как безвозмездное предоставление страховой услуги. Налицо типичное непонимание этой особенности рынка страховых услуг. Надо, правда, отметить, что ни одно из таких решений налоговых органов не выдержало судебной проверки.

2. Участники страховых отношений и субъекты страхового дела

Можно выделить 11 участников страховых отношений. Это прежде всего четыре участника договора страхования:

(а) страховщик;

(б) страхователь;

(в) выгодоприобретатель;

(г) застрахованное лицо.

Затем два вида страховых посредников:

(д) страховые агенты;

(е) страховые брокеры.

И еще пять субъектов, участвующих в страховых отношениях в силу своего правового статуса:

(ж) страховые организации;

(з) общества взаимного страхования;

(и) страховые актуарии;

(к) объединения субъектов страхового дела;

(л) орган страхового надзора.

В п. 1 ст. 4.1 Закона о страховом деле перечислены десять из них - все, кроме страховщика. Путаницу, которая имеется в Законе о страховом деле в понятиях "страховщик", "страховая организация" и "общество взаимного страхования", мы рассмотрим ниже, пока же отметим, что страховщик, страховая организация и общество взаимного страхования - это разные участники страховых отношений. Страховщик - сторона договора страхования, а страховая организация и общество взаимного страхования - организации, характеризующиеся определенными признаками.

Как будет видно из дальнейшего, страховых брокеров также можно причислить к статусным участникам страховых отношений, однако их удобнее выделять в качестве страховых посредников в силу той роли, которую они играют на рынке страховых услуг.

Участники договора страхования, их права и обязанности уже были рассмотрены в третьем параграфе при изучении договора страхования, а орган страхового надзора и его функции будут рассмотрены в пятом параграфе, специально посвященном надзору.

Поэтому в этом параграфе рассмотрены остальные шесть из перечисленных субъектов и в особенности четыре из них, названные в п. 2 ст. 4.1 Закона о страховом деле субъектами страхового дела. Это:

(а) страховые организации;

(б) страховые брокеры;

(в) общества взаимного страхования;

(г) страховые актуарии <1>.

<1> В настоящее время на рассмотрении в Государственной Думе находится законопроект, исключающий страховых актуариев из числа субъектов страхового дела и отменяющий их государственную аттестацию.

Смысл выделения такой группы участников страховых отношений достаточно ясен. Все они ведут специальную профессиональную деятельность, связанную со сбором и управлением деньгами (полученными от страхователей), являются в силу этого профессиональными участниками рынка страховых услуг и нуждаются в специализированном надзоре. Как, впрочем, и любые предприниматели, ведущие узкопрофессиональную деятельность, требующую специальных познаний.

Поэтому к этим четырем субъектам Закон о страховом деле предъявляет несколько общих требований:

(а) их деятельность подлежит лицензированию, а деятельность актуариев - аттестации, что сродни лицензированию (п. 2 ст. 4.1);

(б) они подлежат включению в Единый государственный реестр субъектов страхового дела (п. 2 ст. 4.1);

(в) устанавливаются специальные требования к их наименованию, которое помимо указания на организационно-правовую форму должно содержать указание на вид деятельности с использованием слов "страхование", либо "перестрахование", либо "взаимное страхование", либо "страховой брокер", либо производные от них слова и словосочетания, а также индивидуализирующее обозначение (п. 3 ст. 4.1);

(г) устанавливаются специальные квалификационные требования (ст. 32.1) к руководителям и главным бухгалтерам этих субъектов либо к самим этим субъектам, если они являются физическими лицами;

(д) все они подлежат государственному страховому надзору (п. 1 ст. 30), и в связи с этим законодательство возлагает на них определенные обязанности (п. 5 ст. 30);

(е) все, кроме актуариев, являются финансовыми организациями для целей применения антимонопольного законодательства (п. 6 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции") и на них распространяются специальные антимонопольные требования.

3. Страховая организация и общество взаимного страхования

Мы уже говорили о том, что страховщик - это сторона договора страхования, принимающая обязательство произвести выплату при наступлении страхового случая. Это прямо вытекает из ст. ст. 929, 934 и 938 ГК РФ.

В ст. 6 Закона о страховом деле указаны иные квалифицирующие признаки страховщика: это должна быть организация, созданная для осуществления страхования, перестрахования или взаимного страхования, и у нее должна иметься лицензия. Квалификация страховщика по Закону не зависит от участия в договоре.

Несогласованность определений страховщика в ГК РФ и в Законе о страховом деле приводит к неопределенности в вопросе о действительности договора страхования. Отсутствие лицензии у организации, заключившей договор страхования в качестве страховщика, влечет по ГК РФ и по Закону разные последствия. По ГК РФ подобный договор страхования оспорим в силу ст. 173 ГК РФ, так как заключен страховщиком с выходом за пределы правоспособности. По Закону подобный договор ничтожен в силу ст. 168 ГК РФ, так как заключен не страховщиком, т.е. ненадлежащим лицом.

Однако судами неукоснительно признается приоритет ГК РФ в этом вопросе, и организация, заключившая в качестве страховщика договор страхования с выходом за пределы лицензии, признается страховщиком, а договор - оспоримым <1>.

_____

<1> Таких решений довольно много. Наиболее характерные из них - Постановления ФАС Московского округа от 9 ноября 1999 г. N КА-А40/3611-99, от 5 марта 2003 г. N КА-А40/953-03 .

Закон о страховом деле и ГК РФ используют также термины "страховая организация" и "общество взаимного страхования", которые описывают не сторону договора, а специальных субъектов оборота. В силу ст. 938 и п. 5 ст. 968 ГК РФ только они могут заключать в качестве страховщиков договоры страхования.

Таким образом, термины "страховщик" и "страховая организация", "общество взаимного страхования" соотносятся следующим образом: страховщик - это сторона договора, а страховые организации и общества взаимного страхования, и только они, вправе участвовать в договоре страхования в качестве страховщика.

Судя по определению страховщика, данному в ст. 6 Закона, авторы текста Закона попытались объединить одним термином страховую организацию и общество взаимного страхования, но в результате этот термин оказался рассогласован с ГК РФ и возникла путаница. Поэтому везде, где в Законе использован термин "страховщик", его следует понимать как "страховая организация и общество взаимного страхования".

Помимо общих требований к субъектам страхового дела, к страховым организациям и обществам взаимного страхования (ошибочно называемым страховщиками) предъявляются следующие требования:

(а) это должно быть юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Российской Федерации;

(б) оно должно быть создано для осуществления страховой деятельности и это должно быть зафиксировано в его уставе;

(в) должен соблюдаться запрет на совместное осуществление отдельных видов страхования, установленный в абз. 2 п. 2 ст. 6 Закона, так называемая специализация страховых организаций и обществ взаимного страхования;

(г) для страховых организаций (но не для обществ взаимного страхования) должны соблюдаться ограничения на участие иностранного капитала, установленные в п. п. 3 - 5 ст. 6 Закона;

(д) должны соблюдаться ограничения, установленные в п. 3 ст. 25 Закона о величине уставного капитала.

Лицензирование страховых организаций и обществ взаимного страхования осуществляется исключительно по правилам Закона о страховом деле, а Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности" к страховой деятельности не применяется в силу прямого указания на это в п. 2 ст. 1 указанного Закона.

Лицензии выдает орган страхового надзора - в настоящее время эти функции выполняет Федеральная служба страхового надзора (ФССН).

В лицензии указываются виды страхования из перечня, приведенного в ст. 32.9 Закона (п. 1 ст. 32.9 Закона), которые вправе осуществлять страховая организация или общество взаимного страхования. Таким образом, лицензии страховым организациям и обществам взаимного страхования выдаются не на страхование вообще, а на конкретный перечень видов страхования.

В силу ст. 6 Закона правоспособность страховой организации и общества взаимного страхования является специальной. В части страхования она ограничена видами страхования, перечисленными в лицензии (ст. ст. 32, 32.9 Закона).

В практике иногда правоприменительные органы заявляют, что правоспособность страховых организаций и обществ взаимного страхования в части страхования ограничена не только видами страхования, перечисленными в лицензии, но внутри вида страхования она ограничена также и правилами страхования. Правила страхования представляются на лицензирование в силу подп. 10 п. 2 ст. 32 и п. 2 ст. 32.9 Закона или направляются в орган страхового надзора в силу п. 3 ст. 32.9 Закона. Эта правовая позиция основана на п. 3 ст. 3 Закона, в соответствии с которой добровольное страхование осуществляется на основании правил страхования. Из этого пытаются вывести обязанность страховщика придерживаться правил страхования и запрет для него отступать от правил.

Однако из ст. 943 ГК РФ недвусмысленно вытекает принципиально иное правовое значение правил страхования. В силу норм этой статьи правила страхования - это типовые условия договора страхования, разработанные страховщиком или объединением страховщиков, которые страховщик вправе применять (п. 1 ст. 943 ГК РФ), но совершенно не обязан это делать. В качестве типовых условий договора правила могут быть изменены сторонами при заключении договора, а также стороны при заключении договора страхования вправе отступить от условий правил (п. 3 ст. 943 ГК РФ).

По этому вопросу имеется достаточно обширная судебная практика, которая свидетельствует об исключительно гражданско-правовом значении правил страхования как типовых условий договора. Приписывание правилам страхования публично-правового значения ограничителя правоспособности страховщика судами систематически отвергается <1>.

<1> См.: Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 7 февраля 2001 г. по делу N А29-4759/00э, от 23 декабря 2002 г. по делу N А29-2232/02А, ФАС Московского округа от 14 августа 2001 г. по делу N КГ-А40/4224-01, от 2 декабря 2003 г. по делу N КГ-А40/9425-03, ФАС Северо-Западного округа от 16 марта 2004 г. по делу N А56-23425/03 .

Имеется также весьма показательное решение Арбитражного суда г. Москвы по делу N А40-32435/05-147-237. Это решение не опубликовано и не обжаловалось. Дело возникло из-за того, что страховщик при заключении договоров отступал от правил страхования, а ФССН направила ему в связи с этим предписание о прекращении нарушения страхового законодательства. Это предписание было оспорено страховщиком, и суд признал его недействительным, указав, что стороны при заключении договора вправе отступать от правил страхования и это не является нарушением страхового законодательства.

Как мы видим, правовое регулирование правоспособности страховых организаций и обществ взаимного страхования не различается. Однако в их правовом статусе все же есть отличие.

Страховая организация - это всегда коммерческая организация, а общество взаимного страхования может быть и некоммерческой организацией, если оно осуществляет страхование только своих членов (п. 2 ст. 968 ГК РФ).

Страховые организации осуществляют страхование исключительно на основании договоров, а общества взаимного страхования могут страховать своих членов без заключения договора на основании членства в таком обществе (п. 3 ст. 968 ГК РФ).

Общество взаимного страхования должно иметь и другие отличия как в своем правовом статусе, так и в характере деятельности. Все это должно быть определено в специальном законе, принятие которого предусмотрено как ст. 968 ГК РФ, так и ст. 7 Закона о страховом деле. Однако этот закон до сих пор не принят, что существенно тормозит развитие взаимного страхования в нашей стране.

Иностранные страховые организации пока не допущены на российский рынок страховых услуг в качестве его профессиональных участников, но они могут все же участвовать в оказании страховых услуг на российском рынке в двух формах:

(а) путем трансграничного предоставления страховых услуг;

(б) путем участия в уставных капиталах российских страховых организаций.

В п. 3 ст. 8 Закона о страховом деле установлен запрет на посредничество при заключении и исполнении договоров страхования в интересах иностранных страховых организаций, т.е. запрет на трансграничное предоставление услуг иностранцами.

Однако с ноября 1996 г. на территории России действует международный договор (Соглашение на о. Корфу), разрешающий трансграничное предоставление страховых услуг по следующим видам страхования:

(а) страхование рисков, связанных с морскими перевозками, коммерческими воздушными перевозками, космическими запусками, фрахтом, включая спутники с таким страхованием, которое покрывает полностью или частично перевозимых физических лиц, экспортируемые или импортируемые товары, транспортные средства, перевозящие товары, любую ответственность, исходящую из этого;

(б) страхование товаров, перевозимых международным транзитом;

(в) страхование здоровья и от несчастных случаев;

(г) страхование ответственности при трансграничном перемещении личных транспортных средств.

Это разрешение действует только для стран Евросоюза, так как только эти страны являются участниками Соглашения на о. Корфу.

Участие иностранцев в уставном капитале российских страховых организаций также ограничено. В п. 3 ст. 6 Закона о страховом деле установлено ограничение на долю иностранцев в суммарном капитале российских страховых организаций - 25%.

Помимо этого, страховые организации, в уставном капитале которых более 49% составляет иностранный капитал, не имеют права заниматься страхованием жизни, обязательным страхованием, имущественным страхованием, связанным с осуществлением поставок или выполнением подрядных работ для государственных нужд, а также страхованием имущественных интересов государственных и муниципальных организаций.

Имеются еще некоторые ограничения на деятельность страховых организаций с иностранными инвестициями, а также отдельные исключения из всех упомянутых ограничений, но они малосущественны и рассматривать их здесь нецелесообразно.

4. Финансовая устойчивость страховых организаций и обществ взаимного страхования

Важнейшим элементом страховых отношений является наличие страхового фонда. Страховые организации и общества взаимного страхования формируют этот фонд из полученных страховых премий и управляют его средствами, обеспечивая свою финансовую устойчивость. Эта деятельность является весьма важной составляющей страховой деятельности, в том числе и из-за наличия неблагоприятного отбора на рынке страховых услуг.

В п. 1 ст. 25 Закона о страховом деле перечислены следующие гарантии обеспечения финансовой устойчивости страховых организаций и обществ взаимного страхования:

(а) экономически обоснованные страховые тарифы;

(б) страховые резервы;

(в) собственные средства страховых организаций и обществ взаимного страхования;

(г) перестрахование.

Страховой тариф - это ставка страховой премии с единицы страховой суммы (п. 2 ст. 11 Закона). Указание в законе тарифов в качестве одной из гарантий финансовой устойчивости не означает, что страховщики при определении страховой премии обязаны использовать тарифы. В силу п. 2 ст. 954 ГК РФ использование тарифов - не обязанность, а право страховщиков. Однако при массовом заключении договоров страхования тарифы используются неизбежно, и при этом они должны быть экономически обоснованны. В этом смысл указанной выше нормы.

Расчеты тарифов требуют специальных знаний. Это один из элементов так называемых актуарных расчетов, которые выполняют специально аттестованные лица - страховые актуарии (п. 1 ст. 8.1 Закона). Однако общий смысл экономической обоснованности страховых тарифов можно понять и без этих знаний. Тариф приблизительно должен быть таким, чтобы общая сумма

полученных за определенный период (как правило, за год) премий была примерно равна общей сумме выплат за этот период плюс расходы на ведение страховщиками своего дела.

Это так называемый принцип эквивалентности в страховании. Мы видим, что если эквивалентность в общегражданском ее смысле присуща каждой отдельной сделке, то эквивалентность в страховании обеспечивается по совокупности сделок.

Страховые резервы - это форма организации страхового фонда. Поскольку фонд формируется из взносов многих лиц, то и заинтересованность в нем, в его формировании и в эффективном управлении не частная, а публичная. Соответственно, и правовое регулирование формирования и управления средствами резервов носит не частноправовой, а административно-правовой характер.

Правовое регулирование формирования страховых резервов отнесено к компетенции органа страхового регулирования (п. 1 ст. 26 Закона), которым является Минфин России. По существу, регулирование формирования страховых резервов - это обязанность Минфина России, но она выполнена лишь частично. Приказом Минфина России от 11 июня 2002 г. N 51н <1>, прошедшим регистрацию в Минюсте России, установлены лишь правила формирования страховых резервов по видам страхования иным, чем страхование жизни.

<1> БНА. 2002. N 33.

Таким образом, в настоящее время страховые организации и общества взаимного страхования полностью лишены ориентира для формирования резервов по страхованию жизни и могут формировать их как угодно. Учитывая, что на сумму сформированных страховых резервов уменьшается налоговая база страховой организации по налогу на прибыль (подп. 1 п. 2 ст. 294 НК РФ), такая ситуация неопределенности весьма выгодна для страховых организаций, специализирующихся на страховании жизни.

Страховые организации и общества взаимного страхования обязаны соблюдать не только требования по формированию страховых резервов, но и требования по размещению их в соответствующие активы. Эти требования также установлены Минфином России в его Приказе от 8 августа 2005 г. N 100н <1>.

<1> БНА. 2005. N 36.

В отношении формирования и размещения страховых резервов важно понять следующее. Формирование резервов не означает, что средства страховых резервов обособляются от других принадлежащих ему средств и участвуют в обороте отдельно. Размещение резервов также не означает, что осуществляются какие-то специальные операции с обособленными средствами.

Формирование резервов означает не более чем расчет их величины. Требования к формированию резервов никак не затрагивают операции с активами, имеющимися у страховой организации или у общества взаимного страхования. А требования к размещению резервов означают, что к определенным моментам (окончанию отчетных периодов) страховые организации и общества взаимного страхования обязаны обеспечить, чтобы рассчитанная величина страховых резервов покрывалась активами определенной структуры. То есть чтобы к этим моментам активы страховой организации или общества взаимного страхования на сумму, равную величине страховых резервов, удовлетворяли требованиям, установленным Минфином России в Приказе N 100н.

То, что активы, предъявляемые в покрытие резервов, должны иметь определенную структуру, не означает, что остальными своими активами, покрывающими так называемые собственные средства страховых организаций и обществ взаимного страхования, эти организации могут распоряжаться совершенно произвольно. Законодательство требует, чтобы они также контролировались (п. 4 ст. 25 Закона о страховом деле).

Поэтому Приказом Минфина России от 16 декабря 2005 г. N 149н <1> установлены требования к структуре активов, принимаемых в покрытие так называемых собственных средств, являющиеся, конечно, менее жесткими, чем требования к активам, покрывающим страховые резервы.

<1> БНА. 2006. N 6.

Таким образом, контролируются все активы страховых организаций и обществ взаимного страхования.

Если тариф, резервы, структура активов обеспечивают финансовую устойчивость страховой организации или общества взаимного страхования в долгосрочном плане, то в краткосрочном финансовая устойчивость обеспечивается поддержанием на должном уровне платежеспособности организации.

Платежеспособность контролируется с помощью показателя, отражающего соотношение собственных средств страховой организации или общества взаимного страхования и принятых ими на себя обязательств (п. 4 ст. 25 Закона). Этот показатель называется "маржа платежеспособности".

Порядок расчета маржи платежеспособности и порядок применения этого показателя для контроля определены Приказом Минфина России от 2 ноября 2001 г. N 90н <1>.

_____

<1> БНА. 2002. N 1.

Все эти расчеты - тарифов, резервов, маржи платежеспособности - невозможны без специалистов, профессионально занимающихся этой специфической деятельностью.

Такие специалисты называются страховыми актуариями (ст. 8.1 Закона). В настоящее время закон относит их к субъектам страхового дела, требует их аттестации и внесения в реестр.

Аттестация страховых актуариев должна была начаться с 1 июля 2006 г., а начиная с отчетности за 2007 г. страховые организации и общества взаимного страхования должны вместе с годовой отчетностью представлять заключение актуария (п. 2 ст. 8.1 Закона).

Помимо этого, в соответствии с подп. 9 п. 2 ст. 32 Закона о страховом деле сведения об актуарии должны представляться в пакете документов для лицензирования.

В настоящее время аттестация актуариев так и не началась, так как Минфин России не издал нормативный акт, определяющий порядок их аттестации, как это ему предписано п. 3 ст. 8.1 Закона. Вместо этого в Государственную Думу был внесен законопроект, отменяющий государственную аттестацию актуариев и ориентирующий актуариев на создание саморегулируемых организаций, в рамках которых и должна будет проводиться аттестация.

В момент написания данной главы нормы, требующие аттестации актуариев, указания сведений об актуарии в документах, представляемых на лицензирование, а также представления актуарных заключений в составе отчетности, действовали, но аттестованных актуариев не было.

5. Страховые посредники. Объединения субъектов страхового дела

На рынке страховых услуг действуют два типа посредников:

(а) страховые агенты и

(б) страховые брокеры.

Существенные характеристики посредника: он действует в интересах другого лица, по его поручению и за его счет.

Страховые агенты действуют от имени и по поручению страховых организаций и обществ взаимного страхования на основании доверенности, это доверенные лица страховой организации, общества взаимного страхования. Хотя в п. 1 ст. 8 Закона о страховом деле указано, что страховыми агентами - юридическими лицами могут быть только коммерческие организации, а страховыми агентами - физическими лицами могут быть только российские резиденты, ничто не мешает страховой организации выдать соответствующую доверенность некоммерческой организации или гражданину-нерезиденту. Заключенные таким агентом договоры страхования будут законными.

Аналогично сотрудники страховой организации или общества взаимного страхования могут выполнять роль страховых агентов, действуя по доверенности, хотя в п. 1 ст. 8 Закона указано, что страховые агенты могут действовать исключительно по гражданско-правовым договорам.

Основная функция страховых агентов - продажа страховых услуг, т.е. поиск клиентов для страховой организации или общества взаимного страхования и заключение с ними договоров страхования от имени своего доверителя. Кроме того, если это предусмотрено доверенностью, страховые агенты могут получать у страхователей от имени страховщика страховую премию для передачи ее страховщику и участвовать в урегулировании убытков.

Деятельность страховых брокеров иная - они, как правило, действуют по поручению и в интересах страхователей. Хотя им не запрещено действовать и в интересах страховщика. Иногда они действуют в интересах обеих сторон.

Брокеры могут осуществлять посредническую деятельность как от своего имени, так и от имени лица, в чьих интересах они действуют, т.е. в смысле гл. 52 ГК РФ деятельность страхового брокера - это агентская деятельность (не путать со страховым агентом).

Брокеры - это всегда предприниматели, которые действуют либо без образования юридического лица, либо образуя коммерческую организацию (п. 2 ст. 8 Закона о страховом деле).

Брокеры являются субъектами страхового дела, и на них распространяются все требования, предъявляемые к субъектам страхового дела (п. 2 ст. 4.1 Закона).

Так же как и страховщики, брокеры имеют специальную правоспособность, так как они не вправе заниматься деятельностью, не связанной со страхованием (п. 2 ст. 8 Закона). Но для

брокеров имеются ограничения и на ведение деятельности, связанной со страхованием, - они не вправе выступать в качестве страховщиков, перестраховщиков и не могут быть страховыми агентами, т.е. действовать от имени страховщика.

Таким образом, действуя в интересах страховщика, брокер может выступать лишь от своего имени, тогда как действуя в интересах страхователя - как от своего имени, так и от имени страхователя по доверенности.

Наиболее сложные проблемы деятельности брокеров возникают, когда они действуют в интересах обеих сторон договора. При этом п. 2 ст. 8 Закона запрещает брокерам, оказывая услуги по заключению договора страхования, действовать одновременно в интересах обеих его сторон. Например, брокер собирается продавать страховые полисы, уже оформленные страховщиком, т.е. вручать полисы страхователю, получать от страхователей страховую премию и передавать ее страховщику. Эта деятельность будет незаконной, так как вручение полиса страхователю - это одно из действий, направленных на заключение договора страхования (п. 2 ст. 940 ГК РФ), а брокеру запрещено, оказывая услуги по заключению договоров страхования, действовать в интересах обеих сторон договора.

Деятельность брокеров подлежит лицензированию, которое отличается от лицензирования страховых организаций лишь перечнем документов, представляемых на лицензирование (п. 5 ст. 32 Закона).

Объединения субъектов страхового дела, когда они образуются в форме юридического лица, отличаются от объединений других коммерческих организаций только тем, что они помимо общих требований, предъявляемых к таким объединениям, должны быть внесены в специальный реестр объединений субъектов страхового дела (п. 2 ст. 14 Закона о страховом деле). Такие объединения создаются в целях координации деятельности, представления и защиты общих интересов.

Помимо этого допускается создание страховых пулов - объединений субъектов страхового дела без образования юридического лица на основе договора простого товарищества (ст. 14.1 Закона). Такие объединения в реестр не включаются. Цель создания страховых пулов иная - обеспечение финансовой устойчивости по отдельным видам страхования. Как правило, страховые пулы создаются для совместного страхования крупных рисков, которые каждый страховщик, входящий в пул, не может застраховать самостоятельно.

§ 5. Государственный страховой надзор

1. Государственный страховой надзор, его цели и принципы. Международные стандарты страхового надзора

Во всех правопорядках за деятельностью профессиональных участников страхового рынка устанавливается государственный страховой надзор. Надзор осуществляется органом страхового надзора. В настоящее время в России органом страхового надзора является Федеральная служба страхового надзора (ФССН), входящая в систему федеральных органов исполнительной власти и находящаяся в ведении Министерства финансов РФ <1>.

<1> См.: Положение о Федеральной службе страхового надзора, утверждено Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 330 // СЗ РФ. 2004. N 28. Ст. 2904.

В 1994 г. была создана Международная ассоциация страховых надзоров (IAIS или МАСН), главной целью которой является накопление и обобщение опыта надзора на страховых рынках и его распространение. Российский орган страхового надзора является членом МАСН.

В октябре 2003 г. в Сингапуре МАСН приняла документ "Основные принципы страхования и методология" <1>, в котором закреплены важные положения (они пронумерованы и обозначаются ОПС N ...), относящиеся к надзору. Иногда их называют международными стандартами страхового надзора. Существуют и другие международные стандарты. Мы рассмотрим страховой надзор на российском рынке страховых услуг в сопоставлении с некоторыми из международных стандартов, содержащихся в Основных принципах.

<1> С этим документом на русском языке можно познакомиться на сайте Международной ассоциации страховых надзоров // Электронный ресурс: http://www.iaisweb.org/_temp/Insurance_core_principles_and_methodology_in_russian.pdf.

Прежде всего о тех целях, для достижения которых вводится страховой надзор. В ОПС N 2 сформулированы, в частности, следующие требования к системе целей страхового надзора <1>:

<1> Здесь и далее приводятся не цитаты из документа, а извлечения из закрепленных в нем положений или их изложение.

(а) законодательство и нормативные акты должны ясно определять цели страхового надзора;

(б) основные цели надзора должны содействовать поддержанию продуктивных, справедливых, безопасных и стабильных страховых рынков ради выгоды и защиты страхователей;

(в) когда закон устанавливает многочисленные цели страхового надзора, орган страхового надзора должен раскрывать и пояснять, каким образом каждая цель будет достигнута.

В п. 1 ст. 30 Закона о страховом деле указано, что страховой надзор осуществляется в целях:

(а) соблюдения страхового законодательства субъектами страхового дела;

(б) предупреждения и пресечения нарушений участниками страховых отношений страхового законодательства;

(в) обеспечения защиты прав и законных интересов страхователей, иных заинтересованных лиц и государства;

(г) эффективного развития страхового дела.

ОПС N 2 требует, чтобы цели были понятны. Мы видим, что первые два положения п. 1 ст. 30 Закона декларативны и не несут в себе практически никакого позитивного содержания, поскольку соблюдение законодательства и без органа страхового надзора обеспечивают все органы исполнительной и судебной власти, и вводить для этого на страховом рынке дополнительный надзорный орган нет необходимости. Поэтому в качестве целей именно страхового надзора эти два положения совершенно неясны.

Последние два положения в качестве целей страхового надзора, напротив, понятны, поскольку, как было показано, интересы страхователей и государства на страховом рынке действительно нуждаются в специальной профессиональной защите, а развитие страхового дела действительно невозможно без заинтересованного и профессионально продуманного участия государства.

ОПС N 2 требует, чтобы цели содействовали выгоде и защите страхователей. Мы не можем с определенностью сказать, что перечисленные в п. 1 ст. 30 Закона цели отвечают этому требованию, так как в самих приведенных формулировках интересы страхователей упомянуты среди многих, а фактически, как мы увидим далее, у органа страхового надзора очень мало эффективных инструментов для такой защиты.

ОПС N 2 требует, чтобы раскрывались способы достижения сформулированных в законе целей. Однако ни законодательством, ни Положением о ФССН органу страхового надзора не вменено в обязанность раскрывать способы решения возложенных на него задач. Он этого и не делает. Несколько далее, рассматривая проблему открытости страхового надзора, мы увидим, что российский орган страхового надзора вообще не стремится раскрывать информацию ни о себе, ни о процедурах надзора - такая закрытость в традициях российских органов исполнительной власти.

Таким образом, мы видим, что в таком важном вопросе, как определение целей страхового надзора, российский правопорядок формально выполнил требование международного стандарта - указал в законе четыре цели страхового надзора. Однако по существу основное требование этого стандарта - обеспечение выгоды и защиты страхователей - оказалось в системе целей надзора отодвинуто на задний план, а способы и механизмы, которыми предполагается достигнуть этой цели, совершенно неясны.

Рассмотрим еще два важнейших требования к страховому надзору: его открытость и ответственность. Именно так эти требования дословно сформулированы в ОПС N 4: "Орган страхового надзора должен выполнять свои функции открыто и ответственно".

Это положение далее в ОПС N 4 разъяснено следующим образом:

(а) орган страхового надзора должен представлять общественности информацию в письменном виде о своей организации и деятельности, правила и процедуры органа страхового надзора должны регулярно публиковаться и актуализироваться;

(б) орган страхового надзора должен регулярно публиковать отчет с разъяснением своей политики, целей и описанием деятельности по их достижению;

(в) орган страхового надзора должен нести ответственность за свои действия перед теми, кто делегировал ему полномочия, а также перед теми, за кем он надзирает;

(г) должен быть определен и сбалансирован процесс обжалования решений органа страхового надзора.

В п. 2 ст. 30 Закона о страховом деле указано, что одним из принципов страхового надзора является гласность. Это можно интерпретировать как требование открытости. Однако данное требование носит общий характер. Никаких конкретных процедур, обеспечивающих открытость надзора, не установлено ни в Законе, ни в подзаконных актах. Требования к содержанию информации о деятельности надзорного органа, подлежащей раскрытию, отсутствуют. Правила и процедуры, применяемые в процессе надзора, в законодательстве не описаны и надзорным

органом не раскрываются. Политика и цели надзорного органа, как уже было показано, не публикуются.

Таким образом, формально записанное в законе требование гласности в работе органа страхового надзора фактически не реализуется из-за отсутствия конкретных процедур раскрытия информации о его работе.

Об ответственности органа страхового надзора перед лицами, наделившими его полномочиями, мы практически не можем судить ни по положениям нормативных актов, ни по фактам правоприменительной практики. Ни в одном из действующих нормативных актов не установлена ответственность органа страхового надзора как федерального органа исполнительной власти ни перед Федеральным Собранием РФ, ни перед Президентом РФ, ни перед Правительством РФ. Понятно в общем, что деятельность органа страхового надзора контролируется Минфином России и Правительством РФ, но вопрос об ответственности этого органа, как и других органов исполнительной власти, законодательством не урегулирован и факты привлечения к такой ответственности неизвестны.

Ответственность органа страхового надзора перед субъектами страхового дела установлена:

(а) в ст. 53 Конституции РФ как общая обязанность государства возместить вред, причиненный незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц;

(б) в ст. 16 и ст. 1069 ГК РФ, где эта обязанность конкретизирована.

Рассмотрим кратко практику исполнения этой обязанности государства при осуществлении страхового надзора.

Наиболее актуальна эта практика в связи с приостановлением и (или) отзывом страховых лицензий, когда актом органа страхового надзора вводится запрет на осуществление субъектом страхового дела того единственного вида деятельности, которым он вправе заниматься и ради которого создан. Начиная с этого момента субъект страхового дела ничего не зарабатывает, а только несет убытки. Мы рассмотрим случаи, когда такой акт признается судом незаконным и возникает обязанность государства возместить эти убытки.

Убытки, вызванные приостановлением или отзывом лицензии, состоят из расходов на судебные процессы и неполученных доходов (упущенной выгоды), рассмотрим каждую из этих составляющих.

Споры о страховых лицензиях рассматривают арбитражные суды, и до появления в АПК РФ нормы о возмещении расходов на оплату услуг представителей (ст. 106, п. 2 ст. 110 АПК РФ) суды отказывали во взыскании этих расходов - Президиум ВАС РФ выработал по этому вопросу устойчивую судебную практику <1>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 18 ноября 1997 г. N 3382/97 ; Постановление Президиума ВАС РФ от 19 октября 2000 г. N 4144/00 // Вестник ВАС РФ. 2000. N 12.

В АПК РФ 2002 г. появились нормы о возмещении расходов на оплату услуг представителей, однако полное возмещение этих расходов все же в АПК РФ не предусмотрено. Как указано в п. 2 ст. 110 АПК РФ, расходы возмещаются "в разумных пределах". Попытка оспорить это ограничение в Конституционном Суде РФ со ссылкой на все ту же ст. 53 Конституции РФ не увенчалась успехом - Конституционный Суд РФ поддержал формулировку нормы п. 2 ст. 110 АПК РФ <1>, означающую неполное возмещение расходов на оплату услуг представителей.

<1> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. N 454-О .

По сложившейся к настоящему моменту практике суммы, которые возмещаются стороне, выигравшей спор у государственного органа, значительно отличаются от фактически понесенных расходов. Так, в одном из дел о приостановлении страховой лицензии суд взыскал с органа страхового надзора, проигравшего спор, расходы на оплату услуг представителя в сумме 7000 рублей при фактических затратах в 134000 рублей <1>. Эта позиция судов в спорах с государственными органами - систематическая.

<1> См.: решение Арбитражного суда г. Москвы от 12 сентября 2005 г. по делу N А40-32434/04-146-275 .

Возмещение упущенной выгоды в отечественном гражданском праве вообще сильно осложнено. Подробный анализ этой проблемы имеется в статье А.В. Егорова <1>, и здесь нет смысла его повторять. Отмечу лишь основной вывод этого автора, что в большинстве случаев суды отказывают во взыскании упущенной выгоды. Имеющиеся примеры из арбитражной практики

по взысканию упущенной выгоды с государственных органов полностью подтверждают сказанное <2>.

_____

<1> См.: Егоров А.В. Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 68 - 137.

<2> См.: Постановления ФАС Уральского округа от 4 июня 2003 г. N Ф09-1604/03-АК, ФАС Дальневосточного округа от 9 марта 2005 г. N Ф03-А37/04-1/4498, решение Арбитражного суда г. Москвы от 15 апреля 2005 г. по делу N А40-31828/04-60-378, Постановление ФАС Центрального округа от 15 июня 2006 г. N А14-1976-2005/135/2 .

Таким образом, в случаях, когда страховые лицензии незаконно приостанавливаются или отзываются, практически нельзя рассчитывать на возмещение государством вреда, причиненного органом страхового надзора. Не только на полное его возмещение, но хотя бы на более или менее адекватное. Нормы же ст. 53 Конституции РФ и ст. ст. 16 и 1069 ГК РФ о полном возмещении государством вреда по существу являются лишь декларацией.

Подводя итог, можем сказать, что, как и в случаях с целями страхового надзора, требования к его открытости и ответственности формально закреплены в законодательстве, но они лишь декларированы, фактически же эти требования не реализуются.

2. Процедуры надзора

Здесь мы рассмотрим три основных вида процедур страхового надзора:

(а) процедуры лицензирования субъектов страхового дела;

(б) процедуры контроля за соблюдением законодательства, за достоверностью представляемой отчетности, за финансовой устойчивостью и платежеспособностью субъектов страхового дела;

(в) процедуры ограничения, приостановления и отзыва лицензий.

В п. 4 ст. 30 Закона о страховом деле предусмотрены также процедуры аттестации страховых актуариев, ведения реестров и выдачи разрешений иностранным инвесторам на участие в капитале российских страховых организаций.

Однако аттестацию актуариев пока невозможно рассматривать, так как к моменту написания данной главы соответствующий подзаконный нормативный акт еще не принят. Процедура ведения реестров является чисто внутренней процедурой органа страхового надзора и самостоятельного интереса не представляет. Что же касается процедур выдачи разрешений иностранным инвесторам, то они не носят массового характера, затрагивают права и интересы весьма ограниченного круга лиц и представляют интерес только в рамках специального курса страхового права.

Рассматривая процедуры надзора, мы будем, как и ранее, соотносить их с международными стандартами.

В Основных принципах МАСН предусмотрены еще три вида процедур надзора:

(а) анализ рынка (ОПС N 11);

(б) применение профилактических и корректирующих мер (ОПС N 14);

(в) надзор за страховыми группами (ОПС N 17).

К сожалению, анализ страхового рынка не включен в Закон о страховом деле в качестве одной из процедур страхового надзора. В Положении о Федеральной службе страхового надзора <1> имеются два положения, которые можно с большой натяжкой интерпретировать как требования проводить анализ страхового рынка:

_____

<1> Утверждено Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 330 // СЗ РФ. 2004. N 28. Ст. 2904.

(а) получение, обработка и анализ отчетности и иных сведений, предоставляемых субъектами страхового дела (п. 5.5 Положения);

(б) обобщение практики страхового надзора, разработка предложений по совершенствованию страхового законодательства, регулирующего осуществление страхового надзора (п. 5.8 Положения).

Однако эти требования не конкретизированы. Фактически ФССН анализирует получаемую информацию. На интернет-сайте ФССН можно найти различные статистические и аналитические материалы <1>, однако это нельзя назвать полноценным анализом рынка. Простое сопоставление деятельности ФССН в этом направлении с требованиями ОПС N 11 показывает, насколько велик в этом отношении пробел в деятельности российского органа страхового надзора.

_____

<1> Электронный ресурс: http://fssn.ru/www/site.nsf/web/stat.

Применение в процессе надзора профилактических и корректирующих мер Законом о страховом деле специально не предусмотрено. Тем не менее некоторые такие меры предусмотрены подзаконным актом в составе процедур контроля платежеспособности. Поэтому их применение и будет рассмотрено в составе этих процедур.

Надзор за страховыми группами ни в Законе, ни в иных актах также не предусмотрен. Это можно объяснить тем, что на российском рынке страховых услуг устойчивые страховые группы пока не сформированы.

Вопросы лицензирования уже были частично рассмотрены в параграфе четвертом. Здесь мы рассмотрим чисто процедурные вопросы: этапы лицензирования, сроки, представляемая документация.

Процедура выдачи лицензии состоит из трех последовательных этапов:

(а) подача заявления с приложением необходимых документов;

(б) рассмотрение заявления и приложенных документов и принятие решения о выдаче лицензии либо об отказе в выдаче лицензии;

(в) получение лицензии соискателем.

В п. 2 ст. 32 Закона о страховом деле приведен исчерпывающий перечень документов, которые соискатель лицензии должен представить для получения лицензии на осуществление страхования. Этот перечень в целом соответствует требованиям, предъявляемым к процедуре лицензирования ОПС N 6. В п. п. 4 и 5 той же статьи приведены перечни документов, представляемых для получения лицензий на перестрахование и брокерскую деятельность.

Часть из этих документов имеет в соответствии с п. 6 ст. 32 Закона установленную форму <1>. Все они должны быть на русском языке (п. 12 ст. 32 Закона).

<1> Утверждена Приказом Минфина России от 11 апреля 2006 г. N 60н // БНА. 2006. N 23.

Поскольку лицензия выдается на конкретные виды страхования, перечень документов, представляемых при первичном получении лицензии, несколько отличается от перечня документов, представляемых организациями, уже имеющими лицензию, но желающими включить в нее дополнительные виды страхования. В последнем случае перечень документов определяется п. 3 ст. 32 Закона.

В приеме документов может быть отказано, если поданы не все перечисленные в Законе документы либо если они поданы не в надлежащей форме. Если поданы все документы и в надлежащей форме, соискателю лицензии выдается письменное уведомление (п. 9 ст. 32 Закона о страховом деле). С этого момента начинает течь 60-дневный срок, отведенный для рассмотрения документов и принятия по ним решения (п. 11 ст. 32 Закона о страховом деле).

При рассмотрении документов орган страхового надзора проверяет их соответствие требованиям Закона о страховом деле и нормативным правовым актам Минфина России, достоверность содержащейся в них информации, а также наличие иных оснований для отказа в выдаче лицензии (п. 1 ст. 32.3 Закона о страховом деле).

В п. 1 ст. 32.3 Закона приведен перечень из девяти оснований для отказа соискателю в выдаче лицензии. Он является исчерпывающим. Причем важно, чтобы эти основания имели место не при подаче заявления, а в момент принятия решения об отказе в выдаче лицензии.

Установив наличие таких оснований, орган страхового надзора направляет соискателю об этом уведомление, для которого предусмотрена обязательная письменная форма (п. 2 ст. 32.3 Закона о страховом деле). Установив отсутствие оснований для отказа в выдаче лицензии, орган страхового надзора также уведомляет об этом соискателя, но для этого уведомления обязательная письменная форма законом не предусмотрена (п. 11 ст. 32 Закона о страховом деле).

Необходимо отметить, что за несоблюдение установленного Законом 60-дневного срока для рассмотрения документов орган страхового надзора никакой ответственности не несет. Поэтому на практике указанный срок систематически и существенно превышается.

В период с момента уведомления соискателя о принятии решения о выдаче лицензии и до момента ее получения соискателем лицензия может быть органом страхового надзора аннулирована по двум установленным в ст. 32.4 Закона о страховом деле основаниям:

(а) неполучение соискателем лицензии в течение двух месяцев со дня уведомления о выдаче лицензии;

(б) установление до момента выдачи лицензии факта представления соискателем лицензии недостоверной информации.

В целом, как мы видим, процедура лицензирования достаточно подробно описана в законе, она понятна, единственный необходимый для ее осуществления подзаконный нормативный

правовой акт принят. Поэтому, если по этой процедуре и возникают конфликты, то связаны они исключительно с задержкой рассмотрения документов.

Законодательство позволяет выделить пять контрольных процедур, которые осуществляет орган страхового надзора:

(а) камеральный контроль представленных документов на этапе лицензирования;

(б) камеральный контроль наличия заемных средств и заложенного имущества в уставном капитале страховой организации;

(в) камеральный контроль формирования и размещения страховых резервов и собственных средств страховых организаций и обществ взаимного страхования;

(г) камеральный контроль платежеспособности страховых организаций и обществ взаимного страхования;

(д) выездные проверки достоверности представляемых данных и соблюдения субъектами страхового дела законодательства.

Контроль на этапе лицензирования состоит в проверке соответствия представленных документов требованиям законодательства, а также может проводиться камеральная проверка достоверности представленных сведений путем направления запросов в соответствующие организации (п. 8 ст. 32 Закона о страховом деле). Эта процедура достаточно понятна.

Контроль наличия заемных средств и заложенного имущества в уставном капитале страховых организаций проводится для проверки соблюдения требования абз. 9 п. 3 ст. 25 Закона о страховом деле. Такой контроль проводится, во-первых, при первоначальной выдаче лицензии, а во-вторых, при увеличении уставных капиталов страховых организаций, поскольку в соответствии с п. 10 ст. 32 Закона о страховом деле страховая организация должна сообщать в орган страхового надзора об увеличении своего уставного капитала и представлять подтверждающие это документы.

Один из важных процедурных вопросов, который возник на практике, - это вопрос о том, каково распределение бремени доказывания при таком контроле. Ведь документы об источниках средств, направляемых в уставный капитал, в самой страховой организации отсутствуют. Орган страхового надзора издал разъяснения по этому вопросу, в котором тем не менее возложил на страховые организации бремя доказывания отсутствия заемных средств и заложенного имущества в их уставном капитале <1>. В связи с этим при увеличении уставного капитала у страховых организаций требуют представить документы, подтверждающие источники получения их участниками и акционерами средств, внесенных в уставный капитал. На практике страховые организации предпочитают не спорить по этому вопросу и представляют требуемые документы. Однако при возникновении спора данная позиция органа страхового надзора вряд ли получит поддержку. Ведь предметом такого спора будет признание незаконным акта либо действия (бездействия) органа страхового надзора. А в таких спорах бремя доказывания соответствия закону своих актов и действий (бездействия) возложено на орган страхового надзора.

_____

<1> См.: ответ на вопрос 18 письма Минфина России от 4 марта 2004 г. N 24-00/КП-44 // Страховая деятельность. 2004. N 2.

Контроль формирования и размещения средств страховых резервов и собственных средств осуществляется органом страхового надзора по специально представляемой субъектами страхового дела отчетной документации, которая представляется в орган страхового надзора вместе с бухгалтерской отчетностью (п. 3 ст. 28 Закона о страховом деле). Формы и порядок формирования и представления этой документации для страховых организаций установлены в специальном нормативном правовом акте Минфина России, изданном в соответствии со ст. 28 Закона <1>. В отношении обществ взаимного страхования, насколько можно судить из п. 3 ст. 28 Закона, применяется та же отчетность и тот же порядок ее представления. В отношении же страховых брокеров порядок представления сведений об их деятельности хотя и должен быть установлен (абз. 2 п. 3 ст. 28 Закона), но в настоящий момент не предусмотрен.

_____

<1> См.: Приказ Минфина России от 8 декабря 2003 г. N 113н // БНА. 2004. N 9.

Помимо этого, при данной процедуре контроля орган страхового надзора вправе требовать представления помимо отчетности также и иной информации, а субъекты страхового дела обязаны ее представлять (п. 5 ст. 30 Закона о страховом деле). Ни форма, ни порядок исполнения этой обязанности субъектов страхового дела не установлены. На практике также никаких правил в этом вопросе не выработано. Соответственно, орган страхового надзора вправе определять и определяет это произвольно. В этой части данная процедура не может считаться вполне понятной и открытой.

Контроль платежеспособности страховых организаций и обществ взаимного страхования осуществляется по специальному показателю - "соотношение собственных средств и принятых

обязательств" (п. 4 ст. 25 Закона о страховом деле). В подзаконном нормативном акте, утвердившем порядок расчета этого показателя <1>, он также называется "маржа платежеспособности".

<1> Приказ Минфина России от 2 ноября 2001 г. N 90н // БНА. 2002. N 1.

В том же подзаконном акте определены последствия несоблюдения требований к этому показателю. В этом случае страховая организация или общество взаимного страхования должны представить в орган страхового надзора план финансового оздоровления, содержание которого определено достаточно подробно. Ежеквартально в орган страхового надзора представляется отчет о выполнении этого плана, и, если план не выполняется, решается вопрос о приостановлении и в дальнейшем об отзыве лицензии. Таким образом, при данном виде контроля орган страхового надзора может применять предупредительные и корректирующие меры. Применяемые при этом процедуры достаточно полно и понятно описаны.

Выездные проверки органа страхового надзора предусмотрены в подп. 2 п. 4 ст. 30 Закона о страховом деле. Целью таких проверок являются контроль достоверности информации, представляемой в отчетности, и более тщательный анализ таких вопросов, как качество активов, внутренний контроль, стратегия и тактика перестрахования, управление рисками и пр. Подобные проверки признаются необходимыми и в ОПС N 13.

Однако порядок проведения проверок, организация взаимоотношений проверяющих и проверяемых, документы, оформляемые по окончании проверки, и другие процедурные вопросы нигде не описаны и могут полностью произвольно определяться органом страхового надзора и его работниками, которым поручена проверка.

Приостановление действия лицензии субъекта страхового дела означает для него полный запрет заключать новые договоры страхования, а также вносить изменения в договоры, влекущие увеличение его обязательств. Ограничение действия лицензии означает то же самое, но не по всем, а по отдельным видам страхования (п. п. 5 и 6 ст. 32.6 Закона о страховом деле).

Ограничение, приостановление и отзыв лицензии являются единственными мерами воздействия на субъекты страхового дела, которые предусмотрены законодательством. За любые, даже за самые незначительные, нарушения закон позволяет ограничить, приостановить, а затем и отозвать лицензию у субъекта страхового дела. Поэтому во многих случаях принимаемые меры оказываются несоразмерными степени и характеру нарушений, а при возникновении спора орган страхового надзора апеллирует к тому, что иные меры в его распоряжении отсутствуют.

В ОПС N 14 подчеркнуто, что основной целью применения санкций против страховой компании должна быть защита страхователей. В ОПС N 16 указано, что принудительное прекращение деятельности страховой компании возможно лишь с потерей ею финансовой устойчивости и платежеспособности.

Но имеющаяся практика приостановлений и отзывов страховых лицензий вовсе не всегда направлена на защиту страхователей и не всегда против неплатежеспособных компаний. Большой резонанс получило дело, в котором орган страхового надзора "убрал" с рынка страховую компанию, возглавлявшую список компаний по величине сборов страховой премии <1>. К сожалению, действующее законодательство не препятствует использованию механизмов приостановления и отзыва страховых лицензий как средства удаления с рынка в чем-то неугодных компаний. В связи с отсутствием реальной ответственности органа страхового надзора за подобные действия он может делать это, не особенно заботясь о последствиях.

<1> По этому делу было вынесено много судебных актов. Последний из них, поставивший точку в этом деле, - Постановление ФАС Московского округа от 23 июля 2007 г. N КА-А40/6842-07-П.

В качестве общего правила законодательство предусматривает трехэтапный порядок применения рассматриваемых мер:

(а) выдача субъекту страхового дела предписания об устранении нарушений законодательства;

(б) ограничение или приостановление действия лицензии, если нарушения, послужившие основанием для дачи предписания, не устранены;

(в) отзыв лицензии, если не устранены нарушения, послужившие основанием для ограничения или приостановления действия лицензии.

Но в некоторых случаях, например когда законодатель требует от страховых компаний к определенному сроку увеличить уставные капиталы, предусматривается возможность отзыва лицензии при невыполнении этих требований без предварительных этапов выдачи предписания, ограничения или приостановления действия лицензии <1>.

<1> См., например: п. 1 ст. 2 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. N 172-ФЗ // СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4858.

В п. 2 ст. 32.6 Закона о страховом деле приведен исчерпывающий перечень оснований для выдачи предписаний. Однако некоторые приведенные в нем основания носят настолько общий характер, что этот перечень, по существу, является открытым.

В предписании устанавливается срок для устранения нарушений (абз. 2 п. 3 ст. 32.6 Закона о страховом деле) и лицензия ограничивается или приостанавливается, если нарушения не устранены в указанный срок. Если же они устранены, то предписание признается исполненным и субъект страхового дела об этом уведомляется (абз. 4 п. 3 ст. 32.6 Закона о страховом деле). Эта важная норма позволяет субъекту страхового дела при возникновении спорных ситуаций обратиться в суд с требованием о признании незаконным бездействия органа страхового надзора еще до ограничения или приостановления лицензии.

Законом установлено только одно требование к решению об ограничении или приостановлении действия лицензии: оно вступает в силу не с момента принятия, а с момента опубликования (п. 7 ст. 32.6 Закона о страховом деле) <1>. В остальном требования к решению законодательством не установлены и произвольно определяются органом страхового надзора. Фактически такие решения оформляются приказами ФССН, в которых не содержится ничего, кроме самого решения об ограничении или приостановлении лицензии. Основания, по которым принято это решение, в приказе не указываются, а сообщаются субъекту страхового дела в информационном письме (п. 7 ст. 32.6 Закона о страховом деле).

_____

<1> Оно подлежит опубликованию в "Финансовой газете" в соответствии с Приказом ФССН от 22 мая 2006 г. N 558 // БНА. 2006. N 27.

В силу подп. 1 п. 2 ст. 32.8 Закона о страховом деле при ограничении или приостановлении действия лицензии должен быть установлен срок для устранения нарушений. В момент написания данной главы ФССН этот срок также в приказе не устанавливала, а сообщала о нем субъекту страхового дела в том же информационном письме. Из-за отсутствия каких-либо указаний закона в практике возник серьезный спор о моменте, когда начинает течь этот срок, - с момента вступления в силу приказа или с момента, когда субъект страхового дела узнал о сроке, т.е. с момента получения им информационного письма. Суды встают в этом вопросе на сторону субъектов страхового дела, исчисляя срок для устранения нарушений с момента, когда информация о сроке была получена.

Наконец, последний вопрос, который необходимо рассмотреть в связи с ограничением, приостановлением и отзывом страховых лицензий, - это вопрос о применении к этим отношениям Кодекса об административных правонарушениях РФ.

Поскольку ограничение, приостановление и отзыв лицензии применяются "органом, обладающим властными полномочиями, за нарушение организациями запретов в сфере публичных правоотношений" <1>, их следует считать мерами административной ответственности, административным наказанием. Такого мнения придерживаются большинство авторов, исследовавших этот вопрос <2>. Однако Пленум ВАС РФ вопреки точке зрения большинства специалистов разъяснил арбитражным судам, что "приостановление (аннулирование) лицензии не является административным наказанием в смысле КоАП РФ, а представляет собой специальную предупредительную меру, непосредственно связанную со спецификой деятельности, при осуществлении которой могут затрагиваться конституционные права и свободы, а также права и законные интересы других лиц" <3>. Далее в этом постановлении указано, что КоАП не подлежит применению при рассмотрении судами дел об оспаривании актов административных органов о приостановлении или отзыве лицензии.

_____

<1> Постановление ФАС Московского округа от 28 апреля 2005 г. N КА-А40/3153-05.

<2> В отношении страховых организаций эта точка зрения недвусмысленно выражена в Комментарии к Закону РФ "Об организации страхового дела" (постатейный) / Под ред. Н.Г. Кабанцевой, В.А. Ларионовой , приостановление и отзыв страховых лицензий прямо названы санкциями в кн.: Клоченко Л.Н., Пылов К.И. Основы страхового права: Учебное пособие. Ярославль: Норд, 2002. С. 149. В отношении банков об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс. Договоры об играх и пари. М.: Статут, 2006; Липинский Д.А. Несогласованность Кодекса об административных правонарушениях // Юрист. 2003. N 7; Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М., 1997. С. 124 и сл. Есть, правда, мнение А.Г. Братко (Банковское право (теория и практика). М., 2001. С. 66), который вообще не считает отзыв лицензии мерой ответственности, мнение А.С. Емельянова (Меры финансово-правового принуждения // Правоведение. 2001. N 6. С. 45), который считает отзыв лицензии у кредитной организации хотя и

мерой ответственности, но не административной, а специальной финансовой, однако эти точки зрения единичны и преобладающей все же является точка зрения на приостановление и отзыв лицензии как на меру административной ответственности, административное наказание.

<3> Пункт 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. N 10 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.

Соответственно, ни один из механизмов защиты лица, привлекаемого к ответственности, предусмотренных в КоАП РФ, - срок давности привлечения к ответственности, порядок действий правоприменительного органа и его должностных лиц и пр. - для процедур ограничения, приостановления и отзыва страховых лицензий не действует.

Подводя итог рассмотрению этих наиболее жестких мер воздействия, применяемых при страховом надзоре, мы можем сказать:

(а) основания для применения этих мер неопределенно широки, хотя формально их перечень является исчерпывающим;

(б) сами меры очень часто несоразмерны степени и характеру совершенного правонарушения;

(в) процедурные гарантии защиты субъектов страхового дела от произвольных действий органа страхового надзора в законодательстве отсутствуют;

(г) реальная ответственность органа страхового надзора за свои действия отсутствует.

Все это вместе взятое позволяет в настоящее время органу страхового надзора использовать механизмы ограничения, приостановления и отзыва страховых лицензий не в качестве мер по необходимой санации рынка, а в качестве мер устрашения.

Глава 13. ДОГОВОРЫ О ПОСРЕДНИЧЕСТВЕ

Посредническая деятельность в силу своего характера свойственна прежде всего предпринимательским отношениям. В современных условиях эффективная хозяйственная деятельность субъекта предпринимательских отношений невозможна без обеспечения представления его интересов одновременно в разных местах. Естественная тенденция любого бизнеса к расширению приводит к необходимости предпринимателя максимально широко обеспечить возможность вступления в договорные отношения как с потребителями его продукции, работ, услуг, так и с иными субъектами предпринимательской деятельности и гражданского оборота в целом. При этом повсеместное создание собственных филиалов и представительств экономически не оправданно. Расширяя экономическую территорию своего присутствия на рынке, предприниматели ведут свою деятельность по реализации производимых ими товаров, работ, услуг не только лично, но и используя возможности других субъектов оборота. В таких случаях указанные субъекты осуществляют на взаимовыгодной основе посреднические функции, замещая основного предпринимателя в отношениях с его контрагентами.

Для регулирования отношений, возникающих при посредничестве, гражданским правом предусмотрены специальные договорные конструкции, основанием которых служат такие виды договоров, как поручение и комиссия. Особым видом договора, обеспечивающим деятельность посредника, является агентский договор.

Посредник всегда действует в интересах представляемого им лица. При поручении посредник прямо представляет интересы своего доверителя перед третьими лицами. В случае заключения договора комиссии представление интересов является косвенным. Поэтому в общем гражданско-правовом значении данные договоры принято именовать договорами о представительстве. Применительно к специфике предпринимательских отношений эти договоры можно рассматривать как договоры, обеспечивающие посредническую деятельность. Кроме исполнения посреднических действий исключительно в интересах представляемого этим договорам присущи следующие отличительные особенности.

Посредник всегда действует за счет того лица, интересы которого он представляет. Об этом прямо указано в законодательных определениях договоров поручения, комиссии и агентского договора. Из этого указания следует, что кроме полагающегося по договору вознаграждения посреднику должны быть компенсированы фактические расходы, понесенные им в связи с действиями, осуществленными в интересах представляемого.

Посредник всегда действует в точном соответствии с указаниями представляемого им лица, за редкими исключениями, указанными в законе. Все имущество, полученное посредником в результате представления интересов представляемого, является собственностью последнего. Вместе с тем и риск неблагоприятных имущественных последствий, возникших у представляемого в результате исполнения посредником этих указаний, несет сам представляемый.

Деятельность в чужих интересах предполагает особую форму контроля со стороны представляемого за ее осуществлением и полученными результатами в виде отчетности

посредника. Содержание отчетов, представляемых посредником, является основанием для проведения взаиморасчетов между ним и представляемым им лицом.

Внешне фактическую деятельность посредника можно расценивать как оказание им возмездных услуг представляемому предпринимателю. Однако отмеченная специфика правоотношений по прямому или косвенному представлению одним лицом интересов другого лица не позволяет применять к этим отношениям положения гл. 39 ГК, посвященной договорам возмездного оказания услуг, о чем прямо указано в п. 2 ст. 779 ГК. Исключение составляет агентский договор, к которому в отдельных случаях возможно субсидиарное применение правил гл. 39 ГК.

§ 1. Договор поручения

1. Понятие договора. Понятие договора поручения определено в ст. 971 ГК, согласно которой по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. Таким образом, юридические действия, выполненные поверенным в соответствии с договором поручения, считаются совершенными самим доверителем.

За исключением случаев, когда поверенный исполняет функции коммерческого представителя, к договору поручения, заключенному предпринимателями как между собой, так и с иными субъектами гражданского оборота, применяются общие правила гл. 49 ГК, а также гл. 10 ГК, регулирующей отношения по представлению одним лицом юридической личности другого лица. Это обусловлено целью договора поручения, заключающейся в представлении поверенным интересов доверителя перед третьими лицами путем совершения от его имени юридических действий. Данная цель не может быть реализована путем совершения доверителем только одной сделки - заключения им договора поручения.

Реализация цели договора поручения влечет для доверителя необходимость выдать поверенному соответствующую доверенность, которая в соответствии со ст. 185 ГК является письменным уполномочием, выдаваемым одним лицом другому лицу для представительства перед третьими лицами. В силу указанной нормы закона именно доверенность является для третьих лиц надлежащим документом, удостоверяющим полномочия поверенного действовать от имени доверителя. Таким образом, поверенный не может действовать от имени доверителя только в силу заключенного договора. Это подтверждается общим правилом п. 1 ст. 182 ГК, не предусматривающим договор в качестве основания для полномочий, которыми может быть наделен представитель для совершения сделок от имени представляемого. Такими основаниями являются доверенность, прямое указание закона и акты уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления. Следовательно, для того, чтобы договор являлся самостоятельным основанием для осуществления представителем предоставленных ему полномочий, необходимо прямое указание об этом в законе. Так, в соответствии со специальным положением п. 2 ст. 1044 ГК договор простого товарищества может заменять доверенность для удостоверения полномочия одного из товарищей совершать сделки с третьими лицами от имени всех товарищей. Применительно к договору поручения такое исключение сделано в отношении договора, заключаемого доверителем с коммерческим представителем, при условии, что такой договор содержит указания на полномочия представителя.

Обычный договор поручения, не связанный с отношениями по коммерческому представительству, призван регулировать двусторонние отношения между доверителем и поверенным (представителем) относительно имеющегося поручения и является основанием для выдачи поверенному доверенности, содержащей необходимые реквизиты, а потому не может служить заменой самой доверенности для совершения юридических действий от имени поручителя. Таким образом, доверитель, вступая в отношения по договору поручения, совершает две сделки: заключает сам договор и одностороннюю сделку - выдает доверенность.

Пунктом 5 ст. 185 ГК специально установлено, что доверенность от имени юридического лица выдается за подписью его руководителя или иного лица, уполномоченного на это его учредительными документами. Простая письменная форма доверенности, выдаваемой коммерческой организацией, является надлежащим уполномочием поверенного независимо от характера порученных ему юридических действий. То же относится и к гражданам - индивидуальным предпринимателям в силу установленной п. 3 ст. 23 ГК общей нормы, распространяющей на предпринимательскую деятельность этих граждан действие правил ГК, регулирующих деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями. Для доверенностей, выдаваемых юридическими лицами, основанными на государственной или муниципальной собственности, в частности государственными или муниципальными предприятиями, если эти доверенности содержат полномочия на получение или выдачу денег и

других имущественных ценностей, п. 5 ст. 185 ГК установлено дополнительное требование их подписания также главным (старшим) бухгалтером этой организации.

Договор поручения является консенсуальным, двусторонним. Он может быть как возмездным, так и безвозмездным. Для предпринимателей, вступающих в отношения по договору поручительства, специально установлена презумпция возмездности этого договора. Согласно п. 1 ст. 972 ГК в случаях, когда договор поручения связан с осуществлением обеими сторонами или одной из них предпринимательской деятельности, доверитель обязан уплатить поверенному вознаграждение, если договором не предусмотрено иное.

Договор поручения может быть заключен с указанием срока, в течение которого поверенный вправе действовать от имени доверителя, или без такого указания. Однако срок действия договора должен обеспечиваться сроком действия доверенности, который в соответствии с п. 1 ст. 186 ГК не может превышать трех лет. Если срок действия договора превышает срок, на который выдана доверенность, то по окончании срока ее действия поверенному должна быть выдана доверенность на новый срок для обеспечения возможности реализации его полномочий.

2. Существенные условия договора. Единственным определенным в законе существенным условием договора поручения является его предмет, т.е. те юридические действия, которые обязуется совершить поверенный. Эти действия должны быть четко определены в договоре и буквально воспроизведены в тексте доверенности. В случае разночтений в описании полномочий поверенного, изложенных в договоре поручения и в выданной доверенности, поверенному для определения круга своих полномочий необходимо руководствоваться существующим текстом доверенности до тех пор, пока он не будет приведен в соответствие с текстом договора.

Предметом договора поручения могут быть только юридические действия. Если поверенный одновременно выполняет какие-либо связанные с данным ему поручением действия фактического характера, то эти действия не считаются осуществляемыми от имени доверителя и не могут порождать для доверителя никаких правовых последствий в его отношениях с третьими лицами. В частности, п. 2 ст. 182 ГК прямо установлено, что не являются представителями лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок. Поскольку ведение таких переговоров само по себе не влечет для представляемого лица никаких юридических последствий, эти действия не могут быть предметом договора поручения.

Юридические действия, выступающие предметом договоров поручения, в предпринимательском обороте представляют собой в основном совершение поверенным от имени доверителя различного рода сделок с третьими лицами.

В соответствии со ст. 153 ГК сделками признаются действия, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Однако понятие юридических действий, которым определен предмет договора поручения, значительно шире. Эти юридические действия могут иметь своим результатом возникновение, изменение или прекращение у поручителя не только материальных, но и процессуальных прав и обязанностей, например при поручении адвокатской компании ведения дел доверителя-предпринимателя в суде.

Кроме того, поверенному может быть поручено не только само заключение договора, но и его как полное, так и частичное исполнение, определение порядка этого исполнения либо отказа от исполнения в предусмотренных договором случаях, подписание протоколов разногласий по условиям заключаемых сделок и т.д. Не во всех случаях выполнение таких действий можно однозначно толковать как совершение односторонних, двусторонних или многосторонних сделок. Использованный при определении предмета договора поручения термин "юридические действия" снимает неопределенность в этом толковании и означает любые действия, которые влекут за собой всякие последствия правового характера.

Вместе с тем для юридических действий, которые могут быть предметом договора поручения, законом предусмотрены определенные ограничения. Так, в соответствии с п. п. 3 и 4 ст. 182 ГК представитель (поверенный в договоре поручения) в любом случае не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично. Также он не может совершать такие сделки в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев коммерческого представительства. Кроме этого, установлен запрет на совершение через представителя сделки, которая по своему характеру может быть совершена представляемым (поручителем) только лично, а равно других сделок, прямо указанных в законе.

Выполнение поверенным порученных ему юридических действий должно осуществляться в соответствии с указаниями доверителя. При этом указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными. Пункт 2 ст. 973 ГК предоставляет возможность поверенного отступить от данных ему указаний только в случаях, когда по обстоятельствам дела это необходимо в интересах доверителя и поверенный не мог предварительно запросить доверителя либо не получил в разумный срок ответ на свой запрос. В любом случае поверенный обязан уведомить доверителя о допущенных отступлениях, как только уведомление стало возможным.

3. Стороны договора. Коммерческие организации и индивидуальные предприниматели могут выступать как на стороне доверителя, так и на стороне поверенного. Для отдельных случаев представительства личности предпринимателя перед третьими лицами законом к поверенному могут быть установлены специальные требования. Так, компания, управляющая инвестиционным фондом, на основании договора поручения вправе поручить поверенному совершение действий по выдаче, погашению и обмену инвестиционных паев. В соответствии со ст. 27 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. N 156-ФЗ "Об инвестиционных фондах" <1> поверенным в таком договоре может быть только юридическое лицо, являющееся профессиональным участником рынка ценных бумаг и имеющее лицензию на осуществление брокерской деятельности.

<1> СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4562.

Для совершения разового юридического действия от имени доверителя, осуществляемого поверенным без вознаграждения, достаточно лишь выдачи ему доверенности на это действие. Отношения между предпринимателями по договору поручения на возмездной основе являются, как правило, длящимися и предполагают стабильное исполнение поверенным данного ему поручения. Вместе с тем, так же как и в отношениях с иными участниками гражданского оборота, в отношениях с участием предпринимателей договор поручения носит ярко выраженный фидуциарный (лично-доверительный) характер, которым объясняется специфика его правового регулирования.

4. Права и обязанности сторон. Поверенный обязан лично исполнять данное ему поручение. Он не вправе без согласия доверителя передать исполнение поручения третьему лицу, кроме случаев, когда он вынужден к этому силою обстоятельств для охраны интересов доверителя. Но и в этих случаях поверенный должен известить доверителя о лице, которому переданы полномочия. В противном случае он несет ответственность за действия этого лица как за свои собственные.

В обязанности поверенного входит необходимость отчитываться за ход исполнения поручения по каждому требованию доверителя. Поверенный обязан незамедлительно передавать доверителю все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения, если он уполномочен на совершение соответствующих действий по исполнению этих сделок либо в целях охраны интересов доверителя вынужден к тому силою сложившихся обстоятельств. По исполнении поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения поверенный обязан незамедлительно возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и представить ему окончательный отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения.

Первоочередной обязанностью доверителя является выдача поверенному доверенности или нескольких доверенностей на совершение тех юридических действий, которые предусмотрены договором поручения, за исключением случаев, когда поверенным является коммерческий представитель. В выполнении данной обязанности заинтересован прежде всего сам доверитель, поскольку отсутствие у поверенного необходимой доверенности создает невозможность исполнения поверенным договора поручения.

Законом предусмотрены случаи, когда доверитель освобождается от обязанности выдать доверенность. В соответствии с п. 1 ст. 975 ГК к таким случаям относятся ситуации, когда полномочие лица, совершающего юридические действия от чужого имени, явствует из обстановки, в которой действует представитель. Абзацем 2 п. 1 ст. 182 ГК приведены примерные случаи такой обстановки, а именно: продавец в розничной торговле, кассир и т.п. Из приведенного законом перечня конкретной обстановки, в силу которой полномочия представителя не требуют выдачи доверенности, следует, что основанием для такого полномочия является очевидный для третьих лиц факт наличия между представителем и представляемым правовых отношений, основанных не на договоре поручения. Каждый из указанных в законе лиц (продавец, кассир) совершает соответствующие юридические действия по заключению и исполнению договора розничной купли-продажи от имени торгующей организации. Однако эти лица связаны с торгующей организацией не гражданско-правовым договором поручения, а трудовым договором и выполнение имеющихся у них поручений является для этих лиц исполнением их трудовых обязанностей. Обстановка, в которой действует продавец или кассир, однозначно свидетельствует о наличии у этих лиц трудовых отношений с торгующей организацией. Для целей представительства торгующей организации перед покупателями продавцу и кассиру не требуется доверенность от имени работодателя, в частности, в силу императивных положений ст. 402 ГК, согласно которым действия работников должника по исполнению его обязательств (в данном случае - работников торгующей организации по передаче товара покупателю и приему от него денежных средств) считаются действиями должника (в данном случае - торгующей организации).

В отношениях между предпринимателями отмеченный характер обстановки может следовать из особых договорных конструкций, применяемых субъектами предпринимательства, либо из обычаев делового оборота, характерных для той или иной сферы предпринимательских

отношений. В соответствии с п. 1 ст. 313 ГК исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом. Исполнение обязательства, безусловно, является самостоятельным определенным юридическим действием, поскольку имеет такое правовое последствие, как прекращение обязательства. Однако указанная норма закона в совокупности с положениями абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК позволяет избежать необходимости заключения договора поручения и выдачи доверенности на совершение этого действия. Так, в договоре поставки поставщик может поручить отгрузку товаров в адрес покупателя своему поставщику путем выдачи последнему соответствующей отгрузочной разнарядки; по договору подряда субподрядчик согласно поручению подрядчика передает исполненное напрямую заказчику; при выдаче целевого кредита банк может перечислить денежные средства не заемщику, а непосредственно лицу, обязанному перед заемщиком по соответствующему договору, предусматривающему удовлетворение хозяйственной цели заемщика этим лицом, и т.п. В этих случаях заключение договора поручения на исполнение третьим лицом обязательства должника не требуется, так как полномочия соответствующего третьего лица со всей очевидностью явствуют из конкретной обстановки, которая обычно имеет место в предпринимательских отношениях и в которой действует это третье лицо.

По договору поручения доверитель обязан возмещать издержки, понесенные поверенным при исполнении поручения, и обеспечивать поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения. Данные обязанности подлежат исполнению доверителем даже в тех случаях, когда они не установлены договором. Однако во избежание возможных технических препятствий для исполнения поручения поверенным сторонам следует оговорить в договоре вопрос о предварительном обеспечении поверенного необходимыми средствами либо о последующем возмещении понесенных им издержек, особенно в тех случаях, когда поручением охватывается также полное или частичное исполнение поверенным сделок, заключенных им от имени доверителя.

Доверитель обязан без промедления принять от поверенного все исполненное им в соответствии с договором поручения. Это касается документации, подтверждающей совершение поверенным порученных ему юридических действий, его отчетности, а также имущества, если оно было вручено поверенному контрагентом доверителя во исполнение заключенной сделки. Если договор является возмездным, доверитель обязан уплатить поверенному вознаграждение.

Поверенный, действующий на основании договора поручения и в соответствии с выданной ему доверенностью, вправе передать исполнение поручения другому лицу (заместителю) в случаях, когда он уполномочен на это доверенностью либо вынужден к этому силою обстоятельств для охраны интересов доверителя. В этих случаях указанное право поверенного сохраняется за ним, даже если в договоре поручения оно не предусмотрено.

При передоверии исполнения поручения поверенный обязан известить об этом доверителя и сообщить все необходимые данные о заместителе. Неисполнение этой обязанности возлагает на поверенного, передавшего свои полномочия, ответственность за действия выбранного им заместителя как за свои собственные.

Правомочия сторон по договору поручения, а также иные правовые последствия, возникающие у них в связи с передоверием, императивно урегулированы положениями ст. 976 ГК. Поверенный отвечает за выбор заместителя, если право поверенного передать исполнение поручения другому лицу не было предусмотрено в договоре поручения либо было предусмотрено, но заместитель в нем не был поименован. Если возможный заместитель поверенного был поименован в договоре поручения, поверенный не отвечает ни за его выбор, ни за ведение им дел.

Учитывая положения п. 2 ст. 976 ГК, устанавливающие, что доверитель вправе отвести заместителя, избранного поверенным, следует считать, что это право у него отсутствует в случае, когда заместитель поверенного был поименован не в договоре поручения, а в доверенности, при этом поверенный также не отвечает ни за его выбор, ни за ведение им дел. В этом случае доверитель вправе прекратить полномочия заместителя поверенного, лишь отменив все поручение в целом.

Передоверие поверенным имеющихся у него полномочий осуществляется путем выдачи заместителю надлежащим образом оформленной доверенности, срок действия которой не может превышать срока действия доверенности, на основании которой она выдана. Субъектам предпринимательской деятельности, выступающим поверенными в договорах поручения, при передаче своих полномочий, основанных на доверенности, в порядке передоверия следует учитывать, что общее правило о форме доверенности, выдаваемой юридическими лицами, в данном случае не применяется. В этом случае действуют специальные императивные положения п. 3 ст. 187 ГК, согласно которым доверенность, выдаваемая в порядке передоверия, должна быть

нотариально удостоверена. Предусмотренные данной нормой исключения не относятся к отношениям, связанным с предпринимательской деятельностью.

Гражданский кодекс не содержит положений, обязывающих поверенного заключать с заместителем самостоятельный договор поручения в случае передоверия имеющихся у поверенного полномочий. Такой договор поручения не может быть заключен в принципе. Во-первых, при выдаче доверенности, производной от доверенности первоначальной, доверителем полномочий все равно остается лицо, выдавшее первоначальную (основную) доверенность. Несмотря на то обстоятельство, что непосредственным доверителем полномочий при выдаче производной доверенности заместителю формально является поверенный, юридические действия все равно осуществляются от имени лица, выдавшего основную доверенность. Во-вторых, выдача производной доверенности не отменяет действие основной доверенности и не прекращает договор поручения, заключенный доверителем. В-третьих, производная доверенность может быть в любое время отменена поверенным. В-четвертых, в случае отказа заместителем от исполнения переданного ему поручения обязанным за такое исполнение становится поверенный, даже когда он не отвечает ни за выбор заместителя, ни за ведение им дел. В-пятых, действие производной доверенности, а следовательно, и полномочий заместителя автоматически прекращается в случае прекращения по любым причинам основной доверенности и договора поручения, заключенного между доверителем и поверенным.

Вместе с тем исполнение заместителем полномочий, основанных на производной доверенности, а не на договоре поручения, отнюдь не означает отсутствие у него обязательственных отношений с поверенным относительно этих полномочий. Выдача производной доверенности является такой же односторонней сделкой, что и выдача основной доверенности. Разница заключается в том, что совершает эту сделку поверенный. Однако представляемым по производной доверенности продолжает являться доверитель по основной доверенности, хотя у него и нет с заместителем отношений по договору поручения. Возможность выдачи производной доверенности обусловлена имеющимся договором поручения в совокупности с содержанием доверенности, выданной доверителем поверенному на основании этого договора.

Из данной правовой конструкции следует, что выдача поверенным производной доверенности заместителю имеет соответствующие правовые последствия как для доверителя, так и для поверенного. Для всех третьих лиц доверитель считается надлежаще представленным заместителем поверенного, выполненные заместителем юридические действия, определенные производной доверенностью, считаются совершенными самим доверителем, в связи с чем основная правовая цель договора поручения, заключенного между доверителем и поверенным, достигается полностью.

Однако если исполнение поручения, обусловленного таким договором, требует имущественных затрат и это исполнение делегируется поверенным заместителю, то возникает вопрос: от кого и на каком правовом основании заместитель вправе требовать компенсации понесенных издержек? В этом случае лицом, обязанным компенсировать расходы заместителя, понесенные им в связи с исполнением принятого на себя поручения, считается поверенный, поскольку именно это лицо совершает в отношении заместителя сделку, являющуюся основанием для осуществления этих расходов. Правовым основанием для указанной компенсации должен быть отдельный договор, заключаемый поверенным и заместителем, представляющий собой соглашение об исполнении последним поручения доверителя за счет средств доверителя, подлежащих передаче в собственность поверенного в соответствии с обязательствами доверителя по заключенному с поверенным договору поручения.

Заключение данного договора крайне важно прежде всего для субъектов предпринимательской деятельности по той причине, что гражданское законодательство не содержит общих положений, регулирующих имущественные отношения между поверенным и его заместителем в случае передоверия. Несмотря на происходящее при передоверии в отношении имеющегося поручения одновременное фактическое замещение поверенным доверителя, а заместителем - поверенного, отношения, складывающиеся между поверенным и заместителем, нельзя квалифицировать в качестве договора поручения, так как заместитель совершает юридические действия не от имени поверенного. Указанное замещение нельзя рассматривать как замену стороны в обязательстве или в договоре в целом. Договор поручения сохраняет свою силу с прежними участниками. К такому замещению невозможно применить положения гл. 50 ГК о действии в чужом интересе без поручения, так как юридические действия, являющиеся предметом поручения, изначально определены. К требованию заместителя о компенсации произведенных им расходов нельзя также применить положения ГК о неосновательном обогащении или сбережении поверенным имущества, предоставленного последнему доверителем для исполнения данного поручения.

Кроме того, несмотря на то что необходимое для договора поручения условие о его предмете прямо выражено в производной доверенности, сама доверенность не может считаться офертой, т.е. предложением заключить договор, сделанным поверенным, а совершение

заместителем соответствующих действий по принятию этой доверенности и исполнению поручения не может считаться акцептом путем совершения конклюдентных действий по смыслу п. 3 ст. 438 ГК, свидетельствующих о заключении договора в надлежащей форме, с применением к нему общих правил, регулирующих обязательственные отношения, возникающие в том числе из договоров, в частности о размере и сроках вознаграждения заместителя.

С момента выдачи заместителю производной доверенности на него распространяются все положения гл. 10 ГК, регулирующие права и обязанности лица, которому выдана доверенность. Однако в случае заключения заместителем с поверенным упомянутого договора об исполнении заместителем поручения доверителя к отношениям сторон по этому договору будут применимы и положения гл. 49 ГК, регулирующие отношения по договору поручения, в силу аналогии закона, предусмотренной п. 1 ст. 6 ГК.

5. Прекращение договора. Фидуциарный (лично-доверительный) характер договора поручения проявляется, в частности, и в установленных законом основаниях и правовых последствиях его досрочного прекращения. Прежде всего это относится к случаям прекращения договора поручения вследствие отмены поручения доверителем и отказа поверенного от исполнения поручения. Пунктом 2 ст. 977 ГК установлена императивная норма, согласно которой доверитель вправе отменить поручение, а поверенный - отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно. Вполне естественно, что применительно к отношениям сторон по договору поручения указанная норма дублирует положения п. 2 ст. 188 ГК, предусматривающие, что лицо, выдавшее доверенность, может во всякое время отменить доверенность или передоверие, а лицо, которому доверенность выдана, - отказаться от нее, и устанавливающие ничтожность соглашения об отказе от этих прав. По закрепленному п. п. 2 и 3 ст. 978 ГК общему правилу отмена доверителем поручения и отказ поверенного от его исполнения не являются основанием для возмещения убытков, причиненных соответствующей другой стороне прекращением договора поручения. Исключение из этого правила составляют случаи отказа поверенного в условиях, когда доверитель лишен возможности иначе обеспечить свои интересы, а также если в результате отказа от исполнения поручения или его отмены был прекращен договор поручения, предусматривавший действия поверенного в качестве коммерческого представителя.

Юридическим лицам, в том числе коммерческим организациям, следует учитывать, что одним из оснований для досрочного прекращения доверенности и, как следствие, договора поручения ст. 188 ГК прямо установлены случаи прекращения юридического лица, от имени которого выдана доверенность, или юридического лица, которому выдана доверенность. При этом во втором случае на ликвидаторе юридического лица, являющегося поверенным в заключенном договоре поручения, лежит обязанность известить доверителя о прекращении договора поручения и принять меры, необходимые для охраны имущества доверителя, в частности сохранить его вещи и документы, и затем передать это имущество доверителю. Указанные положения закона, имеющие своим следствием досрочное прекращение договора поручения в связи с прекращением одной из его сторон, являющейся юридическим лицом, полностью распространяются и на те случаи, когда такой стороной является индивидуальный предприниматель. Доверенность, выданная индивидуальным предпринимателем, а также заключенный им договор поручения прекращаются в случае утраты этим лицом статуса индивидуального предпринимателя по любым причинам.

Общим правовым последствием досрочного прекращения договора поручения является обязанность доверителя возместить поверенному понесенные при исполнении поручения издержки, а когда поверенному причиталось вознаграждение, также уплатить ему вознаграждение соразмерно выполненной им работе. Это правило не применяется к исполнению поверенным поручения после того, как он узнал или должен был узнать о прекращении поручения. Досрочное прекращение договора поручения влечет для поверенного необходимость незамедлительного исполнения обязанности по возврату доверителю доверенности, представлению ему соответствующей отчетности, а также возврата имущества, не использованного им в целях исполнения поручения до момента, когда ему стало известно о прекращении договора.

В случае досрочного прекращения договора вследствие отмены доверенности на доверителе лежат обязанности по извещению о такой отмене как поверенного, так и известных ему третьих лиц, для представительства перед которыми была выдана доверенность. Права и обязанности, возникшие у доверителя в результате действий поверенного, совершенных до того, как последний узнал об отмене доверенности, сохраняют силу для доверителя в отношении третьих лиц. Однако это правило не применяется, если соответствующее третье лицо заранее знало о совершенной отмене доверенности.

Лично-доверительным характером отношений сторон по договору поручения обусловлены правовые последствия, возникающие в результате совершения поверенным такого важного вида юридических действий, как заключение сделки, в случае если на это он не был уполномочен. В соответствии со ст. 183 ГК РФ при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица или при превышении таких полномочий сделка считается заключенной от имени и в интересах

совершившего ее лица, если только другое лицо (представляемый) впоследствии прямо не одобрит данную сделку. При этом последующее одобрение сделки представляемым создает, изменяет и прекращает для него гражданские права и обязанности по данной сделке с момента ее совершения.

Посредством установления данных последствий заключения сделки неуполномоченным лицом законодатель, с одной стороны, поддерживает нормальное функционирование гражданского оборота на случай возникновения непредвиденных для сторон договора поручения ситуаций, а с другой стороны, обеспечивает исполнение поверенным данного ему поручения в точном соответствии с полномочиями, предоставленными доверителем.

В отношениях, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, нередко возникают ситуации, когда поверенному необходимо в срочном порядке не только отступить от указаний доверителя, но и существенно превысить имеющиеся у него полномочия, а именно заключить сделку, которая по своему предмету, иным условиям, субъекту и т.п. не предусмотрена договором и выданной доверенностью. При этом, несмотря на имеющееся у поверенного предварительное согласие доверителя на заключение такой сделки, своевременное получение от доверителя дополнительно необходимых полномочий, оформленных надлежащим образом, зачастую невозможно. Такая же ситуация имеет место, когда договор поручения уже заключен, например посредством электронных средств связи, однако сама доверенность поверенным еще не получена. В этих случаях поверенный, заключая соответствующую сделку с третьим лицом, рассчитывает на ее последующее прямое одобрение доверителем, в результате которого все права и обязанности по заключенной сделке считаются возникшими у доверителя.

Вместе с тем с момента заключения рассматриваемой сделки поверенный несет риск ее последующего неодобрения доверителем, в связи с чем достигается обеспеченность интереса доверителя в том, что заключаемая поверенным сделка будет совершена в точном соответствии с предварительной договоренностью. Законодательным распределением данного риска обеспечивается надлежащее исполнение поверенным договора поручения в целом. В случае необоснованного превышения имеющихся полномочий все права и обязанности по сделкам, заключенным в результате такого превышения, считаются возникшими у поверенного. Сами по себе эти правовые последствия нельзя считать установленной законом мерой ответственности поверенного по договору поручения, поскольку существует вероятность надлежащего исполнения такой сделки поверенным от своего имени и без убытков для себя. Однако имущественный результат, на получение которого направлено исполнение этой сделки, как правило, не совпадает с интересами поверенного и он вынужден отказаться от ее исполнения, принимая на себя, таким образом, риск ответственности за такой отказ перед третьим лицом, с которым сделка была заключена.

Рассмотренное выше общее правило, позволяющее каждой стороне отказаться от исполнения договора поручения в одностороннем порядке без возмещения убытков другой стороне, не означает невозможности взыскания убытков, возникших вследствие ненадлежащего исполнения сторонами принятых на себя обязательств в период действия договора, а также применения к неисправной стороне иных мер ответственности, предусмотренных законом и договором. Кроме того, эти меры ответственности подлежат применению и в случае неисполнения сторонами обязательств, возникших у них в результате прекращения договора поручения.

6. Особенности коммерческого представительства. К отношениям сторон по договору поручения, возникающим в сфере предпринимательской деятельности, Гражданским кодексом установлено специальное правовое регулирование, если поверенным по этому договору является коммерческий представитель. Пунктом 1 ст. 184 ГК предусмотрено законодательное определение коммерческого представителя, согласно которому таковым субъектом является лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. Из этого определения следуют специальный субъектный состав и специальный предмет договора, на основании которого может осуществляться коммерческое представительство.

Сторонами такого договора могут быть только коммерческие организации и индивидуальные предприниматели. Причем на стороне поверенного выступает предприниматель, для которого коммерческое представительство является основным видом предпринимательской деятельности. Предметом договора может быть совершение коммерческим представителем от имени доверителя не любых определенных юридических действий или сделок, а заключение только тех договоров, которые относятся к сфере предпринимательской деятельности.

Особенности правового регулирования отношений по договору поручения, заключаемому доверителем с коммерческим представителем, обусловлены спецификой предпринимательской деятельности последнего, которая может осуществляться только посредством заключения такого договора. В соответствующих сферах предпринимательской деятельности коммерческие представители обладают большими знаниями, профессиональным опытом, деловыми связями и коммерческими контактами, использование которых, в свою очередь, выгодно доверителю. При

этом доверитель может не иметь с коммерческим представителем фактически сложившихся лично-доверительных отношений. В связи с этим особенности регулирования договора поручения, заключаемого данными лицами, характеризуются значительным ослаблением фидуциарного элемента, присущего обычному договору поручения с участием предпринимателей.

Для возникновения у коммерческого представителя соответствующих полномочий перед третьими лицами действовать от имени доверителя достаточно одного только факта заключения договора в письменной форме, который содержит указания на эти полномочия. Выдачи доверенности в этом случае не требуется. Возможность действовать на основании только договора поручения обеспечивает интересы коммерческого представителя на случай досрочного прекращения этого договора по инициативе доверителя.

Коммерческий представитель не может заключать договоры от имени доверителя в отношении себя лично. Однако в отличие от обычного представителя он вправе заключать такие договоры в отношении других лиц, представителем которых он одновременно является. Возможны ситуации, когда коммерческий представитель выполняет функции поверенного в договорах поручения с разными доверителями, заинтересованными в заключении соответствующего предпринимательского договора между собой. В соответствии с п. 2 ст. 184 ГК одновременное коммерческое представительство разных сторон в сделке допускается с согласия этих сторон, а также в других предусмотренных законом случаях. При одновременном коммерческом представительстве поверенный вправе требовать уплаты обусловленного вознаграждения и возмещения понесенных им при исполнении поручения издержек от сторон заключаемого предпринимательского договора в равных долях, если иное не предусмотрено соглашением между ними. При этом коммерческий представитель обязан исполнять данные ему поручения договора с заботливостью обычного предпринимателя, т.е. при заключении договора обеспечить соблюдение интересов каждой стороны.

Особенность регулирования порядка исполнения коммерческим представителем данного ему поручения заключается в том, что закон предоставляет доверителю право освободить коммерческого представителя от обязанности предварительно запрашивать доверителя о допускаемых отступлениях от указаний последнего. Также коммерческий представитель может быть освобожден доверителем от обязанности последующего уведомления в разумный срок доверителя о допущенных отступлениях.

Учитывая специфику коммерческого представительства как вида предпринимательской деятельности, закон обязывает коммерческого представителя сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках и после исполнения данного ему поручения. Законодательное определение коммерческого представителя подчеркивает самостоятельный характер его деятельности. Действующий на основании договора коммерческий представитель не вправе передоверять данное ему поручение другим лицам, в том числе и коммерческим представителям. Такое правомочие может быть у коммерческого представителя, только если оно прямо предусмотрено отдельными законами, иными правовыми актами или же в случае выдачи ему доверенности, содержащей эти полномочия.

Договор поручения, заключаемый с коммерческим представителем, всегда возмездный, кроме случаев, когда стороны в самом договоре специально не установили его безвозмездный характер, что на практике встречается крайне редко. Помимо прав на возмещение издержек, связанных с выполнением поручения, и права на вознаграждение коммерческий представитель в определенных случаях имеет право требовать от доверителя возмещения причиненных ему убытков. В отличие от обычного договора поручения эти требования коммерческого представителя законодательно обеспечиваются его правом на удержание находящихся у него вещей, которые подлежат передаче доверителю.

Для договора поручения, заключенного с коммерческим представителем, предусмотрены особый порядок его досрочного прекращения по инициативе одной из сторон и особые правовые последствия такого прекращения. Доверитель или коммерческий представитель, отказывающийся от исполнения договора, должен известить своего контрагента о прекращении договора не позднее чем за 30 дней, если договором не предусмотрен более длительный срок. В течение этого срока коммерческий представитель имеет право и обязан исполнять поручение доверителя. Доверитель имеет право отменить поручение без такого предварительного уведомления только в случае реорганизации юридического лица, являющегося коммерческим представителем. В любом случае досрочное прекращение договора поручения, опосредующего коммерческое представительство, по инициативе одной стороны, как правило, влечет для другой стороны возникновение убытков. Эти убытки, включая упущенную выгоду, подлежат возмещению стороной, досрочно отказавшейся от исполнения договора.

В отдельных сферах предпринимательской деятельности законами и иными правовыми актами может устанавливаться иное по сравнению с Гражданским кодексом регулирование деятельности коммерческих представителей. Обусловлено это тем, что коммерческое представительство является правовой основой деятельности посредников в тех сферах

предпринимательской деятельности, которые сами по себе имеют специальное законодательное регулирование. Зачастую участие предпринимателей в данных сферах деятельности без представительства своих интересов через таких посредников не допускается. В частности, специальным законодательством предусмотрены особенности коммерческого представительства, осуществляемого профессиональными участниками рынка ценных бумаг, страховыми брокерами, таможенными брокерами, отдельными участниками биржевой торговли, морскими брокерами. При этом законодательное регулирование предпринимательской деятельности всех субъектов коммерческого представительства исходит из принципа осуществления этой деятельности данными субъектами не от своего имени и не за свой счет.

§ 2. Договор комиссии

1. Понятие договора. По договору комиссии, законодательное определение которого приведено в ст. 990 ГК, одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента. При этом по сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

Договором комиссии опосредуется так называемое косвенное представительство посредником представляемого лица в имущественном обороте. Такое представительство называется косвенным вследствие того, что хотя посредник (комиссионер) и действует в интересах представляемого лица (комитента) в соответствии с указаниями и за счет последнего, все права и обязанности в отношении третьих лиц, порождаемые этими действиями, возникают именно у посредника, так как юридически эти действия совершаются от его имени.

Договор комиссии является консенсуальным, двусторонним, возмездным. Гражданским кодексом для данного вида договора не предусмотрено специальных положений относительно его формы. Таким образом, субъектам предпринимательской деятельности следует руководствоваться общей нормой о письменной форме договоров, заключаемых с их участием.

2. Существенные условия договора. В отличие от договора поручения предметом договора комиссии являются не любые юридические действия, а только те из них, которые квалифицируются как совершение сделок. Поскольку предмет договора комиссии является его существенным условием, круг, количество и характер этих сделок должны быть четко определены в договоре. Предмет договора комиссии может включать в себя как заключение комиссионером договоров с третьими лицами в интересах комитента, так и действия, направленные на исполнение этих договоров. Действия комиссионера, как правило, включают исполнение со своей стороны заключенных им договоров за счет имущества, полученного в этих целях от комитента. Владение этим имуществом обеспечивает интересы самого комиссионера по исполнению договоров, заключенных им от своего имени в рамках комиссионного поручения.

Несмотря на то что вид заключаемых комиссионером сделок законом не ограничен, предпринимателям следует учитывать, что законодательное регулирование отношений по договору комиссии ориентировано на заключение комиссионером договоров купли-продажи вещей (товаров), принадлежащих комитенту или приобретаемых для комитента. Глава 51 ГК, регулирующая эти отношения, не содержит специальных положений, регламентирующих отношения сторон по договору комиссии, исполнение которых связано с заключением комиссионером с третьими лицами договоров об оказании услуг и выполнении работ. Однако большое количество положений гл. 51 ГК специально регулирует отношения сторон по исполнению договора комиссии, имеющего своим предметом заключение и исполнение договоров купли-продажи.

3. Стороны договора. Несмотря на то что субъектами договора комиссии могут выступать граждане, данный договор активно используется прежде всего в отношениях между предпринимателями вследствие особенностей его законодательного регулирования, отвечающего их интересам. Помимо иных положений гл. 51 ГК предпринимательская направленность договора комиссии подчеркивается, в частности положениями п. 2 ст. 990 ГК, детализирующими свойственную предпринимательской деятельности сферу возможных условий этого договора, согласно которым договор комиссии может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия, с указанием или без указания территории его исполнения, с обязательством комитента не предоставлять третьим лицам право совершать в его интересах и за его счет сделки, совершение которых поручено комиссионеру, или без такого обязательства, с условиями или без условий относительно ассортимента товаров, являющихся предметом комиссии.

4. Права и обязанности сторон. Так же как и при прямом представительстве, опосредуемом договором поручения, по договору комиссии комитент вправе давать обязательные для комиссионера указания относительно совершаемых последним сделок. Принятое на себя по договору комиссии поручение комиссионер обязан исполнить на наиболее выгодных для

комитента условиях и в соответствии с указаниями комитента, а при отсутствии в договоре таких указаний - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. При этом комиссионер вправе отступать от указаний комитента, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах комитента и комиссионер не мог предварительно запросить комитента либо не получил в разумный срок ответ на свой запрос. В этом случае комиссионер обязан уведомить комитента о допущенных отступлениях, как только уведомление стало возможным.

Возможны ситуации, когда у комиссионера возникает возможность исполнить комиссионное поручение на условиях более выгодных, чем те, которые были согласованы с комитентом. В этих случаях действует общее правило, стимулирующее комиссионера к совершению сделки на максимально выгодных для комитента условиях, в соответствии с которым дополнительная выгода подлежит распределению между комитентом и комиссионером в равных долях, если иное не предусмотрено соглашением между ними.

Для комиссионера, действующего в качестве предпринимателя, п. 1 ст. 995 ГК специально предоставлена возможность по согласованию с комитентом установить в договоре право такого комиссионера отступать от указаний комитента без предварительного запроса. В таком случае комиссионер обязан в разумный срок уведомить комитента о допущенных отступлениях. Однако и от обязанности последующего уведомления комиссионер-предприниматель может быть освобожден комитентом путем указания об этом в договоре комиссии.

Указания комитента в отношении совершаемых комиссионером сделок могут быть весьма разнообразными в зависимости от согласованных сторонами условий комиссионного поручения. Вместе с тем основными с точки зрения участников имущественного оборота, прежде всего предпринимателей, а также цели договора комиссии считаются указания комитента о цене имущества (товара), продаваемого комиссионером либо приобретаемого для комитента. В этой связи п. п. 2 и 3 ст. 995 ГК установлено специальное регулирование правовых последствий отступления комиссионером от указаний комитента относительно цены этого имущества, если такое отступление имело своим результатом исполнение комиссионного поручения на условиях менее выгодных, чем те, которые были указаны комитентом.

Так, если комиссионер продал имущество по цене, ниже согласованной с комитентом, он обязан возместить комитенту разницу в цене, если не докажет, что у него не было возможности продать имущество по согласованной цене и что продажа по более низкой цене предупредила еще большие убытки. Если по условиям договора комиссионер был обязан предварительно запросить комитента, комиссионер обязан также доказать, что он не имел возможности получить предварительно согласие комитента. Если же предметом комиссионного поручения являлось приобретение имущества для комитента и имущество было куплено комиссионером по цене, выше согласованной с комитентом, комитент, не желающий принять такую покупку, обязан заявить об этом комиссионеру в разумный срок по получении от него извещения о заключении сделки с третьим лицом. Если комитент не сделает такого заявления, то покупка признается принятой комитентом. Кроме того, комитент не вправе отказаться от совершенной для него покупки по повышенной цене, если комиссионер сообщил, что принимает разницу в цене на свой счет.

По общему правилу у комиссионера, действующего в рамках комиссионного поручения, нет обязанности исполнить это поручение лично, если личный характер исполнения этого поручения специально не согласован сторонами в договоре. Статьей 994 ГК установлено общее правило о субкомиссии, согласно которому, если иное прямо не предусмотрено договором комиссии, комиссионер вправе в целях исполнения этого договора заключить договор субкомиссии с другим лицом, оставаясь ответственным за действия субкомиссионера перед комитентом. Если комиссионером заключен договор субкомиссии, то по этому договору комиссионер приобретает в отношении субкомиссионера права и обязанности комитента.

В целях исполнения комиссионного поручения комиссионер, имеющий определенные полномочия по распоряжению имуществом комитента, вместо договора субкомиссии вправе заключить с третьим лицом договор поручения, предусматривающий совершение этим лицом соответствующих сделок с третьими лицами от имени комиссионера. Однако, несмотря на отмеченную правовую возможность, использование ее комиссионером является нецелесообразным, так как действующий на основании договора поручения поверенный, как правило, вправе отказаться от исполнения данного ему поручения в любое время, что существенно повышает риск ненадлежащего исполнения комиссионного поручения со стороны комиссионера. Третье лицо, связанное с комиссионером договором субкомиссии, такого права не имеет. Помимо этого, п. 2 ст. 994 ГК установлено важное для комиссионера-предпринимателя общее правило, по которому до прекращения договора комиссии комитент не вправе без согласия комиссионера вступать в непосредственные отношения с субкомиссионером, если иное не предусмотрено договором комиссии.

В отличие от договора поручения исполнение договора комиссии, как правило, связано с фактической передачей комиссионеру вещей, являющихся предметом совершаемых им сделок. В

ходе выполнения комиссионного поручения комиссионер исполняет заключенные им с третьими лицами договоры за счет имущества, полученного от комитента, и принимает встречное имущественное представление от этих лиц. Несмотря на то что при заключении таких договоров комиссионер всегда выступает от своего имени, заключает он их для комитента и действует за его счет. Поэтому п. 1 ст. 996 прямо указано, что вещи, поступившие к комиссионеру от комитента либо приобретенные комиссионером за счет комитента, являются собственностью последнего. В связи с этим комиссионер отвечает перед комитентом за утрату, недостачу или повреждение находящегося у него имущества комитента. Исполняя комиссионное поручение, комиссионер временно несет обязанности по хранению имущества комитента. Если при приеме комиссионером имущества, поступившего от комитента или для комитента, в этом имуществе окажутся повреждения или недостача, которые могут быть замечены при наружном осмотре, а также в случае причинения ущерба любым лицом этому имуществу во время его нахождения у комиссионера, комиссионер обязан принять меры по охране прав комитента, собрать необходимые доказательства и обо всем без промедления сообщить комитенту.

На комиссионера может быть возложена обязанность застраховать находящееся у него имущество комитента. Если такая обязанность не предусмотрена договором, она может вытекать из последующих указаний комитента. При этом важно, чтобы из предписания комитента прямо следовало, что страхование должно быть осуществлено за счет комитента. Комиссионер, не исполнивший данную обязанность, отвечает за это только в случаях, когда комитент предписал ему осуществить страхование за свой счет либо страхование имущества комитента предусмотрено договором комиссии или обычаями делового оборота.

Поскольку комиссионер заключает сделку с третьим лицом для комитента и за его счет, комиссионер по общему правилу не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом этой сделки. Исключение составляют случаи, когда комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе лица, с которым он заключил сделку, либо принял на себя ручательство за исполнение сделки этим лицом (делькредере). В этих случаях он обязан произвести комитенту такое исполнение имущественных обязательств по договору комиссии, какое должно было быть им произведено, если бы сделка была исполнена третьим лицом. В результате такого исполнения комиссионное поручение по данной сделке прекращается, а комиссионер сохраняет все права требования к третьему лицу, вытекающие из заключенной с ним сделки, включая право собственности на вещи, подлежащие передаче ему по этой сделке с момента их принятия.

По общему же правилу в случае неисполнения третьим лицом сделки, заключенной с ним комиссионером, комиссионер обязан немедленно сообщить об этом комитенту, собрать необходимые доказательства, а также по требованию комитента передать ему права по такой сделке с соблюдением правил гл. 24 ГК об уступке прав требования. Причем такая уступка прав допускается независимо от соглашения комиссионера с третьим лицом, запрещающего или ограничивающего эту уступку, и если комитент потребовал совершения уступки, комиссионер обязан ее совершить. Так как комиссионер практически самостоятелен в определении условий сделки, заключаемой им для комитента, п. 3 ст. 998 ГК установлено правило о том, что, если заключенной комиссионером сделкой было предусмотрено условие о запрете или ограничении уступки вытекающих из нее прав комиссионера, комиссионер, совершивший уступку, отвечает перед третьим лицом в связи с нарушением этого условия.

По исполнении договора комиссии комиссионер обязан представить комитенту отчет. При этом договором комиссии может быть предусмотрена периодическая отчетность комиссионера. Отчет комиссионера должен содержать подтвержденные сведения о его действиях по исполнению комиссионного поручения, включая сведения о третьих лицах, с которыми были заключены сделки для комитента, состав использованного для этого имущества комитента, исполнение комиссионером иных обязанностей, а также указание всех денежных сумм, причитающихся комиссионеру в результате исполнения договора комиссии, включая его вознаграждение, дополнительное вознаграждение за делькредере, причитающуюся часть дополнительной выгоды от совершенных сделок, а также необходимые расходы, произведенные им в связи с исполнением комиссионного поручения. Несмотря на фактическое исполнение комиссионером поручения комитента, именно отчет комиссионера является основанием для проведения всех расчетов с комитентом по исполнению комиссионного поручения в зависимости от принятия или непринятия отчета комитентом. В связи с этим ст. 999 ГК предусмотрен порядок принятия комитентом отчета комиссионера, согласно которому комитент, имеющий возражения по отчету, должен сообщить о них комиссионеру в течение 30 дней со дня получения отчета, если соглашением сторон не установлен иной срок. В противном случае при отсутствии иного соглашения отчет комиссионера считается принятым комитентом.

Помимо представления отчета комиссионер по исполнении поручения обязан передать комитенту ему все полученное по договору комиссии имущество. Данная обязанность считается исполненной, если имущество передается лицу, указанному комитентом, что, как правило, имеет

место в случаях, когда предметом комиссионного поручения является приобретение товаров для комитента. Если эти товары предполагаются комитентом к дальнейшей продаже, это может быть оговорено договором комиссии как составная часть комиссионного поручения. Таким образом, коммерческий потенциал договора комиссии как гражданско-правового инструмента обеспечения предпринимательской деятельности чрезвычайно велик. Всего лишь один договор комиссии, заключенный на длительный срок, позволяет комитенту, используя действия комиссионера, фактически обеспечить ведение своего бизнеса в его торговой (закупочно-сбытовой) части. Однако предприниматели, если они параллельно не связаны отношениями иной правовой природы, например корпоративными, крайне редко используют возможности, предоставляемые договором комиссии, настолько широко. При всей возможной прочности деловых связей сторон по договору комитент прежде всего настороженно относится к широким полномочиям комиссионера по определению условий заключаемых сделок в совокупности с законодательным ограничением ответственности комиссионера за их неисполнение третьими лицами. В свою очередь, комитент опасается возможности потерять своих контрагентов по сделкам, заключаемым им за счет комитента, так как комитент, узнав о них из отчета комиссионера, может по прекращении договора комиссии предложить им более выгодные условия по цене покупаемых и продаваемых товаров за счет средств, подлежавших уплате комитенту.

Возмездность договора комиссии выражается в том, что комитент обязан уплатить комиссионеру вознаграждение, а в случае, когда комиссионер принял на себя делькредере, т.е. ручательство за исполнение сделки третьим лицом, также и дополнительное вознаграждение в размере и порядке, установленных в договоре комиссии. Размер вознаграждения комиссионера не является существенным условием договора комиссии. Положениями ч. 2 п. 1 ст. 991 ГК предусмотрено, что, если договором размер вознаграждения или порядок его уплаты не предусмотрен и размер вознаграждения не может быть определен исходя из условий договора, вознаграждение уплачивается после исполнения договора комиссии в размере, определяемом в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК, т.е. по цене, которая при сравнимых обстоятельствах взимается за аналогичные услуги. Вместе с тем, поскольку отмеченные положения касаются только комиссионного вознаграждения комиссионера, условия договора комиссии о размере и порядке уплаты дополнительного вознаграждения, причитающегося комиссионеру за принятое на себя делькредере, являются существенными и подлежат обязательному согласованию сторонами.

Исполнение комиссионером договора комиссии во многом зависит от действий самого комитента, в том числе по передаче комиссионеру товаров надлежащего количества и качества либо предоставления ему права распоряжения своим имуществом, не находящимся у комиссионера, в соответствии с комиссионным поручением. В большинстве случаев невыполнение комитентом этих действий влечет для комиссионера фактическую невозможность исполнения поручения комитента. Тем не менее, руководствуясь заключенным договором комиссии, комиссионер уже заранее мог понести необходимые расходы, связанные с исполнением предстоящего поручения. В этих, а также в иных случаях, когда договор комиссии не был исполнен по причинам, зависящим от комитента, комиссионер сохраняет право как на комиссионное вознаграждение, так и на возмещение понесенных расходов.

Расходами комиссионера являются денежные суммы, израсходованные им на исполнение комиссионного поручения. Эти расходы должны быть объективно необходимыми и экономически оправданными. Они могут состоять из затрат, понесенных комиссионером на обработку товаров комитента при их приемке и отгрузке, транспортировку, в определенных случаях - на страхование и т.п. Такие расходы комитент обязан возместить комиссионеру помимо уплаты ему комиссионного вознаграждения, а в соответствующих случаях и дополнительного вознаграждения. Из указанных расходов по общему правилу исключаются расходы комиссионера на хранение находящегося у него имущества комитента, и эти расходы комиссионер должен покрывать за счет причитающегося ему вознаграждения. Однако законом или договором комиссии может быть установлена обязанность комитента по возмещению и этих расходов комиссионера. Например, если количество или качество товаров комитента, передаваемых комиссионеру, требуют соответствующих складских площадей или температурного режима хранения, которые не могут быть обеспечены самим комиссионером, возмещение расходов комиссионера по заключенному им договору хранения является целесообразным. Если заключение такого договора комиссионера не входит в предмет комиссионного поручения, то его заключение не требует комиссионного вознаграждения. Кроме того, поскольку хранение товаров комитента на складе третьего лица будет осуществляться за счет последнего, а комиссионер практически не понесет собственных расходов на это хранение, размер комиссионного вознаграждения подлежит соответствующей корректировке в сторону уменьшения при его согласовании сторонами договора комиссии.

Комиссионное вознаграждение, как и расходы комиссионера, входит в состав денежных сумм, которые причитаются комиссионеру по договору комиссии и которые комиссионер вправе в соответствии со ст. 410 ГК удержать путем зачета встречного однородного требования из всех денежных сумм, поступивших к нему за счет комитента. Кроме того, комиссионер в обеспечение

своих требований по договору комиссии вправе в соответствии со ст. 359 ГК удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче комитенту либо лицу, указанному комитентом. Однако при объявлении комитента несостоятельным (банкротом) право комиссионера на удержание вещей комитента прекращается. В этом случае его требования к комитенту в пределах стоимости вещей, которые он удерживал, удовлетворяются наравне с требованиями, обеспеченными залогом, в соответствии со ст. 360 ГК, т.е. в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом. Что же касается денежных сумм, которые были удержаны комиссионером путем зачета встречного однородного требования, то в случае объявления комитента несостоятельным кредиторы комитента, пользующиеся в отношении очередности удовлетворения их требований преимуществом перед залогодержателями, не лишаются права на удовлетворение этих требований из удержанных комиссионером сумм.

По исполнении комиссионного поручения комитент обязан принять от комиссионера все исполненное по договору комиссии. В зависимости от характера поручения это могут быть вещи (товары), денежные средства, иное имущество, а также права и обязанности, вытекающие из заключенных комиссионером сделок. При принятии имущества, приобретенного для него комиссионером, комитент обязан его осмотреть и без промедления известить комиссионера об обнаруженных в этом имуществе недостатках. Такое извещение, сопровождаемое необходимыми доказательствами обнаруженных недостатков, необходимо для своевременного предъявления комиссионером претензии или иска к соответствующему третьему лицу. В дальнейшем комитент вправе потребовать от комиссионера передачи ему прав требования из совершенной комиссионером сделки, влекущей соответствующую замену истца или заявителя претензии.

Комитент обязан освободить комиссионера от обязательств, принятых им на себя перед третьим лицом по исполнению комиссионного поручения. Так, если в предмет комиссионного поручения входило лишь заключение соответствующей сделки без ее исполнения комиссионером, то комитент должен принять все меры к переводу на себя долга комиссионера, а если перевод долга оказался неосуществимым, то к моменту наступления срока исполнения комиссионером соответствующего обязательства самостоятельно его исполнить в отношении третьего лица, являющегося кредитором по заключенной сделке, которое согласно п. 1 ст. 313 ГК обязано принять исполнение от комитента.

Такая же обязанность возникает у комитента, если по исполнении комиссионером сделки за счет имущества комитента третьим лицом будут предъявлены к комиссионеру претензии относительно этого имущества согласно условиям заключенной сделки даже в том случае, если комиссионные отношения к тому времени уже прекратились. Комитент заинтересован в переводе на себя обязательств такой сделки не меньше, чем комиссионер. Целью комитента является самостоятельное урегулирование претензионных требований третьих лиц. Все платежи, включая суммы штрафных санкций, произведенные комиссионером третьим лицам в результате удовлетворения заявленных претензий, относятся на его счет, причем возмещение требований комиссионера к комитенту по этим выплатам обеспечивается правом комиссионера на удержание вещей комитента и возможностью зачета встречных денежных обязательств. Кроме того, комиссионер может и не быть достаточно компетентным относительно свойств имущества комитента, переданного третьему лицу по сделке, и вследствие добросовестного заблуждения удовлетворить необоснованно завышенные третьим лицом претензионные требования. Совершив перевод долга на себя, комитент в соответствии со ст. 392 ГК будет вправе выдвигать против требований третьего лица возражения, основанные на отношениях этого лица и комиссионера, возникших из заключенной ими сделки. Поэтому во избежание последующих споров с комитентом относительно размера или характера произведенного комиссионером удовлетворения заявленных к нему претензий комиссионеру при заключении сделок за счет находящегося у него имущества комитента следует заранее заручиться согласием третьих лиц на перевод любых возникших у него из сделки обязательств, кроме передачи этого имущества, непосредственно комитенту, прямо указав об этом в заключаемой сделке. Необходимость получения такого согласия может быть предусмотрена комиссионным поручением или следовать из указаний комитента. Если же по различным причинам третьи лица не дали согласие на перевод комитенту долга комиссионера и это не противоречит условиям выполнения комиссионного поручения, комиссионеру следует требовать от комитента прямых указаний относительно размера и способа удовлетворения заявленных к нему претензионных или исковых требований.

5. Прекращение договора. Помимо общих оснований прекращения обязательств, предусмотренных гл. 26 ГК, являющихся также основанием прекращения договора, ст. 1002 ГК предусмотрены отдельные основания для прекращения договора комиссии. Так, несмотря на то что по общему правилу обязательства комиссионера не носят личного характера, договор комиссии прекращается вследствие смерти комиссионера, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим. В этом случае находившееся у комиссионера имущество комитента подлежит передаче последнему наследниками или опекуном

комиссионера. Если комиссионером является индивидуальный предприниматель, основанием прекращения договора комиссии является также признание его несостоятельным (банкротом). При этом его права и обязанности по сделкам, заключенным им для комитента во исполнение указаний последнего, переходят к комитенту на основании закона и никаких дополнительных соглашений для такого перехода не требуется. Если же банкротом объявлен комиссионер - юридическое лицо либо комитент - как индивидуальный предприниматель, так и юридическое лицо, то действие договора комиссии на этом основании не прекращается.

Особые правовые последствия наступают для сторон договора комиссии, прекращаемого вследствие отказа комитента или комиссионера от его исполнения. Комитент вправе в любое время отказаться от исполнения договора комиссии, отменив данное комиссионеру поручение. Однако, в отличие от договора поручения, если досрочное прекращение договора в связи отменой комиссионного поручения повлекло возникновение у комиссионера убытков, комиссионер вправе требовать от комитента их возмещения во всех случаях.

Если комитент намерен отменить поручение по договору комиссии, который заключен без указания срока его действия, то ему надлежит уведомить комиссионера о прекращении договора не позднее чем за 30 дней, если более продолжительный срок уведомления не предусмотрен договором. В этом случае в обязанности комитента входят уплата комиссионеру вознаграждения за сделки, совершенные им до прекращения договора, а также возмещение комиссионеру понесенных им до расторжения договора расходов. Несоблюдение же комитентом срока уведомления комиссионера дополнительно влечет для него те же правовые последствия, что и при досрочном расторжении договора комиссии.

В любом случае при отмене поручения комитент обязан распорядиться своим имуществом, находящимся в ведении комиссионера. Соответствующие распоряжения комиссионеру он должен сделать в установленный договором срок, а если такой срок договором комиссии установлен не был, то незамедлительно при отмене поручения. Отсутствие своевременного распоряжения со стороны комитента принадлежащим ему имуществом предоставляет комиссионеру право, не дожидаясь указаний комитента, сдать это имущество на хранение за счет комитента либо продать его по возможно более выгодной для комитента цене с зачетом своих денежных требований к комитенту из вырученной от такой продажи суммы.

Договор комиссии подлежит прекращению и при отказе комиссионера от исполнения комиссионного поручения. Такой отказ допускается только в случаях, прямо указанных в законе или договоре. По общему правилу комиссионер не вправе отказаться от исполнения договора комиссии, если такое право ему не предоставлено условиями заключенного договора комиссии. Однако, если договор заключен без указания срока его действия, комиссионер вправе отказаться от его исполнения. В этом случае, так же как и в случаях, когда право комиссионера на односторонний отказ от исполнения комиссионного поручения предусмотрено договором, комиссионер несет обязанность, симметричную обязанности комитента при прекращении договора по инициативе последнего, уведомить комитента о прекращении договора не позднее чем за 30 дней, если более продолжительный срок для такого уведомления не был предусмотрен договором. Отказываясь от исполнения договора, комиссионер обязан принять меры, необходимые для обеспечения сохранности находящегося в его ведении имущества комитента. При правомерном отказе комиссионера от исполнения комиссионного поручения комитент должен распорядиться своим имуществом, находящимся у комиссионера, в течение 15 дней со дня получения уведомления об отказе комиссионера исполнить поручение, если договором комиссии не установлен иной, как более, так и менее, продолжительный срок. Неисполнение комитентом этой обязанности влечет возникновение у комиссионера тех же прав, что и при несвоевременном распоряжении комитентом своим имуществом в случае прекращения договора комиссии по инициативе комитента.

По общему правилу комиссионер, отказавшийся от исполнения поручения, сохраняет право на комиссионное вознаграждение за сделки, совершенные им до прекращения договора, а также на возмещение понесенных до этого момента расходов. Однако в договоре комиссии, кроме случаев, когда договор заключен на неопределенный срок, может быть предусмотрено лишение комиссионера этого права, даже если возможность такого отказа предусмотрена в самом договоре. Лишение комиссионера права на комиссионное вознаграждение и возмещение понесенных им расходов также может быть установлено договором на случай неправомерного отказа комиссионера от исполнения комиссионного поручения наряду с возмещением комитенту убытков, причиненных таким отказом, или уплатой иных предусмотренных договором штрафных санкций.

В коммерческом обороте весьма распространены случаи заключения смешанного договора, в основе которых прежде всего лежат комиссионные отношения. Примером такого договора может служить договор консигнации, в котором основные отношения по исполнению консигнатором комиссионного поручения консигнанта частично дополняются отношениями, содержащими элементы договоров купли-продажи, коммерческого кредита, хранения, перевозки и др. Вместе с

тем, регулируя отношения, возникающие в результате заключения договора комиссии, Гражданский кодекс прямо указывает, что законом и иными правовыми актами могут быть предусмотрены особенности отдельных видов договора комиссии. Одним из таких актов являются Правила комиссионной торговли непродовольственными товарами <1>. Они подлежат применению, если комиссионером являются организация независимо от ее организационно-правовой формы, включая коммерческие организации, а также индивидуальный предприниматель, принимающие товары на комиссию и реализующие эти товары по договору розничной купли-продажи, причем в отношениях с этим комиссионером как комитентом, так и третьим лицом (покупателем) выступают граждане. Особенности такого вида договора комиссии заключаются, в частности, в способе оформления договорных отношений, дополнительных существенных условиях договора, ином регулировании порядка расчетов и предъявления претензий комитента к комиссионеру. Соответствующими законами и иными правовыми актами установлены особенности договора комиссии, в которых комиссионером выступают, в частности, биржевые посредники и осуществляющие брокерскую деятельность профессиональные участники рынка ценных бумаг, выполняющие поручение комитента за его счет, но от своего имени.

<1> Правила комиссионной торговли непродовольственными товарами, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 6 июня 1998 г. N 569 // СЗ РФ. 1998. N 24. Ст. 2733.

§ 3. Агентский договор

1. Понятие договора. Из рассматриваемых в настоящей главе договоров о посредничестве агентский договор предоставляет сторонам наиболее широкий вариант выбора способа регулирования своих отношений, возникающих при представительстве. Поэтому агентский договор находит свое применение прежде всего в предпринимательских отношениях. В зависимости от выбранного способа регулирования отношений по агентскому договору в ходе его исполнения для сторон возникают совершенно разные правовые последствия. В этом смысле агентский договор является наиболее сложным, несмотря на всего лишь семь статей, посвященных агентированию и содержащихся в гл. 52 ГК.

По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. Если согласно условиям договора агент действует от своего имени и за счет принципала, то по сделке, совершенной агентом с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. Если же агент действует от имени принципала и за его счет, то по сделке, совершенной агентом с третьим лицом, права и обязанности возникают непосредственно у принципала.

Как следует из приведенного определения, в зависимости от конкретной цели агентского договора, проявляющейся в том, действует ли представитель от своего имени, основные отношения сторон в таком договоре могут строиться как при прямом, так и при косвенном представительстве, опосредуемые соответственно договорами поручения и комиссии. В силу этого ст. 1011 ГК устанавливает прямое применение к агентским отношениям правил о договорах поручения или комиссии исходя из того, действует агент по условиям заключенного договора от имени принципала или от своего имени, т.е. положений, предусмотренных гл. гл. 49 и 10 либо гл. 51 ГК, если эти правила не противоречат положениям ГК об агентировании или существу агентского договора.

Агентский договор является двусторонним, консенсуальным, возмездным. Так же как и договоры поручения и комиссии, агентский договор может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия. Для юридического лица и индивидуального предпринимателя как стороны агентского договора действует общее правило об обязательной письменной форме, в которой должен быть заключен этот договор.

2. Существенные условия. Основная цель агентского договора полностью совпадает с целью договоров поручения и комиссии. Вместе с тем в отличие от договоров комиссии и поручения предмет агентского договора значительно шире, так как не ограничивается совершением представителем сделок или иных юридических действий для представляемого. По агентскому договору агент также совершает иные действия, не носящие юридического характера и направленные на достижение основной цели договора. Совершение этих действий представителем одновременно с совершением для представляемого юридических действий по заключенному договору является необходимым признаком для квалификации этого договора как агентского. Если помимо действий юридического характера совершение фактических действий договором не предусмотрено, к такому договору не могут применяться положения гл. 52 ГК об агентировании.

Как правило, не носящие юридического характера действия агента заключаются в предоставлении принципалу соответствующих услуг, необходимых для эффективного выполнения агентом для принципала предусмотренных договором юридических действий или способствующих их совершению. Это могут быть различного рода консультационные или информационные услуги, услуги по подготовке определенной документации и т.п., параллельно оказываемые агентом принципалу. Основываясь на результатах оказанных агентом услуг, принципал корректирует данное агенту основное поручение путем выдачи ему соответствующих указаний. В соответствии с п. 2 ст. 779 ГК в части предоставления агентом этих услуг к его отношениям с принципалом применяются положения гл. 39 ГК о возмездном оказании услуг. В том числе, если иное прямо не предусмотрено агентским договором, применению подлежат и правила ст. 780 ГК, предусматривающие для агента личный характер исполнения обязательств по оказанию услуг, даже если агентский договор построен по модели договора комиссии. Кроме того, в соответствии со ст. 783 ГК в определенных случаях к агентскому договору в части оказания им принципалу дополнительных услуг могут применяться общие положения ГК о подряде. Не являющиеся юридическими действия агента могут представлять собой выполнение для принципала и за его счет определенных работ. Расходы, произведенные агентом на выполнение этих работ, подлежат возмещению принципалом наряду с уплатой агентского вознаграждения.

3. Права и обязанности сторон. Специфика агентского договора заключается в том, что обе стороны заинтересованы в долгосрочном, стабильном и взаимовыгодном развитии их отношений, возникающих на основе агентирования. В этой связи ст. 1007 ГК принципалу и агенту предоставлена возможность взаимно ограничить свои права соответствующими условиями агентского договора. Так, агентским договором может быть предусмотрено обязательство принципала не заключать аналогичные агентские договоры с другими агентами, действующими на определенной в договоре территории, либо воздерживаться от осуществления на этой территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет агентского договора. С другой стороны, договором может быть предусмотрено обязательство агента не заключать с другими принципалами аналогичные агентские договоры, которые должны исполняться на территории, полностью или частично совпадающей с территорией, указанной в договоре. Устанавливая такое взаимное ограничение своих прав, принципал получает определенные гарантии деятельности агента на соответствующей территории исключительно в его интересах, а агент обеспечивает себе на этой территории статус эксклюзивного посредника между принципалом и третьими лицами. Вместе с тем устанавливаемые агентским договором ограничения не должны носить дискриминационный характер применительно к третьим лицам, в отношении которых агент совершает юридические действия. В частности, п. 3 ст. 1007 ГК прямо указано, что условия агентского договора, в силу которых агент вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения или место жительства на определенной в договоре территории, являются ничтожными.

Положения гл. 52 ГК об агентировании имеют преимущество над соответствующими положениями глав ГК о договорах поручения и комиссии. Так, п. 2 ст. 1005 ГК установлено, что в случаях, когда в агентском договоре, заключенном в письменной форме, предусмотрены общие полномочия агента на совершение сделок от имени принципала, последний в отношениях с третьими лицами не вправе ссылаться на отсутствие у агента надлежащих полномочий, если не докажет, что третье лицо знало или должно было знать об ограничении полномочий агента. Для совершения агентом от имени принципала различных действий юридического характера, признаваемых сделками, достаточно лишь указания на его общие полномочия действовать от имени принципала. Таким образом, полномочия агента на заключение сделок от имени принципала действительны для третьих лиц уже в силу самого указания об этом в агентском договоре, и выдачи принципалом агенту соответствующей доверенности не требуется, даже если агент не выполняет функции коммерческого представителя. Причем для действительности полномочий агента на представительство принципала перед третьими лицами нет необходимости детально описывать их в договоре, как это требуется по договору поручения, заключаемому с коммерческим представителем, в агентском договоре достаточно лишь общего указания на эти полномочия.

Однако выдача принципалом агенту доверенности обязательна, когда согласно условиям агентского договора он вправе передать свои полномочия на заключение сделок от имени принципала другому лицу. Без выдачи принципалом агенту соответствующей доверенности такое право агента не может быть реализовано. Лицо, принявшее на себя переданные ему агентом полномочия, может исполнять их только на основе передоверия, которое, в свою очередь, согласно положениям ст. 187 ГК возможно только при наличии у агента основной доверенности, выданной принципалом. При этом порядок и последствия такого передоверия определяются по правилам, предусмотренным для договора поручения ст. 976 ГК.

Возможность передачи агентом полного или частичного исполнения обязательств, принятых им по агентскому договору, другому лицу по общему правилу допускается путем заключения агентом с этим лицом субагентского договора. Статьей 1009 ГК установлено, что, если иное не предусмотрено агентским договором, агент вправе в целях исполнения договора заключить субагентский договор с другим лицом, оставаясь ответственным за действия субагента перед принципалом. При этом в заключаемом агентом с принципалом агентском договоре может быть предусмотрена обязанность агента заключить субагентский договор с указанием или без указания конкретных условий этого субагентского договора. Вместе с тем условия агентского договора могут запрещать агенту устанавливать с третьими лицами субагентские отношения. Если по заключенному агентскому договору агент обязан обеспечить совершение определенных сделок для принципала от своего имени, то вследствие применения к заключенному субагентскому договору правил о комиссии в отношении субагента агент приобретает права и обязанности комитента. Возможность агента передать субагенту исполнение возмездных услуг фактического характера должна быть прямо предусмотрена агентским договором.

Агентский договор всегда возмездный уже потому, что наряду с совершением юридических действий агент осуществляет для принципала возмездное оказание услуг. Принципал обязан уплатить агенту вознаграждение в размере и порядке, которые установлены в агентском договоре. Как правило, размер агентского вознаграждения складывается из цены исполнения агентом возложенного на него поручения, а также из цены параллельно оказываемых им принципалу возмездных услуг. Если размер этого вознаграждения договором не предусмотрен и он не может быть определен исходя из условий договора, то исполнение агентом его обязанностей по договору должно быть оплачено принципалом по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за исполнение аналогичных действий, включая фактические услуги агента. При этом если порядок уплаты агентского вознаграждения также не установлен договором, принципал обязан уплачивать вознаграждение в течение недели с момента представления ему агентом отчета за прошедший период, если из существа договора или обычаев делового оборота не вытекает иной порядок уплаты вознаграждения.

Исполнение агентом для принципала действий юридического характера обусловливает его обязанность представлять принципалу отчеты о ходе исполнения данного ему поручения. Вместе с тем, исходя из специфики предмета агентского договора, отчеты агента должны содержать также все необходимые сведения о соответствующих возмездных услугах, оказанных им принципалу. Агентский договор заключается, как правило, на длительный срок, поэтому его стороны считают необходимым установить периодическую отчетность агента. Порядок и сроки представления агентом отчетов определяются в агентском договоре. В противном случае агент имеет право представлять отчеты либо по мере исполнения им агентского договора, либо по окончании срока действия договора. По общему правилу к каждому отчету агента должны прилагаться необходимые доказательства расходов, которые были произведены агентом за счет принципала в соответствующем периоде. Агент может быть освобожден от необходимости представления принципалу этих доказательств одновременно с текущим или окончательным отчетом. Однако это не означает бесспорность указанных агентом сумм таких расходов при наличии у принципала возражений по представленному отчету. Принципал, имеющий возражения по отчету агента, должен сообщить о них агенту в установленный договором срок, а если такой срок договором не установлен - в течение 30 дней со дня получения отчета агента. Если в течение соответствующего срока агент не будет уведомлен об имеющихся возражениях, то представленный отчет будет считаться принятым принципалом независимо от указанных в нем сумм.

4. Прекращение договора. В отличие от договоров поручения и комиссии досрочное прекращение агентского договора по инициативе какой-либо из сторон не допускается. Агентский договор может быть прекращен вследствие отказа одной из сторон от его исполнения только в случае, если договор заключен без определения срока окончания его действия. В зависимости от модели построения агентского договора при его прекращении по данному основанию для сторон наступают правовые последствия, предусмотренные гл. 49 ГК или гл. 51 ГК на случай прекращения по этому же основанию заключенных на неопределенный срок договоров поручения или комиссии соответственно.

Вне зависимости от согласованного сторонами срока действия агентского договора он считается прекращенным вследствие смерти агента, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим, а также признания индивидуального предпринимателя, являющегося агентом, несостоятельным и банкротом. Положения гл. гл. 49 и 51 ГК, предусматривающие иные специальные основания для прекращения договоров поручения и комиссии, к прекращению агентского договора не применяются.

Законодательством предусматриваются особенности отдельных видов агентского договора. В частности, Кодексом торгового мореплавания Российской Федерации <1> предусмотрены особенности прав и обязанностей сторон по договору морского агентирования, по которому принципалом может выступать только судовладелец. Согласно ст. 8 Закона РФ "Об организации

страхового дела в Российской Федерации" <2> страховой агент не вправе действовать от своего имени, он действует только от имени принципала, которым является страховщик. В отличие от договоров поручения и комиссии особенности отдельных видов агентского договора могут быть установлены только федеральным законом.

<1> Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. N 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207.

<2> Закон РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. N 2. Ст. 56.

Глава 14. ДОГОВОР КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ

§ 1. Понятие и значение договора

§ 1. Понятие и значение договора Договору коммерческой концессии посвящена гл. 54 ГК РФ. Он относится к группе договорных институтов, впервые легализованных и кодифицированных Гражданским кодексом, появление которых было обусловлено потребностями правового обслуживания новых экономических отношений. Термин "коммерческая концессия" достаточно условен, он был избран разработчиками части второй ГК как наиболее близкий по смыслу к английскому "franchising" - широко распространенному в западном законодательстве понятию "франчайзинг" (или "франшиза"), обозначающему определенную систему коммерческих отношений на постоянной договорной основе в самых разных областях экономического оборота. Одно из основных условий таких договоров - предоставление франчайзером франшизору разрешения на использование исключительных прав.

Опыт применения этого нового для российского рынка типа договорных связей показал: чтобы успешно их развивать, необходимо существенно скорректировать правовое регулирование договора коммерческой концессии и прежде всего отдельные положения гл. 54 ГК РФ. В связи с чем при принятии части четвертой ГК РФ, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, в гл. 54 ГК были внесены соответствующие изменения (см. п. п. 4 - 11 ст. 25 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации") <1>. Они вступили в силу 1 января 2008 г.

<1> Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ.

Развитию в России хозяйственных связей с использованием модели коммерческой концессии проложили дорогу такие известные мировому рынку зарубежные фирмы, как "Макдоналдс", "Пицца-хат", "Баскин Роббинс". По этой системе работают сегодня сеть ресторанов "Гриль-мастер", предприятия "Крошка-картошка", в бизнесе, обслуживающем спорт, - "Мастер-Файберс" (резиновые покрытия для спортивных площадок), в нефтяном бизнесе - системы бензоколонок, в частности "Лукойл", и др.

Особенности договора коммерческой концессии определяются его предметом, включающим обязательство одной стороны (правообладателя) предоставить другой стороне (пользователю) право использовать комплекс исключительных прав.

Элементы лицензионных отношений, присущие коммерческой концессии, дали основание рассматривать этот договор как разновидность лицензионного договора <1>. Действительно, в его предмет входит разрешение (лицензия) на использование исключительных прав. Как и любой лицензионный договор, он служит правовым основанием для их введения в экономический оборот. Вместе с тем договор коммерческой концессии обладает рядом характерных правовых особенностей, выделяющих его в самостоятельный договорный институт.

<1> См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 139; Дозорцев В.А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья // Права на результаты интеллектуальной деятельности. М., 1994. С. 44; Авилов Г.Е. Гражданское право: Учебник. Ч. 2. Обязательственное право. М., 1998. С. 578.

Объект этих договорных отношений выходит за рамки традиционных лицензионных договоров, поскольку включает не только исключительные права, но и технологические стандарты, по которым осуществляется сама хозяйственная деятельность (производство товаров, продажа, оказание услуг). В свою очередь, обязанность пользователя соблюдать технологические стандарты правообладателя предполагает тесную связь между сторонами договора, реальную необходимость контроля со стороны правообладателя за качеством производимой пользователем

продукции и оказываемых услуг. Очевидно, что такой характер отношений дал основание законодателю установить субсидиарную, а в ряде случаев и солидарную, ответственность правообладателя перед потребителем за качество продукции, выпускаемой пользователем, или предоставляемых им услуг.

Договор коммерческой концессии заключается с целью создать новые хозяйственные комплексы (магазины, рестораны, гостиницы и т.п.), расширить сеть рынков сбыта товаров и услуг на базе апробированной системы ведения дела правообладателем с использованием его опыта и известности в сфере этой деятельности <1>.

<1> О многообразии сфер применения договоров коммерческой концессии ("франчайзинга") достаточно полное представление дает классификация этих договоров, предложенная Г.Е. Авиловым, который выделяет четыре основные разновидности:

"1) сбытовой франчайзинг (используется производителем товаров для построения единой разветвленной сбытовой сети, функционирование которой находится под его контролем);

2) торговый франчайзинг (торгующая организация открывает сеть своих магазинов, которые юридически не являются ее структурными подразделениями, филиалами или дочерними предприятиями);

3) франчайзинг в сфере обслуживания (типичными примерами этого вида франчайзинга, близкого к торговому франчайзингу, являются сети фирменных отелей, ресторанов или авторемонтных мастерских);

4) производственный франчайзинг (используется изготовителем для расширения производства своих товаров и их продвижения на новые рынки)" (Авилов Г.Е. Коммерческая концессия // Гражданский кодекс России. Часть вторая. Текст проекта. Комментарии, проблемы. М., 1995. С. 354).

Тем самым расширяется рынок сбыта товаров и услуг под хорошо известным потребителю ("раскрученным", как теперь говорят) брендом. Одновременно значительно снижается хозяйственный риск пользователя, осваивающего под известными символами новую для него продукцию. Традиционный же лицензионный договор заключается главным образом с целью использования лицензиатом отдельного объекта интеллектуальной собственности, принадлежащего лицензиару, что не требует постоянного тесного сотрудничества сторон, присущего рассматриваемым договорным отношениям.

Е.А. Суханов отмечает в связи с этим, что в договоре коммерческой концессии можно обнаружить элементы лицензионного договора, договора об оказании услуг и других договоров. Однако он не относится к числу смешанных договоров в смысле п. 3 ст. 421 ГК и не является разновидностью известных гражданскому праву договоров, на базе которых он развивался <1>. Эта же позиция достаточно убедительно аргументирована В.В. Витрянским. По его мнению, "договор коммерческой концессии, который имеет единый предмет, не может рассматриваться в качестве смешанного договора" <2>.

<1> См.: Суханов Е.А. Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом I. М.: БЕК, 2000. С. 626.

<2> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 991.

Исходя из системы классификации договоров в Гражданском кодексе следует признать, что договор коммерческой концессии отнесен к числу самостоятельных договорных типов. Об этом свидетельствует и то, что он включен в число поименованных гражданско-правовых договоров наряду с лицензионными договорами, которые содержатся в разд. VII ГК РФ. Правила о лицензионных договорах могут субсидиарно применяться к договору коммерческой концессии, если в этом возникает необходимость и если это не противоречит положениям правил гл. 54 и существу договора коммерческой концессии.

Договор коммерческой концессии рассчитан на обслуживание сферы предпринимательской деятельности. Согласно п. 3 ст. 1027 ГК его участниками могут быть коммерческие организации и граждане, получившие право на индивидуальное предпринимательство.

Договор коммерческой концессии является консенсуальным, возмездным, двусторонним. Он заключается на определенный срок или без указания срока.

По договору коммерческой концессии одна сторона - правообладатель обязуется предоставить другой стороне - пользователю право использовать комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, а другая сторона обязуется использовать полученные права в своей предпринимательской деятельности в обусловленном договором объеме и выплачивать вознаграждение (ст. 1027 ГК).

§ 2. Предмет договора коммерческой концессии

Новеллизация правового регулирования рассматриваемых договорных отношений затронула прежде всего сам предмет договора, что, конечно, потребовало внесения соответствующих изменений и в другие договорные условия. Согласно ранее действовавшей редакции к комплексу передаваемых по договору исключительных прав в качестве обязательных его составляющих были отнесены: право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение, а также на охраняемую коммерческую информацию. Предусматривалось также, что "договор может охватывать и другие объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д.".

В части четвертой ГК РФ установлено, что юридическое лицо, обладатель фирменного наименования, вправе сам использовать наименование в качестве средства индивидуализации любым не противоречащим закону способом (в частности, указав его на вывесках, бланках, на товаре и упаковке, в рекламе). Но распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на фирменное наименование (в том числе путем его отчуждения или предоставления другому лицу права использования) обладатель фирменного наименования не может (ст. 1474). Отменяются нормы первой (п. 2 ст. 132) и второй частей ГК РФ, допускавшие такое распоряжение. Во второй части это изменение затрагивает предмет договора коммерческой концессии. Из него исключается фирменное наименование.

Согласно новой редакции ст. 1027 ГК РФ обязательным условием договора становится предоставление права использовать комплекс исключительных прав, включающий права на товарный знак (и (или) знак обслуживания), коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). Как и в прежней редакции, этот перечень является открытым. Стороны могут включить в договор и другие объекты исключительных прав. Соответственно - изобретения, промышленные образцы, программы ЭВМ.

Следует отметить, что в сложившейся практике и ранее было типичным для этого договора включение в предмет договора предоставления права на товарный знак (знак обслуживания) для товаров, которые будет выпускать (продавать) пользователь, или для оказываемых им услуг. Хотя договор мог охватывать и другие объекты интеллектуальной собственности, например изобретения, промышленные образцы (охраняемую внешнюю форму изделия) или программу для ЭВМ.

В частности, первый договор коммерческой концессии, зарегистрированный в российском патентном ведомстве в 1996 г., - между компаниями "Колгейт-Палмолив" США (правообладатель) и АО "Колгейт-Палмолив" РФ (пользователь) - помимо прав на использование фирменного наименования и товарных знаков предусматривал также предоставление прав на использование 35 изобретений и семи промышленных образцов в области производства предметов и средств гигиены. Этот договор действует и сегодня.

Оценивая изменения правового регулирования договора коммерческой концессии, нельзя не отметить, что они продиктованы требованиями рыночного оборота. Концепция, согласно которой в комплекс предоставляемых по договору прав обязательно включалось право на фирменное наименование, не оправдала себя в практике формирования реальных договорных отношений. Можно сказать, это стало определенным тормозом в их развитии, что обусловлено прежде всего правовыми особенностями использования фирменного наименования в коммерческом обороте в качестве средства индивидуализации самого правообладателя, т.е. субъекта, а не объекта гражданских прав.

Очень часто реальным предметом договора не могло быть полное фирменное наименование (оно обязательно включает организационно-правовую форму обладателя наименования), поскольку пользователь, обладающий иной организационно-правовой формой, мог воспринять лишь сокращенное наименование, которое обычно и являлось предметом договора коммерческой концессии. Например, ОАО "Эльдорадо" предоставляет другим организациям системы продаж электробытовой техники право выступать в обороте под "вывеской" Эльдорадо.

Кроме того, исключительное право на фирменное наименование возникает и, соответственно, защищается с момента его внесения в Государственный реестр юридических лиц при государственной регистрации коммерческой организации - обладателя наименования. Вследствие этого при передаче права даже на сокращенное фирменное наименование требовалось зарегистрировать договор в налоговых органах, где зарегистрирован правообладатель, что существенно осложняло процедуру заключения договора. В целях обхода этого условия нередко вместо договора коммерческой концессии заключается лицензионный договор на использование сокращенного фирменного наименования, которое зарегистрировано в качестве товарного знака.

Нельзя не учитывать также сложившуюся ситуацию, при которой возможность участия в договорных отношениях граждан-предпринимателей предполагала, что они должны быть носителями либо фирменного наименования, либо коммерческого обозначения. В то же время, согласно п. 1 ст. 19 ГК, гражданин приобретает и осуществляет свои права и обязанности под

своим именем. Поэтому общая норма, содержащаяся в п. 3 ст. 23 ГК о распространении правил Гражданского кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, на граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, здесь была неприменима.

Что касается коммерческого обозначения, то возможность его реального использования в качестве альтернативы фирменного наименования хотя и предусматривалась ГК, исключалась вследствие отсутствия для этого необходимой правовой базы. Исключительные права гражданина или юридического лица на средства индивидуализации признавались и признаются в случаях и в порядке, установленных законом. Российское законодательство до принятия части четвертой ГК РФ не регулировало охрану коммерческого обозначения (оно упоминалось только в гл. 54 ГК). Не было определено не только само понятие, но и условия защиты прав на коммерческое обозначение, в частности при столкновении с правами на зарегистрированное фирменное наименование или товарный знак.

Анализируя положения Гражданского кодекса о договоре коммерческой концессии, Е.А. Суханов характеризует понятие "коммерческое обозначение" как незарегистрированное, но общеизвестное наименование, используемое в деятельности предпринимателя, которое охраняется без специальной регистрации именно в силу его общеизвестности (ст. 6-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности), например "Мерседес" или "Кока-кола" <1>. Заметим, однако, что упомянутая статья Конвенции относится только к общеизвестным товарным знакам, которые служат средством индивидуализации не предпринимателя (в отличие от фирменного наименования и коммерческого обозначения), а его продукции.

_____

<1> См.: Комментарий части второй ГК РФ для предпринимателей. М., 1996. С. 247.

Учитывая, что передача и использование прав на фирменное наименование или коммерческое обозначение относились к существенным условиями договора коммерческой концессии, практическое участие граждан - индивидуальных предпринимателей в таком договоре (в качестве как правообладателя, так и пользователя) не имело реальных правовых оснований вследствие указанных пробелов в российском законодательстве, а это сужало, конечно, сферу применения договора в экономическом обороте.

Часть четвертая ГК РФ восполняет этот пробел.

Коммерческое обозначение включено в круг средств индивидуализации, которым предоставляется правовая охрана (ст. 1225). Согласно ГК коммерческие обозначения могут использоваться юридическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, и индивидуальными предпринимателями для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий. Коммерческое обозначение не подлежит обязательной государственной регистрации (включению в учредительные документы). Такое обозначение признается охраноспособным, если оно обладает достаточными отличительными признаками и является известным в пределах определенной территории. Охране коммерческих обозначений посвящен § 4 гл. 76. Комментируя этот раздел ГК РФ, Г.Е. Авилов отмечает, что "право на коммерческое обозначение - это своего рода аналог известного в мировой практике "права на вывеску". Такое право возникает в силу самого использования обозначения" <1>.

_____

<1> Эж-Юрист. 2006. N 19. С. 6.

Товарный знак - обозначение, служащее для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг, что позволяет потребителю отличать товары, работы и услуги одних предпринимателей от однородной продукции других. Поэтому обозначения, не обладающие различительной способностью, не могут получить охрану. Субъектами прав на товарный знак могут быть как юридические лица, так и индивидуальные предприниматели. К товарным знакам приравниваются знаки обслуживания, применяемые в сфере услуг гостиницами, прачечными, туристическими бюро и т.п. (см. § 2, разд. VII ГК РФ "Право на товарный знак и знак обслуживания").

Исключительное право на товарный знак удостоверяется свидетельством, которое выдается и регистрируется патентным ведомством на имя владельца знака, юридического или физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность. Срок действия свидетельства - 10 лет с момента поступления в патентное ведомство заявки о регистрации знака и о выдаче свидетельства. Однако практически охрана знака не ограничена во времени. Его владелец может каждые 10 лет возобновлять регистрацию на очередные 10 лет при условии своевременного обращения в патентное ведомство и уплаты установленных пошлин.

Часть четвертая ГК включает секреты производства (ноу-хау) в круг объектов исключительных прав (гл. 75). Утратила силу ст. 139 ГК РФ (п. 12 ст. 17 Вводного закона).

Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Охраняемый секрет производства должен обладать коммерческой ценностью (т.е. способностью быть объектом рыночного оборота) в силу того, что это ноу-хау неизвестно третьим лицам. Обладатель секрета производства должен закрыть свободный доступ к соответствующим сведениям и ввести в отношении таких сведений режим коммерческой тайны (ст. 1465 ГК). Таким образом, понятие секрета производства по своему содержанию охватывает информацию, которая ранее охранялась как "коммерческая информация" в режиме коммерческой тайны в соответствии со ст. 139 ГК РФ и Законом о коммерческой тайне от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ. Существенной новеллой нового регулирования охраны секрета производства является его легальное признание объектом исключительных прав (ст. ст. 1229 и 1466 ГК). Тем самым дан ответ на широко дискутируемый вопрос о правовом режиме охраняемой коммерческой информации и о правомерности использования в этих целях модели исключительных прав (с учетом особенностей, обусловленных необходимостью соблюдения конфиденциальности). Предусмотрены положения о гражданско-правовой ответственности за нарушение исключительного права на секрет производства (ст. 1472). Надо сказать, что в пользу такого решения говорит и международный опыт. В Соглашении о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС), присоединиться к которому готовится Россия (в связи со вступлением во Всемирную торговую организацию), "закрытая информация" (разд. 7) прямо отнесена к категории "интеллектуальная собственность" (п. 2 ст. 1 ч. 1).

Следует остановиться также на тех изменениях, которые внесены в Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" <1>. Закон о коммерческой тайне призван обеспечить решение важной задачи в системе мер по защите прав обладателя секрета производства. Он определяет условия и порядок, которые обеспечивают режим коммерческой тайны, ее конфиденциальность, содержит административно-правовые нормы, регулирующие установление, изменение и прекращение режима коммерческой тайны. Ранее содержавшиеся в Законе о коммерческой тайне нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения, связанные с экономическим оборотом сведений, составляющих коммерческую тайну, отменены. Теперь эти отношения достаточно полно регулируются ГК РФ. Следует отметить, что Закон в прежней его редакции не решал эти задачи. Хотя, по нашему мнению, именно в этих целях и была введена правовая защита коммерческой информации сначала в Основах гражданского законодательства (ст. 151), а затем и в ГК РФ. В Законе не были регламентированы ни договоры о лицензии на использование информации, признанной коммерческой тайной, ни договоры об отчуждении (уступке) прав на такую информацию, хотя это два основных договора, на основании которых правообладатель может реализовать свои правомочия по распоряжению правом на коммерческую информацию.

<1> СЗ РФ. 2004. N 32. Ст. 3283.

Основной акцент в Законе сделан на регламентации административных мер, устанавливающих режим коммерческой тайны. Эти нормы сохранят силу и в новой редакции Закона.

§ 3. Оформление договора коммерческой концессии

Заключая договор коммерческой концессии, его участники должны выполнить все необходимые требования.

Во-первых, для этого договора установлена обязательная письменная форма (ст. 1028 ГК РФ). Во-вторых, договор подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (далее - патентное ведомство). Ранее такая регистрация требовалась не всегда, а лишь в том случае, если по договору предоставлялись права на использование объектов промышленной собственности (товарных знаков, полезных моделей, изобретений), охраняемых соответственно свидетельством или патентом, зарегистрированным в патентном ведомстве.

В Правилах патентного ведомства от 29 апреля 2003 г. N 64 (с изм. от 11 декабря 2003 г.) <1>, устанавливающих порядок регистрации договоров об уступке исключительных прав и предоставлении лицензий на их использование, содержится специальная гл. V - "Особенности регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)". Имеются также специальные приложения N 11 и 12, в которых даны образцы заявлений о регистрации этих договоров и о регистрации изменений, касающихся зарегистрированных договоров.

<1> БНА. 2003. N 36; 2004. N 1.

Договор вносится в этот реестр, а если несколько объектов - то в те реестры, где регистрируется предоставление лицензий на использование соответствующих объектов.

Необходимость данной процедуры оформления рассматриваемых договорных отношений обусловлена особыми правилами гражданского оборота тех исключительных прав, которые возникают и охраняются в силу государственной регистрации (речь идет о товарных знаках, изобретениях, полезных моделях, промышленных образцах).

Реестр лицензионных договоров отражает реальный объем прав обладателя свидетельства или патента, имеющиеся обременения правами других лиц на использование охраняемых объектов, что может затрагивать интересы других участников имущественного оборота.

Несоблюдение письменной формы, так же как и требования о государственной регистрации договора в патентном ведомстве, влечет его недействительность. Договор признается ничтожным, и наступают последствия, предусмотренные ст. 168 ГК РФ.

И еще одно существенное новшество состоит в отмене обязательной государственной регистрации договора коммерческой концессии территориальным органом ФНС России. Необходимость в такой регистрации отпала (что значительно облегчило процедуру заключения договора). Она диктовалась обязательным включением в предмет договора права на использование фирменного наименования, которое вносится в Государственный реестр юридических лиц, где зарегистрирован правообладатель.

§ 4. Права и обязанности сторон

Коммерческая концессия предполагает создание сети однородных предприятий с одинаковыми условиями ведения хозяйственной деятельности. Этому должно способствовать выполнение сторонами установленных п. 1 ст. 1031 и ст. 1032 ГК правил, определяющих их обязанности по договору коммерческой концессии, от которых они не вправе отступить.

На практике к основным обязанностям пользователя обычно относят: соблюдение графика развития концессии, уплату предусмотренных договором платежей, обеспечение условий для осуществления правообладателем контроля за деятельностью пользователя, а также неразглашение предоставленной ему правообладателем конфиденциальной коммерческой информации, в частности содержания методик по управлению бизнесом и других инструктивных материалов о системах и методах ведения дела, переданных правообладателем пользователю. Нарушение этой обязанности может нанести весьма серьезный ущерб правообладателю, так как сохранение информации в тайне служит необходимой предпосылкой ее коммерческой ценности и условием защиты прав ее обладателя.

Во избежание утечки такой информации пользователь, как правило, обязуется заключить соглашение со своими работниками (обычно по форме, согласованной с правообладателем) о неразглашении сведений, отнесенных сторонами к секретам производства (ноу-хау), к которым имеют доступ эти работники. Условия о неразглашении работником соответствующей информации могут быть включены в трудовой договор (ст. 57 Трудового кодекса). Обязанность работника сохранять конфиденциальность полученных сведений сохраняется до прекращения действия исключительного права на секрет производства (п. 2 ст. 1470).

Пользователь обязан реализовать в полном объеме полученные права. Он должен осуществлять предусмотренную договором хозяйственную деятельность в обусловленном масштабе и на обусловленном качественном уровне, полностью соответствующем качеству товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем, включая требования эстетики, комфортности и т.п. В рамках этой деятельности он обязан использовать коммерческое обозначение, товарный знак (знак обслуживания) правообладателя на ярлыках товаров, в документации, рекламных материалах, на вывесках и другим обусловленным в договоре образом.

Однако пользователь во избежание нарушения правил о защите конкурентного рынка должен информировать потребителя о том, что торговля товаром или иная деятельность осуществляется им по договору коммерческой концессии.

Следует также отметить, что ранее ГК предусматривал обязанность правообладателя "выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке" (абз. 3 п. 1 ст. 1031). Данная норма была излишней: по сути она дублировала обязанность правообладателя зарегистрировать договор в патентном ведомстве. Теперь она отменена.

Договор коммерческой концессии является возмездным договором, пользователь обязан выплатить правообладателю вознаграждение за пользование предоставленным ему комплексом исключительных прав. Применяются различные формы вознаграждения: фиксированные единовременные или периодические платежи, процент отчислений от выручки, наценка на оптовую цену товара и др.

Наиболее распространенной формой оплаты является сочетание фиксированной суммы (так называемого вступительного взноса), которая выплачивается сразу после заключения договора, с выплатой периодических (чаще всего годовых) платежей (так называемых роялти) в виде отчислений в определенном проценте от суммы оборота (товаров, услуг, работ).

Вступительный взнос вносится в качестве платы за присоединение к фирменной сети правообладателя (так называемой входной платы), которая выплачивается сразу же после заключения договора, но может выплачиваться и частями: 25% при подписании договора, 25% по завершении обучения персонала пользователя, 25% после открытия первого предприятия и т.д. Она предназначена для покрытия расходов правообладателя, связанных с организацией бизнеса пользователя. Последующие периодические платежи, как правило, определяются в виде отчислений в проценте ("роялти") от суммы оборота (товаров, услуг, работ). Практикуется также оплата по твердой шкале в виде фиксированной суммы, выплачиваемой в предусмотренные договором сроки (еженедельно, ежемесячно). Кроме того, за предоставленные субконцессии пользователь обычно выплачивает правообладателю определенный процент от оборота вторичного пользователя (см. § 5 Коммерческая субконцессия).

Встречные обязанности правообладателя направлены прежде всего на обеспечение пользователю фактических и юридических условий, необходимых ему для реализации полученных по договору прав в рамках осуществления его хозяйственной деятельности.

Правообладатель должен передать пользователю техническую, бухгалтерскую и иную документацию, содержащую обусловленную в договоре коммерческую информацию. Он обязан также ознакомить пользователя и его персонал с требованиями, предъявляемыми к условиям осуществления предоставленных пользователю прав, в частности к обеспечению конфиденциальности полученной им коммерческой информации, провести специальный инструктаж по всем этим вопросам.

Переданные по договору коммерческой концессии исключительные права используются на согласованных сторонами условиях. В этих целях в договоре определяются вид деятельности (торговля, выполнение работ, оказание услуг), которую будет осуществлять пользователь, территория, в пределах которой будет происходить эта деятельность, количество продаваемых товаров (получаемых от правообладателя или изготовленных самим пользователем), объем работ или услуг, другие условия. При этом может быть определен не только максимальный, но, в зависимости от конкретных интересов сторон, также и минимальный предел использования прав. Необходимость конкретизации объема передаваемого по договору комплекса прав обусловлена нематериальной природой объектов этих прав. Так, обозначения, служащие средствами индивидуализации предпринимателей и их продукции, используются параллельно обеими сторонами. Следовательно, нечеткость в содержании договорных условий создает неопределенность в отношениях сторон по поводу предмета договора.

Передача правообладателем пользователю технической документации, инструкций по управлению бизнесом, профессионального опыта и т.п. необходима ему для надлежащего осуществления своей деятельности, а получение лицензий - для реализации предоставленных ему по договору прав использовать средства индивидуализации и другие объекты. Перечисленные обязанности правообладателя установлены в Гражданском кодексе императивными нормами в виде общих правил, от которых стороны не могут отступить. Их следует конкретизировать с необходимыми подробностями в договоре исходя из интересов сторон.

В течение всего периода действия договора проводится специальный инструктаж сотрудников пользователя по различным аспектам организации административной работы и функционирования предприятия. Сюда относятся: управление, создание бытовой сети, эксплуатация оборудования, ведение учета и отчетности, бухгалтерских счетов, налоговой документации, личных дел сотрудников, обслуживание клиентуры, приготовление фирменных блюд и т.п.

Стороны вправе согласовать по своему усмотрению и ряд других обязательств правообладателя, поскольку они регламентированы диспозитивными нормами. К ним относятся: оказание пользователю постоянного технического и консультативного содействия, (включая повышение квалификации его работников), контроль за качеством производимых пользователем товаров, оказываемых им услуг либо выполняемых работ в рамках договора коммерческой концессии. Хотя эти обязанности имеют диспозитивный характер, как правило, они предусматриваются в договоре в качестве его существенных условий.

§ 5. Коммерческая субконцессия

Пользователь может предоставить другим лицам разрешение на использование комплекса прав (или части этих прав), полученных им по договору концессии на условиях субконцессии. Право пользователя на выдачу субконцессии должно быть прямо предусмотрено в договоре

концессии. Условия, на которых предоставляется субконцессия, согласовываются предварительно пользователем с правообладателем в дополнительном соглашении, если они не были определены в договоре концессии.

По договору субконцессии пользователь становится вторичным правообладателем, а другая сторона выступает в роли вторичного пользователя. Нельзя не отметить еще одну особенность рассматриваемых обязательственных отношений: предоставление субконцессии в течение определенного срока с указанием числа вторичных пользователей может быть обусловлено в договоре не только как право, но и как обязанность пользователя. Это может быть одним из условий предоставления самой концессии.

Права, предоставляемые по субконцессии, производны от прав, предоставленных пользователю по основному договору. Их объем не может выходить за пределы прав пользователя. Превышение этих пределов может рассматриваться как нарушение пользователем его обязанностей по договору концессии.

Правовая судьба договора коммерческой субконцессии непосредственно связана с судьбой договора коммерческой концессии, на основе которого он заключен. Недействительность основного договора влечет и недействительность заключенных в соответствии с ним субконцессионных договоров. Срок действия субконцессии не может превышать срока концессии. Однако в случае досрочного прекращения договора (или его расторжения, если он был заключен без указания срока) договор субконцессии может быть трансформирован в договор концессии между основным правообладателем и вторичным пользователем при их обоюдной заинтересованности. При этом происходит не просто замена стороны договора (переход прав кредитора к другому лицу). Здесь надо иметь в виду, что договор субконцессии порождает не только прямые отношения между сторонами договора, но и опосредствованные отношения между вторичным пользователем и основным правообладателем. Права всех пользователей (независимо от того, являются ли они первичными или вторичными) производны от прав основного правообладателя. Каждая субконцессия оформляется в том же порядке, что и основной договор. Она вносится в государственный реестр патентного ведомства, где зарегистрирован основной договор. И следовательно, трансформация субконцессии в концессию означает, по сути, преобразование уже существовавших опосредствованных отношений между этими сторонами в прямые договорные отношения.

В этой связи следует обратить внимание на особенности правил об ответственности за вред, причиненный правообладателю действиями вторичного пользователя. В отличие от общих правил ответственности должника перед кредитором за действия третьих лиц (см. ст. 403, п. 3 ст. 706 ГК) по договору субконцессии вторичный пользователь за причиненный его действиями вред отвечает непосредственно перед основным правообладателем, хотя и не состоит с ним в прямых договорных отношениях. К пользователю в этом случае могут предъявляться требования в порядке субсидиарной ответственности при условии, что это не противоречит договору коммерческой концессии, на основе которого предоставлена субконцессия.

Презумпция преобразования субконцессии в концессию создает дополнительные гарантии экономических интересов правообладателя, заинтересованного в расширении хозяйственного оборота продукции под его "брендами". В равной мере это отвечает интересам вторичного пользователя, который может продолжить свою хозяйственную деятельность на тех же условиях, на которые он рассчитывал, заключая субконцессионный договор.

Во всем остальном к договору коммерческой субконцессии применяются общие правила о договоре концессии - как относительно оформления и регистрации договора, так и относительно других прав и обязанностей сторон.

Рассматривая содержание договорных обязательств, следует обратить внимание на допускаемые Гражданским кодексом ограничения свободы оборота.

В частности, может быть предусмотрен отказ пользователя от получения аналогичных коммерческих концессий по договорам с конкурентами правообладателя, причем не только действующими, но и потенциальными. Могут быть предусмотрены также обязательства правообладателя не предоставлять другим пользователям концессии на аналогичные комплексы исключительных прав в пределах той же территории, как и встречное обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем в этих территориальных пределах. Имеется в виду отказ пользователя от ведения внедоговорной деятельности на этой территории с использованием переданных ему правообладателем коммерческого обозначения и товарных знаков. Включение такого рода ограничительных условий правомерно, если оно обусловлено необходимостью более четкого определения объема использования предоставляемых по договору прав и, в частности, разграничения между сторонами территориальной и хозяйственной сфер их использования. Аналогичные условия характерны и для традиционных лицензионных договоров.

Пользователь не может также без согласования с правообладателем решать вопросы расположения и оформления коммерческих помещений, что прямо вытекает из его обязанности соблюдать инструкции и указания правообладателя в отношении внешнего и внутреннего

оформления коммерческих помещений. Однако во всех случаях договорные условия, ограничивающие права сторон в их хозяйственной деятельности, не должны подпадать под запреты, защищающие свободу рыночных отношений, установленные Федеральным законом от 8 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" <1>. В противном случае эти условия могут быть оспорены и признаны недействительными по требованию заинтересованного лица и компетентного органа.

_____

<1> СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Установлены два условия, по которым не допускается включение в договор каких-либо ограничений в интересах той или другой стороны договора. Это, во-первых, предоставление правообладателю возможности определять цену продаваемых пользователем товаров, выполняемых им работ или оказываемых услуг. И, во-вторых, предоставление пользователю возможности ограничивать круг потребителей (покупателей, заказчиков) в зависимости от их принадлежности к определенной категории или места нахождения (жительства). Такие ограничительные условия признаются Гражданским кодексом ничтожными, а следовательно, недействительными.

§ 6. Взаимная ответственность сторон за нарушение договора и их ответственность перед третьими лицами

В гл. 54 ГК, регулирующей договоры коммерческой концессии, не предусматриваются специальные нормы об ответственности сторон за нарушение встречных договорных обязательств. Если стороны не согласуют в договоре основания, форму и размер имущественной ответственности, то к стороне, не выполнившей обязательства или выполнившей его ненадлежащим образом, будут применяться санкции исходя из общих норм обязательственного права, установленных в гл. 25 ГК. В частности, учитывая, что договор регулирует отношения, связанные с предпринимательской деятельностью, сторона, нарушившая договор, будет нести ответственность и при отсутствии ее вины согласно п. 3 ст. 401 ГК, причем при определении размера убытков может быть взыскан не только реальный ущерб, но и упущенная выгода.

Однако, имея в виду, что теперь к договору коммерческой концессии могут применяться правила разд. VII ГК РФ о лицензионном договоре, следует признать возможность применения к этим договорным отношениям соответствующих положений о защите исключительных прав правообладателя. В частности, например, в том случае, когда пользователь применяет средства индивидуализации способом, не предусмотренным договором, либо по прекращении договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных пользователю по договору (п. 3 ст. 1237 ГК). Следует также учитывать нормы об ответственности за нарушение исключительных прав на секрет производства (ст. 1472). За разглашение конфиденциальных сведений предусматривается санкция - возмещение убытков, причиненных правообладателю, если иная ответственность не предусмотрена договором.

Вместе с тем сохраняются правила гл. 54 Кодекса об ответственности сторон договора перед третьим лицами - потребителями концессионных товаров и услуг. Правообладатель отвечает по требованиям, предъявляемым к пользователю покупателями концессионных товаров, а также заказчиками работ или услуг. Он несет субсидиарную ответственность перед потребителем за качество товаров, работ и услуг. Общие нормы субсидиарной ответственности установлены ст. 399 ГК. Тем самым обеспечивается повышенная защита интересов потребителя. Вступая в отношения с пользователем, покупатель или заказчик вправе рассчитывать на получение изделий и услуг, эквивалентных тем, которые он получил бы непосредственно от правообладателя.

В зависимости от сферы действия договора требования к правообладателю подпадают под общие нормы об ответственности продавца за качество продаваемых товаров, установленные ст. ст. 469 - 477 ГК, либо под общие нормы об ответственности подрядчика за качество выполненных работ (ст. ст. 721 - 725 ГК), которые распространяются и на оказание возмездных услуг. При этом следует также учитывать специальные правила о розничной купле-продаже (ст. ст. 503 - 505 ГК) и об ответственности за качество работ, выполняемых по бытовому подряду (ст. 737 ГК).

Если по договору коммерческой концессии пользователь не только продает, но и сам производит товар правообладателя (производственная концессия), то потребитель имеет право заявить свои требования по поводу такого товара как обеим сторонам, так и любой из сторон в соответствии с правилами о солидарной ответственности (см. ст. ст. 322 - 325 ГК).

§ 7. Изменение договорных обязательств

К договору коммерческой концессии применяются общие нормы гл. 29 ГК об основаниях, порядке и последствиях изменения сторонами договорных условий в течение всего срока действия договора.

Соглашение сторон об изменении договорных отношений должно быть оформлено в том же порядке, в котором был заключен договор.

Специальные правила определяют последствия, связанные с уступкой правообладателем другому лицу, а также с прекращением исключительного права на какой-либо объект, входящий в предмет договора. Новый правообладатель становится стороной договора и принимает на себя часть тех договорных обязательств, которые связаны с перешедшим к нему исключительным правом.

Таким образом, переход исключительного права к новому правообладателю (в порядке как универсального, так и сингулярного правопреемства) не является основанием для изменения условий договора. Однако сохранение договора в силе требует соблюдения правил предоставления прав на использование охраняемых объектов, установленных специальным законодательством.

Действие исключительных прав на товарный знак прекращается по основаниям и в порядке, предусмотренным правилами разд. 6 § 2 гл. 76 ГК. Исключительное право на коммерческое обозначение прекращается, если правообладатель не использует его непрерывно в течение года (п. 2 ст. 1540).

Следует обратить также особое внимание на последствия изменения правообладателем по тем или иным причинам коммерческого обозначения.

Гражданский кодекс устанавливает определенные гарантии интересов пользователя, которые правообладатель должен учитывать, принимая решение изменить коммерческое обозначение. Договор действует в отношении нового обозначения, если пользователь с этим изменением согласится.

В противном случае он может потребовать расторжения договора и возмещения убытков без каких-либо дополнительных мотивов, в силу самого факта изменения коммерческого обозначения. При согласии на продолжение действия договора исполнитель может потребовать соразмерного уменьшения вознаграждения, если сочтет, что замена обозначения отрицательно повлияет на объем товарооборота.

Следовательно, хотя закон не ограничивает правообладателя в возможности изменить обремененное договором коммерческое обозначение, во избежание указанных негативных последствий во всех подобных случаях целесообразно предварительно согласовать с пользователем условия этого изменения. Такое согласование требует письменной формы (например, путем обмена письмами). Письменная форма в данном случае отвечает общим требованиям, согласно которым изменения договора должны быть совершены в той же форме, в которой он был совершен.

§ 8. Прекращение договорных отношений

Безусловным основанием для прекращения договора является утрата правообладателем исключительного права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии, на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение.

Правовая охрана товарного знака может быть оспорена и признана недействительной, если она была предоставлена в нарушение установленных требований, предъявляемых Кодексом к охраноспособным обозначениям. Решение о признании недействительным (полностью или частично) свидетельства об охране товарного знака принимает по заявлению заинтересованного лица патентное ведомство. Если решение патентного ведомства было оспорено в судебном порядке, то окончательное решение по такому спору принимает суд. Правовая охрана товарного знака может также прекратиться по другим основаниям, предусмотренным в ст. 1514 Кодекса.

Исключительное право на коммерческое обозначение не ограничено каким-либо сроком. Оно может быть прекращено судебным решением, установившим, что правообладатель использует его в нарушение установленных законом требований. Такое судебное решение может быть вынесено, например, по иску лица, представившего доказательства, что оспариваемое обозначение тождественно или сходно с его ранее зарегистрированным фирменным наименованием, товарным знаком или с принадлежащим ему коммерческим обозначением с более ранним приоритетом (п. 2 ст. 1539). То есть во всех случаях, когда использование коммерческого обозначения в качестве средства индивидуализации предприятия способно ввести в заблуждение относительно принадлежности предприятия определенному лицу.

Договорные отношения прекращаются также в случае смерти правообладателя - физического лица, если его права на предпринимательскую деятельность не переходят к наследникам. Права и обязанности по договору коммерческой концессии переходят к наследнику

при условии, что он зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя или зарегистрируется в течение шести месяцев со дня открытия наследства.

Осуществление прав и исполнение обязанностей умершего правообладателя до принятия наследником этих прав и обязанностей или до регистрации наследника осуществляются управляющим, назначаемым нотариусом.

Договор коммерческой концессии может быть заключен на определенный срок (в этом случае обычно оговариваются условия его возможного досрочного расторжения) либо без указания срока. Если договор был заключен без указания срока его действия, то допускается односторонний отказ от договора при условии уведомления другой стороны не менее чем за шесть месяцев.

Договор, заключенный на определенный срок, прекращается по общим основаниям, предусмотренным ГК для расторжения договоров. Договорные отношения в этом случае могут быть прекращены по соглашению сторон либо по требованию одной из сторон. Таким общим основанием, установленным ст. 450 ГК, является нарушение существенных для данного договора обязательств. К ним можно отнести, в частности, нарушение пользователем принятого на себя обязательства сохранить в тайне сведения о секрете производства (ноу-хау), отказ правообладателя передать пользователю согласованную между ними информацию, необходимую для выполнения договора.

Во всех случаях досрочное прекращение договорных отношений, а также расторжение договора, в котором не указывался срок его действия, должны быть оформлены в том же порядке, в каком был заключен договор (в письменной форме), и зарегистрированы в патентном ведомстве.

Защищая интересы добросовестного пользователя, закон закрепляет за ним преимущественное право на возобновление договора коммерческой концессии на тех же условиях в течение трех лет с момента окончания срока действия первоначального договора. При этом учитывается, очевидно, что вложенные пользователем средства на приобретение концессии окупаются не сразу и прибыль начинает поступать лишь через какое-то время. Возможность продления договора в определенной мере страхует имущественные интересы пользователя, рискующего своим капиталом при создании нового хозяйственного комплекса под "брендом" правообладателя.

До истечения трехлетнего срока правообладатель, желая дать концессию или разрешить выдачу субконцессии на той же территории, на которой действовал договор с прежним пользователем, обязан предложить ему заключить новый договор. В случае если правообладатель нарушил права пользователя, заключив договор концессии с другим лицом или выдав разрешение на субконцессию, то он обязан возместить пользователю понесенные им вследствие этого убытки в полном объеме, включая упущенную выгоду. Пользователь, однако, не может в этом случае оспаривать действительность договора, заключенного правообладателем, в отличие, например, от последствий, наступающих при нарушении имущественного права нанимателя по договору жилого помещения.

Раздел V. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА ВНЕДРЕНИЕ ИННОВАЦИЙ

Глава 15. ПОНЯТИЕ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ИННОВАЦИЙ, ИХ ВИДЫ

§ 1. Понятие инновационной деятельности и инноваций

Любая предпринимательская деятельность в первую очередь направлена на извлечение максимальной прибыли. Однако в условиях жесткой конкуренции этого сложно достичь, когда тысячи предпринимателей в разных сферах деятельности поставляют одинаковые товары, выполняют одинаковые работы или услуги. Чтобы приобрести решающее конкурентное преимущество, обеспечивающее получение сверхприбыли, нужно разработать и вывести на рынок принципиально новую или усовершенствованную продукцию, аналогов которой нет ни у кого или по крайней мере у большинства участников рынка. Таким образом, содержание инновационной деятельности составляет создание и внедрение инноваций с целью получения максимальной прибыли. Это характеризует инновационную деятельность как разновидность предпринимательской деятельности, которой присущи все основные признаки этой деятельности (самостоятельность, риск, направленность на систематическое получение прибыли).

Несмотря на то что инновационная деятельность по своей сути направлена на извлечение сверхприбыли, она остро нуждается в государственной поддержке, поскольку создание нового продукта требует привлечения дополнительных материальных и интеллектуальных ресурсов. При этом нет никаких гарантий, что соответствующие вложения окупят себя и вновь разработанный продукт будет приносить соответствующую прибыль. Поэтому инновационная деятельность

отличается повышенным риском по сравнению с остальными видами предпринимательской деятельности.

В свою очередь, государство также заинтересовано в направленном стимулировании инновационной деятельности, поскольку она, в отличие от торгово-посреднической деятельности или добывающих отраслей, обеспечивает прогрессивное научно-технологическое развитие общества и в конечном счете - улучшение качества жизни и общественного благосостояния.

Таким образом, поскольку инновационная деятельность является высокорисковой и затратной, для ее эффективного развития необходимо сочетать усилия бизнеса и финансово-организационную поддержку со стороны государства. Именно поэтому особенно актуальным является создание нормативно-правового механизма, направленного на стимулирование инновационной деятельности. При этом для создания правовых условий предоставления государственной поддержки, налоговых и иных льгот необходимо определить основные понятия в данной сфере, такие как инновационная деятельность и инновация.

Попытки определить соответствующие понятия на федеральном уровне предпринимались еще в начале 1990-х гг. Так, в 1991 г. были приняты Положение о государственной инновационной программе и Типовое положение о дирекции национальной инновационной программы (утв. Постановлением Совмина РСФСР от 27 марта 1991 г. N 171). Понятийный аппарат был включен в Концепцию инновационной политики Российской Федерации на 1998 - 2000 гг. (утв. Постановлением Правительства РФ от 24 июля 1998 г. N 832). Ряд понятий содержится в Основных направлениях политики Российской Федерации в области развития инновационной системы на период до 2010 г. (утв. Правительством РФ 5 августа 2005 г. N 2473п-П7, официально не опубликованы). Проект Федерального закона "Об инновационной деятельности и о государственной инновационной политике" (1999 г.), также содержащий "инновационные" понятия, был отклонен Президентом РФ в связи с неопределенностью предмета правового регулирования и декларативностью данного акта. Отдельные попытки в этом направлении предпринимаются субъектами Российской Федерации (Закон г. Москвы от 7 июля 2004 г. N 45 "Об инновационной деятельности в г. Москве", Закон Московской области от 13 мая 2006 г. N 9/178-П "О научной, научно-технической и инновационной деятельности на территории Московской области").

Необходимость унификации правового регулирования базовых элементов национальной инновационной системы подтверждается опытом международного сотрудничества. Российская Федерация является участником Соглашения о формировании и статусе межгосударственных инновационных программ и проектов в научно-технологической сфере (от 11 сентября 1998 г.) <1>. Особое значение имеет Модельный закон "Об инновационной деятельности", принятый Межпарламентской Ассамблеей государств - участников Содружества Независимых Государств (протокол МПА СНГ от 16 ноября 2006 г. N 27-16 <2>) и содержащий полезные рекомендации для этих стран.

<1> Участники: Россия, Беларусь, Кыргызская Республика, Казахстан, Армения, Таджикистан, Молдова, на временной основе - Грузия и Узбекистан.

<2> Информационный бюллетень МПА государств - участников СНГ. 2007. N 39.

Определение инновации дано в Постановлении Правительства РФ от 24 июля 1998 г. N 832 "О концепции инновационной политики Российской Федерации на 1998 - 2000 годы". Согласно этому определению инновация (нововведение) - конечный результат инновационной деятельности, получивший реализацию в виде нового или усовершенствованного продукта, реализуемого на рынке, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности. Инновацию можно также определить как продукцию инновационной деятельности - внедренные научно-технические или научно-технологические достижения, освоенные в производстве новые или усовершенствованные товары, услуги или технологические процессы <1>. В разд. 2 Порядка заполнения формы федерального государственного статистического наблюдения N 4 - инновация <2> под инновациями понимаются внедренные на рынке новые или подвергавшиеся значительным технологическим изменениям и усовершенствованию продукты, услуги или методы их производства (передачи), внедренные в практику новые или значительно усовершенствованные производственные процессы, новые или значительно улучшенные способы маркетинга, организационные и управленческие изменения. Таким образом, инновация в самом общем виде представляет собой созданное с использованием новейших научных достижений и внедренное на рынок или в практическую деятельность новшество, воплощенное в новых товарах (работах, услугах) или процессах. Исходя из этого основными признаками инновации являются ее новизна и коммерциализация, т.е. применение ее в практической деятельности и введение в гражданский оборот <3>.

<1> См.: Закон г. Москвы от 7 июля 2004 г. N 45 "Об инновационной деятельности в г. Москве".

<2> См.: Постановление Федеральной службы государственной статистики от 20 ноября 2006 г. N 68 "Об утверждении Порядков заполнения и представления форм федерального государственного статистического наблюдения N 3 - информация "Сведения об использовании информационных и коммуникационных технологий и производстве связанных с ними товаров (работ, услуг)", N 4 - инновация "Сведения об инновационной активности организации". См. также: Постановление Федеральной службы государственной статистики от 9 июня 2007 г. N 46 "Об утверждении статистического инструментария для организации статистического наблюдения за численностью, оплатой и условиями труда работников, деятельностью, осуществляемой в сфере науки, образования и культуры на 2008 год" // Вопросы статистики. 2007. N 9.

<3> См.: Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учебное пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 251; Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М.: ТК Велби; Проспект, 2006. С. 770 - 774 (авт. соотв. главы - Л.К. Туманова).

Инновации могут создаваться в самых разных сферах деятельности и касаться различных объектов (товаров, работ, услуг, процессов). Поэтому можно выделить огромное количество видов инноваций и классифицировать их по различным признакам.

Наибольшее значение, однако, имеет деление инноваций на технологические и нетехнологические. К технологическим инновациям относятся те нововведения, которые используют научно-технические достижения и содействуют развитию научно-технического прогресса. К нетехнологическим относятся все остальные инновации: социальные, организационные, управленческие и т.п. В форме федерального статистического наблюдения "Сведения об инновационной активности организации" названы три вида инноваций: технологические (которые, в свою очередь, делятся на продуктовые и процессные <1>), маркетинговые и организационные инновации.

<1> Продуктовая технологическая инновация представляет собой технологически новый или технологически усовершенствованный продукт, внедренный на рынок или в практическую деятельность. Процессная технологическая инновация представляет собой технологически новый или усовершенствованный метод производства или реализации товаров, выполнения работ, оказания услуг.

Определения инновационной деятельности даются в различных документах. Так, согласно Постановлению Правительства РФ от 24 июля 1998 г. N 832 "О концепции инновационной политики Российской Федерации на 1998 - 2000 годы" <1> инновационная деятельность - процесс, направленный на реализацию результатов законченных научных исследований и разработок либо иных научно-технических достижений в новый или усовершенствованный продукт, реализуемый на рынке, в новый или усовершенствованный технологический процесс, используемый в практической деятельности, а также в связанные с этим дополнительные научные исследования и разработки.

<1> СЗ РФ. 1998. N 32. Ст. 3886.

В Законе г. Москвы "Об инновационной деятельности в г. Москве" под инновационной деятельностью понимается деятельность, направленная на внедрение научно-технических или научно-технологических достижений в технологические процессы, новые или усовершенствованные товары, услуги, внедренные на внутреннем и внешнем рынках.

Таким образом, инновационная деятельность в общем виде направлена на создание и внедрение инноваций. В отличие от научных исследований и разработок, в ходе которых создаются новые научно-технические знания (фундаментальные исследования) и определяются возможные пути их практического использования (прикладные исследования) или разрабатываются принципиально новые материалы, продукты, процессы, устройства, услуги, системы или методы (экспериментальные разработки) <1>, при осуществлении инновационной деятельности уже готовые результаты научных исследований и экспериментальных разработок используются при создании конкретных новых продуктов или процессов, внедряемых на рынок. Поэтому научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы могут входить в инновационную деятельность лишь как дополнительные работы постольку, поскольку они направлены на доведение уже имеющихся результатов научно-технической деятельности до стадии практического применения.

<1> См.: ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. N 127-ФЗ "О науке и государственной научно-технической политике" // СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 4137.

§ 2. Виды инновационной деятельности

Основным содержанием инновационной деятельности является использование готовых научно-технических достижений для создания инноваций и внедрение инноваций в практическую деятельность. При этом инновационная деятельность может включать в себя научно-исследовательские, опытно-конструкторские работы, приобретение нового оборудования для использования в усовершенствованном технологическом процессе, приобретение прав на использование новых технологий, применяемых в инновациях, организацию производства, в том числе пусконаладочные работы, а также маркетинговые исследования, подготовку и обучение кадров, посредническую деятельность, направленную на создание и внедрение инноваций.

Исходя из этого к инновационной деятельности в сфере технологических инноваций можно отнести:

- научные исследования и опытно-конструкторские или экспериментальные разработки, давшие положительные результаты в виде технологических инноваций;
- приобретение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, используемые при создании новой или усовершенствованной продукции (товаров, работ или услуг) по договорам об отчуждении прав либо по лицензионным договорам;
- приобретение овеществленных технологий - машин и оборудования, по своему технологическому назначению связанных с внедрением технологических инноваций;
- приобретение программных средств, связанных с осуществлением технологических инноваций;
- производственное проектирование, включая подготовку планов и чертежей, предусмотренных для определения производственных процедур, технических спецификаций, эксплуатационных характеристик, необходимых для создания концепции, разработки, производства и маркетинга новых продуктов, процессов, услуг;
- технологическую подготовку и организацию производства, охватывающие приобретение средств технологической оснастки, дополняющей производственное оборудование (инструмента, приспособлений и т.п.), осуществление изменений в них, а также в процедурах, методах, стандартах производства и контроля качества, необходимых для изготовления нового продукта или применения нового технологического процесса, внедрения новых услуг либо методов их производства (передачи), пробное производство и испытания, если предполагается дальнейшая доработка конструкции;
- обучение, подготовку и переподготовку персонала, обусловленные внедрением технологических инноваций;
- маркетинг новых продуктов, включая деятельность, связанную с выпуском новой продукции на рынок, предварительным исследованием рынка, адаптацией продукта к различным рынкам, а также рекламную кампанию.

Следует также отметить, что государство оказывает особую поддержку инновационной деятельности в сфере технологических инноваций, поскольку эта деятельность самым непосредственным образом способствует развитию научно-технического прогресса и повышению конкурентоспособности отечественной экономики. Именно поэтому налоговые льготы в первую очередь предоставляются налогоплательщикам применительно к тем видам деятельности, которые связаны с созданием и внедрением технологических инноваций.

Так, Федеральный закон от 19 июля 2007 г. N 195-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности" <1> предусматривает предоставление с 1 января 2008 г. следующих налоговых льгот:

<1> Российская газета. 2007. 31 июля. N 164.

а) освобождение от НДС операций по реализации исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для электронных вычислительных машин, базы данных, топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау), а также прав на использование указанных результатов интеллектуальной деятельности на основании лицензионного договора (подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ);

б) освобождение от НДС научно-исследовательских, опытно- конструкторских и технологических работ, выполненных любыми организациями, если эти работы относятся к созданию новых продукции и технологий или к усовершенствованию производимой продукции и технологий и при этом в состав соответствующих работ включаются следующие виды деятельности:

- разработка конструкции инженерного объекта или технической системы (конструкторские работы);

- разработка новых технологий, т.е. способов объединения физических, химических, технологических и других процессов с трудовыми процессами в целостную систему, производящую новую продукцию (товары, работы, услуги) (технологические работы);

- создание опытных, т.е. не имеющих сертификата соответствия, образцов машин, оборудования, материалов, обладающих характерными для нововведений принципиальными особенностями и не предназначенных для реализации третьим лицам, их испытание в течение времени, необходимого для получения данных, накопления опыта и отражения их в технической документации (подп. 16.1 п. 3 ст. 149 НК РФ).

Применительно к налогу на прибыль налогоплательщики уменьшают налогооблагаемую базу на сумму расходов на научные исследования и разработки. При этом в соответствии с п. 1 ст. 262 НК РФ расходами на научные исследования и (или) опытно-конструкторские разработки признаются только те расходы, которые относятся к созданию новой или усовершенствованной производимой продукции (товаров, работ, услуг), в частности расходы на изобретательство. Данные расходы равномерно включаются налогоплательщиком в состав прочих расходов в течение одного года лишь при условии использования указанных исследований и разработок в производстве и (или) при реализации товаров (работ, услуг). Однако расходы, понесенные на создание технологических инноваций, уменьшают налоговую базу по налогу на прибыль даже в тех случаях, когда они не дали положительного результата. В соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 262 НК РФ расходы на научные исследования и (или) опытно-конструкторские разработки, осуществленные в целях создания новых или совершенствования применяемых технологий, создания новых видов сырья или материалов, которые не дали положительного результата, также подлежат включению в состав прочих расходов в течение одного года.

Что касается расходов на НИОКР (в том числе не давших положительного результата), произведенных налогоплательщиками-организациями, зарегистрированными и работающими в особых технико-внедренческих экономических зонах, то они включаются в состав прочих расходов сразу же в том отчетном периоде, в котором они были осуществлены. В соответствии с Федеральным законом от 22 июля 2005 г. N 116-ФЗ "Об особых экономических зонах в Российской Федерации" технико-внедренческая деятельность определяется как "создание и реализация научно-технической продукции, доведение ее до промышленного применения, включая изготовление, испытание и реализацию опытных партий, а также создание программных продуктов, систем сбора, обработки и передачи данных, систем распределенных вычислений и оказание услуг по внедрению и обслуживанию таких продуктов и систем".

Глава 16. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА ВНЕДРЕНИЕ ИННОВАЦИЙ

§ 1. Понятие и признаки договоров, направленных на внедрение инноваций

Как указывалось выше, основным содержанием инновационной деятельности является использование готовых научно-технических достижений для создания инноваций и внедрение инноваций на рынок и в практическую деятельность. При этом субъекты предпринимательской деятельности могут либо самостоятельно разработать и внедрить новые виды продукции или оборудования, либо привлечь для разработки и внедрения инноваций иных лиц, обладающих необходимой квалификацией и опытом. Соответствующие отношения с третьими лицами оформляются самыми разными гражданско-правовыми договорами, конечной экономической целью которых является внедрение инноваций и получение максимальной прибыли от реализации инновационной продукции, работ или услуг. При этом юридическая цель (causa) этих договоров может быть совершенно разная. Это могут быть договоры на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, направленных на доведение научно-технических достижений до стадии практического применения; договоры на приобретение исключительных прав на использование новых технологий, а также лицензионные договоры; договоры подряда на изготовление опытных образцов изделий; договоры поставки и наладки новейшего оборудования, с помощью которого будет произведена инновационная продукция; договоры оказания услуг по обучению персонала правилам работы с новым оборудованием; договоры на оказание маркетинговых услуг по изучению рынка сбыта новой продукции; договоры на оказание рекламных услуг; организационные договоры об исключительной продаже и организации сбыта инновационной продукции и т.д.

Очень часто соответствующие договоры являются смешанными, т.е. содержат элементы разных по юридической природе договоров, поименованных в ГК РФ (п. 3 ст. 421). Например, договор о поставке нового высокотехнологичного оборудования может содержать элементы договора подряда (например, условие об обязанности поставщика своими силами произвести монтаж оборудования и пусконаладочные работы), договора на оказание услуг (например, условие об обучении персонала покупателя навыкам работы с новым оборудованием), договора о

передаче ноу-хау (например, одновременно с оборудованием передаются чертежи и технологии, охраняемые в режиме коммерческой тайны).

Среди договоров на внедрение инноваций встречаются так называемые непоименованные договоры, т.е. не предусмотренные законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 421 ГК РФ) <1>. Например, непоименованным является договор об исключительной продаже инновационной продукции, заключаемый производителями с торговыми сетями (ритейлерами).

<1> О непоименованных и смешанных договорах см.: Брагинский М. Непоименованные (безымянные) и смешанные договоры // Хозяйство и право. 2007. N 9. С. 36 - 49; N 10.

Таким образом, договоры, направленные на внедрение инноваций, могут иметь совершенно разную юридическую природу, т.е. относятся к самым разным договорным типам, как поименованным, так и не поименованным в действующем законодательстве, в том числе к смешанным договорам. Общей для них является экономическая цель договора: внедрение инноваций и получение за счет этого максимальной прибыли.

Ввиду многообразия договоров, направленных на внедрение инноваций, невозможно выделить в них общую и единую для всех юридическую направленность на достижение определенного типового правового результата. Эти договоры могут быть направлены как на передачу имущества (причем как вещей, так и имущественных, в том числе исключительных, прав), так и на выполнение работ и оказание услуг. Их невозможно объединить по какой-либо единой типовой юридической цели (causa) и дать общие юридические признаки. Поэтому рассмотрение юридических признаков договоров целесообразно проводить лишь применительно к тем видам договоров, направленных на внедрение инноваций, которые соответствуют определенному договорному типу, как предусмотренному, так и не предусмотренному ГК РФ (в том числе в отношении смешанных договоров).

Нельзя выделить рассматриваемые договоры и по каким-либо иным юридически значимым системным признакам классификации договоров: по субъектным особенностям, по предмету договора, по возмездности (безвозмездности) <1>.

<1> См.: Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Юристъ, 2001. С. 83 - 256.

У договоров, направленных на внедрение инноваций, отсутствует общий субъектный признак, поскольку применительно к разным договорным типам, к которым могут относиться соответствующие договоры, закон предъявляет разные требования к субъектному составу участников. Например, субъектами договора поставки новейшего технологического оборудования, договора коммерческой концессии могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (ст. 506, ч. 1 ст. 1027 ГК РФ). Однако в подавляющем большинстве случаев в законодательстве не содержится императивное требование о том, что сторонами соответствующих договоров должны быть только определенные участники гражданских правоотношений.

Предметом договоров, направленных на внедрение инноваций, могут быть самые разные объекты гражданских прав (товары, имущественные права, работы, услуги) <1>.

<1> О неоднозначности понятия "предмет договора" см., например: Зезекало А.Ю. Заблуждение в тождестве предмета и в природе сделки: теория и практика // Вестник ВАС РФ. 2007. N 9. С. 63 - 69.

Возмездность тоже не может являться классифицирующим признаком договоров, направленных на внедрение инноваций, поскольку они могут быть как возмездными (например, договор поставки нового оборудования), так и безвозмездными (организационный договор об исключительной продаже инновационного продукта).

В то же время нельзя не отметить некие общие признаки, присущие рассматриваемым договорам <1> и позволяющие их так или иначе выделять среди других гражданско-правовых договоров.

<1> Исключительно для удобства изложения предлагаем называть их "инновационными договорами", не претендуя на придание этому понятию значения нового типа договора в традиционном юридическом смысле.

Во-первых, в предмете таких договоров всегда присутствует инновационная составляющая, т.е. элемент новизны. Каким бы ни было имущественное благо, по поводу которого складываются правоотношения (товар, имущественное право, работа, услуга), оно или само должно быть

инновационным, или должно быть непосредственно связано с приобретением, использованием, реализацией инновационных продуктов (товаров, работ, услуг). Важно отметить, что новизна не обязательно должна быть абсолютной, т.е. впервые внедряемой на рынок. Главное, чтобы новизна касалась непосредственно той организации, которая внедряет инновацию. Как указывается в разъяснениях Федеральной службы государственной статистики, "инновации должны быть новыми для Вашей организации. Они не обязательно должны быть новыми для рынка. Не имеет значения, были разработаны инновационные продукты Вашей организацией или другими организациями" <1>.

_____

<1> См.: п. п. 6, 7, 11 Общих положений Постановления Федеральной службы государственной статистики от 20 ноября 2006 г. N 68.

Во-вторых, соответствующие договоры должны быть направлены на внедрение инноваций, т.е. на их коммерциализацию и практическое применение. В зависимости от степени готовности инновационного продукта и наличия его у лица, внедряющего инновации, к инновационным договорам можно относить договоры на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, направленных на доведение научно-технических результатов до стадии практического применения; договоры о приобретении исключительных прав на использование уже готовых результатов НИОКР при создании инновационного продукта; договоры о приобретении новейшего технологического оборудования, позволяющего производить инновационную продукцию; договоры о приобретении секретов производства (ноу-хау) и опытных образцов инновационных изделий; договоры оказания маркетинговых услуг, по которым проводятся маркетинговые исследования перспектив реализации инновационной продукции; договоры на рекламу инновационной продукции; договоры, направленные на организацию сбыта инновационной продукции.

В-третьих, конечной экономической целью соответствующих договоров является получение конкурентных преимуществ и извлечение максимальной прибыли от внедрения инноваций. То есть по своей сути инновационные договоры заключаются в процессе осуществления предпринимательской деятельности и прямо или косвенно направлены на извлечение прибыли. Следует, однако, отметить, что большинство инновационных договоров, взятых по отдельности, в отрыве от всей цепочки создания и внедрения инноваций, не только являются бесприбыльными, но, более того, влекут дополнительные затраты для организации, внедряющей инновации (например, организация несет дополнительные затраты на лицензионные платежи за право пользования новыми технологиями, на оплату услуг по установке и монтажу нового оборудования, на оплату маркетинговых, рекламных услуг и т.д.). Несмотря на это, в случае успешного завершения данного цикла организация, безусловно, рассчитывает получить максимальную сверхприбыль от коммерциализации инноваций, и именно в этом смысле можно говорить о предпринимательском характере всех инновационных договоров.

Таким образом, договоры, направленные на внедрение инноваций, - это гражданско-правовые договоры, имеющие разную юридическую цель (каузу) и относящиеся к разным договорным типам, но имеющие следующие общие признаки:

1) наличие инновационной составляющей в предмете договора;

2) направленность договора на внедрение (практическое применение);

3) конечной экономической целью договора является получение конкурентных преимуществ и извлечение максимальной прибыли.

Таким образом, инновационные договоры можно охарактеризовать как особую группу разных по своей юридической природе гражданско-правовых договоров, объединенных в связи с наличием у них указанных выше признаков. Учитывая, что все приведенные признаки носят по большей части экономический характер, инновационные договоры необходимо рассматривать в первую очередь как экономическую категорию.

§ 2. Отдельные виды инновационных договоров

В связи с огромным многообразием инноваций достаточно сложно дать научно обоснованную классификацию инновационных договоров. К тому же, как указывалось выше, в данной сфере заключается огромное количество так называемых смешанных договоров, содержащих элементы различных договорных типов, как предусмотренных, так и не предусмотренных ГК РФ.

В то же время можно назвать некоторые наиболее распространенные договоры, которые традиционно заключаются в процессе осуществления инновационной деятельности.

На разных стадиях инновационного цикла <1> обычно заключаются следующие договоры <2>:

_____

<1> Под инновационным циклом в данном случае мы будем понимать всю совокупность действий субъекта предпринимательской деятельности по разработке, освоению и распространению инновационного продукта, в том числе по реализации этого продукта с целью получения прибыли. Хотя инновации могут использоваться и для внутреннего потребления, процесс внутреннего потребления инновации не опосредуется какими-либо договорными отношениями, поэтому конечной целью инновационного цикла с точки зрения формирования договорных отношений мы будем считать коммерциализацию инноваций.

<2> При этом очень часто рассматриваемые договоры заключаются не в чистом виде, а как смешанные, содержащие элементы всех или некоторых из указанных договоров.

1) договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно- конструкторских и технологических работ, направленных на доведение научно-технических результатов до стадии практического применения. Данные договоры регулируются положениями гл. 38 ГК. Как правило, результатом данных работ являются образец нового изделия, конструкторская документация на него или новая технология (п. 1 ст. 769 ГК РФ). По договору на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель обязуется провести обусловленные техническим заданием заказчика научные исследования, а по договору на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ - разработать образец нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию;

2) договоры об отчуждении (приобретении) исключительных прав на использование или лицензионные договоры об использовании готовых результатов интеллектуальной деятельности (программ для ЭВМ, изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, секретов производства (ноу-хау) <1>, единых технологий), применяемых при создании инновационного продукта. Данные договоры регулируются ст. ст. 1233 - 1238, 1365 - 1369, 1468, 1469 части четвертой ГК РФ, вступившей в силу с 1 января 2008 г. <2>.

<1> См.: Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне".

<2> См.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

К этим договорам следует отнести также договоры о передаче единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств федерального бюджета или бюджетов субъектов Российской Федерации, которые должны регулироваться специальным законом о передаче технологий (п. 2 ст. 1547, п. 5 ст. 1546 ГК). В соответствии с п. 1 ст. 1542 ГК единой технологией признается выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ или другие результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране в соответствии с правилами разд. VII ГК о правах на результаты интеллектуальной деятельности, и может служить технологической основой определенной практической деятельности в гражданской или военной сфере. В состав единой технологии могут входить также результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие правовой охране на основании правил разд. VII ГК, в том числе технические данные, другая информация. По смыслу п. 3 ст. 1542 ГК единая технология является разновидностью сложного объекта (ст. 1240 ГК).

Нормы о единой технологии, включенные в Гражданский кодекс Российской Федерации, направлены на стимулирование практического применения технологий, созданных за счет или с привлечением средств федерального бюджета, и введение этих технологий в экономический оборот. Глава 77 "Право использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии" содержит универсальное общее правило о первичном закреплении прав на единую технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета, за лицом, создавшим или организовавшим создание единой технологии (п. 3 ст. 1542, п. 1 ст. 1544 ГК РФ). При этом такое закрепление производится безвозмездно (п. 1 ст. 1548 ГК РФ). Таким образом, ГК РФ исходит из того, что созданные за счет бюджета технологии изначально в силу закона принадлежат разработчикам и не являются федеральными технологиями.

Содержание обязанности правообладателей по практическому применению (внедрению) технологий определяется Правительством РФ (п. 2 ст. 1545 ГК РФ). Последующая передача первоначальным правообладателем права на технологию другим лицам может происходить по договорам об отчуждении этого права, лицензионному договору или иным подобным сделкам. Обязанность по практическому применению технологии сохраняется за всеми лицами, к которым перешло это право (ст. 1550, абз. 2 п. 1 ст. 1545 ГК РФ).

Подобное регулирование в наибольшей степени отвечает интересам создателей технологий (организаций-разработчиков, творческих коллективов авторов), поскольку способствует введению технологий в гражданский оборот и соответствует Основным направлениям реализации

государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности <1>.

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> См.: распоряжение Правительства РФ от 30 ноября 2001 г. N 1607-р.

Однако те права на технологию, которые принадлежат Российской Федерации, также подлежат коммерциализации. В соответствии со ст. 1547 ГК права на единую технологию, принадлежащие Российской Федерации или субъекту Российской Федерации, должны быть возмездно переданы на конкурсной основе лицу, заинтересованному во внедрении технологии и обладающему реальными возможностями для ее внедрения. При невозможности отчуждения права на технологию по конкурсу это право должно быть передано по результатам проведения аукциона. В ГК определено (п. 5 ст. 1546, п. 2 ст. 1547), что особенности распоряжения правами на федеральные технологии, порядок проведения конкурса или аукциона на отчуждение права на технологию, а также возможные случаи и порядок передачи Российской Федерацией или субъектами Российской Федерации права на технологию без проведения конкурса или аукциона должны определяться законом о передаче технологий. По смыслу ГК в данном законе должны быть установлены особенности договоров о передаче единых технологий, которые направлены на решение задачи практического применения соответствующих результатов научно-технической деятельности, созданных за счет или с привлечением средств бюджетов;

3) договор коммерческой концессии, по которому правообладатель обязуется предоставить пользователю право использовать в предпринимательской деятельности пользователя 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. Договор коммерческой концессии регулируется нормами гл. 54 ГК "Коммерческая концессия" <1>;

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> Подробно договор коммерческой концессии рассматривается в гл. 14 настоящей работы.

4) договоры поставки нового оборудования, используемого при производстве инновационных продуктов. Правовое регулирование указанных договоров осуществляется в соответствии с нормами § 3 гл. 30 ГК "Поставка товаров" <1>;

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> Подробно договор поставки рассматривается в гл. 2 настоящей работы.

5) договоры аренды нового оборудования, используемого при производстве инновационных продуктов, в том числе договор финансовой аренды (лизинга) <1>. Договор аренды регулируется нормами гл. 34 ГК "Аренда", в том числе нормами § 6 гл. 34 ГК, посвященными договору финансовой аренды (лизинга);

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> Подробно договор финансовой аренды рассматривается в гл. 5 настоящей работы.

6) договоры подрядного типа на изготовление опытных образцов инновационных изделий, на выполнение сборочно-монтажных и пусконаладочных работ по установке нового оборудования, новых технологических линий и т.д. Правовое регулирование указанных договоров осуществляется в соответствии с положениями гл. 37 ГК РФ "Подряд". Сюда же относится договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ (§ 4 гл. 37 ГК РФ), по которому подрядчик обязуется по заданию заказчика разработать техническую документацию и (или) выполнить изыскательские работы, а заказчик обязуется принять и оплатить их результат;

7) договоры об оказании разного рода услуг, связанных с процессом внедрения и коммерциализации инноваций. Данные договоры регулируются положениями гл. 39 ГК РФ "Возмездное оказание услуг". К ним можно отнести:

- договоры по предоставлению технической помощи, технических консультаций, инжиниринговых услуг <1>, договоры по обучению персонала новым технологиям производства, работе с новым оборудованием и т.п.;

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> Направленный на передачу инновационной продукции и на оказание сопутствующих инженерно-консультационных услуг по подготовке, техническому обеспечению процесса внедрения этой продукции для использования в хозяйственной деятельности.

- договоры об оказании управленческих услуг, направленные на внедрение новых методов управления административно-хозяйственной деятельностью;

- договор на оказание маркетинговых услуг, направленный на исследование потенциального рынка сбыта инновационной продукции;

- договор на оказание рекламных услуг, направленный на создание интереса к инновационной продукции у потенциальных потребителей;

8) договор об исключительной продаже инновационной продукции, заключаемый, как правило, с крупными торговыми сетями (ритейлерами) на организацию сбыта инновационной продукции. По своей юридической природе этот договор носит смешанный характер и содержит элементы договора поставки и особого не предусмотренного ГК организационного договора.

Раздел VI. ДОГОВОРЫ, ЗАКЛЮЧАЕМЫЕ НА СРОЧНОМ БИРЖЕВОМ РЫНКЕ

Глава 17. СРОЧНЫЕ ДОГОВОРЫ КАК РАЗНОВИДНОСТЬ БИРЖЕВЫХ СДЕЛОК

Срочные договоры-сделки являются новым видом договоров, которые только завоевывают свое место в учебниках и правовой теории <1>, но уже прочно закрепились в биржевой практике и частично нашли отражение в законодательстве <2>. Срочные сделки, т.е. сделки с отложенным сроком исполнения, наряду со спотовыми, для которых характерно немедленное исполнение, заключаются на бирже.

<1> См., например: Коммерческое право: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. Т. 2. СПб., 1998. С. 162 и др.

<2> В первую очередь биржевые сделки регулируются Законом от 20 февраля 1992 г. (с посл. изм.) N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле" . Более подробно источники правового регулирования приводятся применительно к видам срочных сделок.

Предметом настоящего исследования являются срочные сделки, которые обладают как общими признаками биржевых сделок, так и специальными признаками, характерными исключительно для них.

§ 1. Понятие "биржевая сделка"

Биржевые сделки являются разновидностью гражданско-правовых сделок. Биржевые сделки, так же как и любые другие, направлены на установление, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Но указанные действия совершаются только в отношении биржевого товара не его собственниками, а профессиональными участниками биржевого рынка. По своей правовой природе срочные сделки являются куплей-продажей или поставкой. Вместе с тем биржевые сделки имеют особенности, связанные с субъектами, заключающими такие сделки, их объектом и способом заключения <1>.

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2. СПб., 1908. С. 558; Цитович П.П. Учебник торгового права. Т. 1. Киев; СПб., 1981. С. 238 - 239.

Особенности биржевых сделок столь значительны, что дореволюционный юрист В. Судейкин отмечал: "они до такой степени осложняются, подвергаясь разного рода изменениям, что кажутся потерявшими свой первоначальный характер" <1>.

<1> Судейкин В. Биржа и биржевые операции. СПб., 1892. С. 66.

В соответствии с положениями ст. 7 Закона от 20 февраля 1992 г. "О товарных биржах и биржевой торговле" (с последующими изменениями) биржевой сделкой является зарегистрированный биржей договор (соглашение), заключаемый участниками биржевой торговли в отношении биржевого товара в ходе биржевых торгов. Данное определение незначительно отличается от дефиниции биржевой сделки, которая существовала в ст. 29 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик. Согласно п. 1 ст. 29 Основ соглашения о взаимной передаче прав и обязанностей в отношении имущества (товаров, ценных бумаг и др.), допущенного к обращению на бирже, заключаются участниками биржи в биржевом собрании в порядке, установленном законодательством о товарной и фондовой биржах и биржевыми уставами (биржевые сделки).

Таким образом, биржевые сделки отличаются по субъектному составу сторон, объекту сделок и особенностям их заключения.

Субъектный состав сторон характеризуется тем, что биржевые срочные сделки заключают только профессиональные участники биржи между собой в интересах владельцев биржевого товара <1>.

<1> См.: Волков А.В. Биржевое право. Т. 1. СПб., 1905. С. 92; Гессен Я.М. Биржевые сделки по русскому праву // Банковская энциклопедия. Т. 2. Киев, 1917. С. 348.

Следовательно, одной из особенностей биржевого рынка является то, что при совершении сделки стороны устанавливают непосредственный контакт не друг с другом, а с биржей, участниками биржевого рынка, которые уполномочены совершить сделку.

Строгая регламентация биржевого рынка проявляется также и в определении ценностей, которые будут впоследствии служить объектом биржевых торгов.

Биржевым товаром может выступать разного рода имущество: ценные бумаги, валюта и т.д., а также неимущественные ценности, например биржевые индексы <1>.

_____

<1> Биржевые индексы представляют собой обобщающий показатель движения курса ценных бумаг. На основании биржевого индекса можно прогнозировать изменение средней стоимости обращающихся на рынке ценных бумаг. Примером является индекс Доу-Джонса, который вычисляется по курсам акций 30 наиболее котируемых "голубых фишек" США.

Однако не всякий товар может быть объектом сделок на товарной бирже, как и не всякая ценная бумага подлежит котировке на фондовой бирже.

На разных биржевых площадках объектом торгов являются различные товары, которые можно встретить только на данной бирже, поскольку биржевым является только тот товар, который включен в котировочный список данной биржи. Например, совокупность ценных бумаг, прошедших государственную регистрацию и соответствующий отбор, включаются в котировочный список данной биржи. К биржевому товару на фондовых биржах относятся ценные бумаги, которые прошли государственную регистрацию в федеральном органе исполнительной власти по рынку ценных бумаг <1>. Зачисление ценных бумаг в котировочный список называется листингом. Листинг подтверждает ценность и ликвидность ценных бумаг, включенных в котировочные списки известных бирж <2>.

_____

<1> См.: Авилина И.В., Козырь О.М. Биржа: правовые основы организации и деятельности. М., 1991. С. 50.

<2> Требования к ценным бумагам для включения их в котировочные списки установлены Положением о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг, утвержденным Приказом ФСФР от 22 июня 2006 г. N 06-68/пз-н // Российская газета. 2006. 26 окт.

Листинг, состоящий в зачислении той или иной ценной бумаги в котировочный список данной биржи, представляет определенную гарантию эффективности инвестирования в данную ценную бумагу и в первую очередь их доходности и ликвидности. В свою очередь, листинг характеризует и саму биржу, которая включает те или иные ценные бумаги в котировочный список.

Вместе с тем представляется возможным выделить общие свойства биржевого товара. Так, Закон о товарных биржах США (Commodity Exchange Act) 1922 г. (новая редакция 1974 г.) признает товар биржевым, если он соответствует ряду требований: цена товара должна быть подвержена ценовым колебаниям; кроме этого, товар должен обладать признаками взаимозаменяемости и однородности, позволяющими выработать стандартные условия фьючерсного контракта, что способствует увеличению ликвидности товара. Помимо этих признаков необходимо наличие сложившегося рынка товара, что возможно при наличии широкого круга производителей и потребителей, заинтересованных в страховании своих экономических рисков <1>.

_____

<1> См.: Шарп У.Ф., Александр Г.Дж., Бэйли Д.В. Инвестиции / Пер. с англ. М., 2006. С. 693; Сарайкин С.В. Фьючерсные и форвардные контракты по праву США // Законодательство. 2000. N 11. С. 56.

Таким образом, отбор товара, в отношении которого могут быть заключены биржевые сделки, составляет вторую особенность: сделки заключаются только с биржевым товаром, т.е. с товаром, включенным в котировочный список <1>.

_____

<1> Закон о товарных биржах США после внесенных изменений 1974 г. расширил понятие "товар", включив "все другие товары, а также услуги, права и проценты, в отношении которых фьючерсные контракты заключаются или будут заключаться" (Сарайкин С.В. Указ. соч. С. 56).

Следует отметить еще одну особенность, характерную для объекта биржевого рынка. Купля-продажа на биржевом рынке осуществляется лотами, т.е. определенным количеством данного вида товара, например: 1000 акций компании "Лукойл" либо 100 акций общества "Газпром" и т.д., которые составляют стандартные контракты. Стандартизация биржевого товара осуществляется

по количественному и качественному составу. Стандартные контракты облегчают и ускоряют биржевые сделки и определяются перед началом торгов.

Стандартные условия проведения биржевых торгов включают срок, способ и место исполнения сторонами своих обязательств. Биржевые сделки могут заключаться только в период биржевой сессии.

Важной особенностью биржевых сделок является также то, что они регламентируются Правилами торговли, установленными на каждой бирже <1>.

<1> См.: Шерстобитов А.Е. Общая характеристика законодательства о рынке ценных бумаг. Правовые основы рынка ценных бумаг / Отв. ред. А.Е. Шерстобитов. М., 1997. С. 17 и др.; Авилина И.В., Козырь О.М. Указ. соч. С. 67.

Разумеется, процедура совершения биржевых сделок должна подчиняться общим нормам гражданского законодательства о сделках. Но более подробно биржевые сделки регламентируются биржевыми Правилами.

Российский дореволюционный юрист А.В. Волков подчеркивал, что особенностью биржевых сделок является их совершение по правилам, утвержденным биржевыми комитетами. Заявки и биржевые сделки должны быть зарегистрированы. Организатор торгов - биржа ведет реестр заключенных сделок.

Правила биржевой торговли принимают во внимание две разновидности биржевых сделок: спотовые и срочные.

Как отмечалось, кассовые сделки (сделки "спот") характеризуются исполнением в момент заключения либо в течение незначительного времени, указанного в Правилах биржевой торговли, другом акте. Н.И. Нерсесов указывает, что эти сделки совершаются в форме купли-продажи немедленно и за наличные деньги с вручением бумаг из рук продавца в руки покупателя <1>.

<1> См.: Нерсесов Н.И. Торговое право. М., 1896. С. 181.

В настоящее время оплата осуществляется в безналичном порядке в сроки, установленные самими биржами, которые составляют от нескольких дней до двух недель. Так, согласно Правилам проведения торгов по ценным бумагам на ММВБ (п. 15.8) поставка ценных бумаг на счет депо покупателя в депозитарий осуществляется на пятый рабочий день после даты заключения сделки. Кассовая сделка, согласно Правилам Петербургской биржи, по продаже ценных бумаг требует передачи покупателю ценных бумаг в течение 14 дней.

Кассовые сделки отличаются от срочных реальной поставкой биржевого товара. Спотовый рынок оперирует не стандартными лотами, а любым количеством товаров, определяемым сторонами договора. Кассовые (спотовые) сделки могут быть зарегистрированы только при резервировании денег и ценных бумаг. Заявки на совершение кассовых сделок на покупку или продажу ценных бумаг требуют предварительного помещения необходимых денежных средств на счет покупателя, а ценных бумаг - на счет депо, открываемый продавцу в депозитарии.

Рассмотрим подробнее особенности срочных сделок.

§ 2. Срочные сделки

Срочные сделки также по своей сути не отличаются от обычных сделок <1> и представляют собой соглашение, по которому одна сторона обязуется передать другой стороне в собственность товар, а другая, в свою очередь, - заплатить за него заранее обусловленную цену.

<1> См.: Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа // Хозяйство и право. 1999. N 6. С. 27; Авилина Н.В., Козырь О.М. Указ. соч. С. 50.

К объектам срочного рынка в литературе относят производные инструменты, или деривативы. Под деривативами понимают финансовые инструменты, ценность которых проистекает из колебания цен на соответствующие активы, такие как финансовые продукты или статистические индикаторы <1>. В литературе отмечается, что деривативы разделяются на простую покупку на срок (прямые срочные сделки), под видами которых являются внебиржевой "форвард" и биржевой фьючерс, на свопы и опционы.

<1> См.: Дэвид С. Кидуэлл, Ричард Л. Петерсон, Дэвид У. Блэкуэлл. Финансовые институты, рынки и деньги / Пер. с англ. М., 2000. С. 284.

Зарубежные специалисты отмечают, что фьючерсные и форвардные рынки были специально созданы для того, чтобы помочь компенсировать ценовые риски торговых операций по будущим поставкам валюты, ценных бумаг или товаров за счет приобретения срочных контрактов. Эти рынки дают возможность установить ценовые параметры сделки до момента поставки товара в будущем.

Особенностью срочных сделок является отложенный срок исполнения. Стороны оговаривают предмет сделки (на фондовом рынке - вид ценных бумаг), стоимость ценных бумаг на определенную дату либо через указанный в договоре срок.

Порядок заключения срочных сделок устанавливается в соответствии с нормами законодательства о биржевой деятельности главным образом в Правилах биржевой торговли, утверждаемых самими биржами.

Правила биржевой торговли отражают общие требования гражданского законодательства к торгам, а также учитывают специфику проведения биржевых торгов, особый порядок заключения сделок и требования к форме сделок. Так, срочные сделки на биржевом рынке должны соответствовать требованиям, установленным Положением о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг, утвержденным Приказом Федеральной службы по финансовым рынкам (в ред. от 22 июня 2005 г. N 05-22/пз-н), и положениям Приказа ФСФР от 4 августа 2006 г. N 06-95/пз-н "О порядке оказания услуг, способствующих заключению срочных договоров (контрактов), а также особенностях осуществления клиринга срочных договоров (контрактов)" <2>.

<2> Там же.

Правила торговли включают следующие основные положения: порядок и условия допуска участников рынка к торгам; порядок выставления на торги объекта торговых сделок; механизм проведения торгов; условия исполнения сделок; порядок осуществления расчетов, разрешения споров биржевым арбитражем либо биржевой арбитражной комиссией; другие условия.

Срочный и спотовый рынки взаимосвязаны. В.А. Галанов отмечает, что цена ценных бумаг на фьючерсном рынке производна от реального рынка <1>. При необходимости ценные бумаги приобретают на спотовом рынке, а на срочном заключают сделки относительно тех же ценных бумаг для подстраховки.

<1> См.: Галанов В.А. Производные инструменты срочного рынка: Учебник. М., 2002. С. 112.

Для современных бирж характерными являются электронные торги. Электронные торги осуществляются с центральной биржевой площадки через сеть региональных терминалов, работающих в режиме реального времени <1>.

<1> Впервые электронные торги осуществлялись на Лондонской фондовой бирже в 1986 г. В России Санкт-Петербургская фондовая биржа с 1997 г. начала электронные торги ценными бумагами.

Рассмотрим особенности заключения срочных сделок. К срочным сделкам относятся: фьючерсные, форвардные, опционные и др. Срочные сделки, как и другие заключаемые на бирже, отличаются от иных гражданско-правовых сделок по субъектному составу.

Владельцы и приобретатели ценных бумаг, другого товара, как отмечалось, участвуют на биржевых торгах не непосредственно, а с помощью своих представителей, которыми являются профессиональные участники биржи - брокеры и дилеры, выступающие на основании договоров с продавцами и приобретателями биржевого товара и доверенности, определяющей пределы их полномочий <1>.

<1> См.: Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 17.

Все участники торгов должны быть зарегистрированы. На время проведения биржевой сессии участникам торгов присваиваются персональные коды, которые фиксируются электронной торговой системой при заключении каждой сделки, что позволяет владельцам и покупателям биржевого товара общаться с брокерами и контролировать их деятельность <1>.

<1> Индивидуальные пароли и электронные ключи позволяют владельцам биржевого товара общаться с участниками торгов, исключив несанкционированное вторжение.

Из участников торгов в первую очередь следует назвать саму биржу.

Биржа является не контрагентом, а посредником <1>. От имени и за счет биржи сделки заключаться не могут <2>. Каждый участник биржевых торгов направляет заявку на приобретение

или продажу определенного товара в заданном количестве по указанной цене. Но поскольку речь идет о срочном рынке, то в заявке указывают конкретную дату либо период, по истечении которого будет исполнена сделка.

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 558.

<2> Исключение составляют случаи, когда биржа организует выставку-продажу товара, собственником которого является сама биржа.

Биржа непосредственно не покупает и не продает, но регистрирует заявки и таким образом находит вторую сторону контракта, когда имеются схожие заявки, но с обратной направленностью. К примеру, одна сторона продает 1000 акций "Лукойла" по предлагаемой цене, а другая сторона желает их приобрести.

Биржа выступает профессиональным участником торгов. Она организует торги, устанавливает требования, предъявляемые к участникам торгов на основании Правил биржевой торговли. Правила являются обязательным приложением к договору участника торгов с биржей <1>. Присоединение к Правилам служит необходимым условием доступа участника к торговле на бирже.

<1> Правила биржевой торговли развивают нормы действующего законодательства применительно к биржевой деятельности. В литературе отмечается, что Правила торговли по своей юридической природе являются формализованными деловыми обыкновениями (см.: Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Указ. соч. С. 28).

Договор присоединения (ст. 428 ГК), в который вступает каждый вновь приходящий участник, обеспечивает равные условия для всех участников торгов, облегчает возможность ознакомления со всем списком предложений и ускоряет процесс заключения биржевых договоров.

Биржа призвана оповещать участников торгов о месте и времени проведения биржевой сессии, предоставляет информацию о котировке ценных бумаг, допущенных к обращению на данной бирже, знакомит с иными сведениями, представляющими интерес для участников торгов.

Биржа как организатор торгов на фондовом рынке должна соответствовать требованиям, установленным Положением о требованиях, предъявляемых к организаторам торговли на рынке ценных бумаг, утвержденным Постановлением ФКЦБ России от 4 января 2002 г. N 1-пс.

Непременным участником биржевых торгов выступают расчетные палаты (клиринговые центры), в которых каждому участнику торгов открывается клиентский счет (ст. 28 Закона о товарных биржах). Участник торгов наряду с договором с брокером обязан заключить договор с расчетной палатой на клиринговое обслуживание (клиринг от англ. "clearing" - система безналичных расчетов) <1>. Согласно этому договору расчетной палате поручается найти второго контрагента срочной сделки. После нахождения заявки со встречным предложением расчетная палата регистрирует срочный договор и осуществляет необходимые расчеты <2>. Расчеты совершаются не после наступления срока исполнения срочной сделки, а ежедневно, что обеспечивает, гарантирует сторонам, заключившим срочный договор, поступление соответствующих средств <3>.

<1> Закон о рынке ценных бумаг (ст. 6) определяет клиринговую деятельность как деятельность по определению взаимных обязательств (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним).

<2> Регистрация является формой существования оферт и акцептов биржевого рынка. Регистрация встречных заявок расчетной палатой дает возможность выявить срочные сделки, необходимые для их исполнения и осуществления расчетов по ним. По общему правилу регистрации сделок остается за пределами норм, регулирующих форму сделок. Однако с учетом особенностей регистрации на биржевом рынке заслуживает внимание высказанное в литературе мнение о том, что регистрация является необходимым элементом формы биржевой сделки (см.: Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Указ. соч. С. 28).

<3> Гарантией окончательного расчета по срочным договорам является также наличие специального резервного фонда денежных средств, предусмотренного Правилами торговли на срочном рынке. См., например: Галанов В.А. Указ. соч. С. 122.

С этой целью стороны срочной сделки должны внести на счет, открытый брокером в расчетной палате (либо в банке), гарантийный взнос, который называется начальной или депозитной маржой <1>. В соответствии с торговыми обычаями начальная маржа составляет от 2 до 10% стоимости контракта.

<1> См.: Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж. В. Указ. соч. С. 696.

Расчетная или клиринговая палата не является стороной срочного контракта, она лишь выступает в роли коммерческого представителя в соответствии с правилами ст. 184 ГК РФ. Институт представительства широко используется в биржевой торговле, когда сделка совершается не покупателем и продавцом биржевого товара, а их представителями, действиями которых непосредственно создаются, изменяются и прекращаются гражданские права и обязанности (ст. 182 ГК РФ). Отношения между участником торгов (представляемым) и профессиональными участниками биржевого рынка (представителем) чаще всего основываются на договоре поручительства.

Для коммерческого представительства характерным является одновременное представление обеих сторон биржевой сделки <1>. Стороны биржевой сделки, как и их представители, обязаны действовать разумно и добросовестно и несут за свои действия гражданско-правовую ответственность.

<1> Коммерческое представительство - представительство в предпринимательской сфере является новеллой Гражданского кодекса 1994 г.

Коммерческий представитель обязан действовать с заботливостью обычного предпринимателя (ч. 1 п. 2 ст. 184 ГК РФ). При превышении представителем его полномочий сделка считается совершенной от имени и в интересах совершившего его лица, если она не будет одобрена впоследствии представляемым (п. 1 ст. 183 ГК РФ).

Другим участником биржевой сделки является дилер. Особенностью сделок, совершаемых дилером, является их совершение от своего имени и за свой счет (ст. 4 Закона о рынке ценных бумаг).

В отличие от брокера дилер выступает стороной биржевого контракта. Он становится собственником купленного на бирже товара <1>.

<1> См.: Правила осуществления брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации, утвержденные Постановлением ФКЦБ от 11 октября 1999 г. N 9 (в ред. от 16 марта 2005 г.).

Дилерской деятельностью признается совершение срочных сделок от своего имени и за свой счет путем публичного объявления цен по определенным срочным сделкам и обязательством заключения таких сделок по объявленным лицом, осуществляющим такую деятельность, ценам (ст. 6 проекта Закона "О срочном рынке").

Отдельные нормативные акты допускают смешение дилерской и брокерской деятельности. Представляется, что этот факт связан с тем, что реальным собственником товара, приобретенного дилером, часто является третье лицо, которое не желает открыто участвовать в биржевой торговле, что может привести к нарушению требований Закона об акционерных обществах, Закона о конкуренции, других нормативных актов.

Очевидно, в этом смысле О.Н. Садиков подчеркивает, что у дилера отношения представительства не возникают, если лицо действует хотя и в чужих интересах, но от собственного имени <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 379.

Дилер, получивший лицензию, вправе совершать срочные сделки только после заключения договоров с биржей как организатором торгов и клиринговой палатой (центром) об организации клирингового обслуживания, а также уплатив в установленном размере взнос в страховой фонд и средства гарантийного обеспечения. Дилер принимает участие в биржевых торгах с помощью автоматизированного рабочего места, подключенного к торговой системе, через трейдера, который выступает от имени дилера.

Заявку на приобретение (либо продажу) тех или иных ценных бумаг подает трейдер от имени дилера. При регистрации заявки трейдера в торговой системе в реестре указываются наименование и индивидуальный код дилера. Стороной в срочном договоре (фьючерсном или опционном контракте) выступает дилер, который вносит начальную (залоговую) маржу. Права и обязанности, вытекающие из заключенного на бирже контракта, возникают у дилера, который становится собственником приобретенных по фьючерсному или опционному контракту ценных бумаг, дилеру принадлежат средства, полученные от реализации принадлежащих ему ценных бумаг <1>. Дилер зарабатывает на разнице цен продажи и покупки биржевого товара, а доход брокера составляют комиссионные <2>.

_____

<1> См.: Дэвид С. Кидуэлл, Ричард Л. Петерсон, Дэвид У. Блэкуэлл. Указ. соч. С. 286.

<2> См.: Рынок ценных бумаг / Отв. ред. В.А. Галанов, А.И. Басов. М., 2000. С. 108; Буренин А.Н. Фьючерсные, форвардные и опционные рынки. М., 2003. С. 52.

Большинство сделок на бирже заключаются брокером.

В соответствии с проектом Закона "О срочном рынке" брокерской деятельностью признается совершение срочных сделок в качестве поверенного или комиссионера, действующего на основании договора поручения или комиссии, а также доверенности на совершение таких сделок при отсутствии указаний на полномочия поверенного или комиссионера в договоре (ст. 4).

Таким образом, субъектом отношений, вытекающих из срочной сделки, является клиент, а не брокер. Брокер является представителем клиента, а договор является двусторонним и взаимным.

К существенным условиям договора между биржевым брокером и его клиентом, на основании которого совершаются срочные сделки на биржевом рынке, относятся признание и обязанность исполнения биржевым брокером и клиентом правил биржевых торгов и условий клирингового обслуживания (п. 2 ст. 5 проекта Закона "О срочном рынке") <1>.

_____

<1> Согласно п. 1.6 Постановления ФКЦБ России от 14 августа 2002 г. N 32/пс "Об утверждении Положения о клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг" клиринговая организация осуществляет клиринг на основании полученных от участников клиринга поручений. Брокеры и дилеры на основании договора о клиринговом обслуживании и поручений делегируют свои права (в том числе право акцепта) коммерческому представителю. Клиринговая организация наделяется правом на заключение от имени участников торгов фьючерсных договоров, их исполнение от имени брокеров и дилеров.

Брокер и дилер участвуют в торгах с помощью сотрудников биржи - трейдеров. Трейдеры - лица, объявляющие заявки и совершающие сделки от имени участника торгов <1>.

_____

<1> Ранее правовое положение трейдера регулировалось актами ФКЦБ, которые ныне утратили силу. См.: Постановление ФКЦБ России от 4 ноября 1998 г. N 43 "Об утверждении Положения о предоставлении отчетности организаторами торговли на рынке ценных бумаг" и Постановление ФКЦБ России от 16 ноября 1998 г. N 49 "Об утверждении Положения о требованиях, предъявляемых к организаторам торговли на рынке ценных бумаг".

Права и обязанности трейдера устанавливаются правилами торговли каждой биржи. К примеру, согласно Правилам секции срочного рынка ММВБ трейдер - физическое лицо, уполномоченное членом секции на заключение от его лица сделок, а также на совершение иных действий. Регистрация заявок осуществляется организатором торгов.

Трейдеры представляют также расчетные фирмы, которые уполномочены проводить расчеты по биржевым сделкам.

Трейдер является представителем только одного участника торгов, который выдает трейдеру доверенность на совершение срочных сделок. Он должен зарегистрироваться у организатора торговли с присвоением индивидуального кода, который свидетельствует о том, какого именно участника торгов он представляет. Таким образом, срочные биржевые сделки обладают следующими основными признаками:

- срочная биржевая сделка является видом гражданско-правовых сделок;
- срочная биржевая сделка заключается с помощью биржи в течение торговой сессии - времени, когда на бирже проводятся торги;
- предметом срочной биржевой сделки является только биржевой товар, т.е. включенный в котировочный список данной биржи, а торговля осуществляется стандартизированным по количеству и качеству товаром;
- срочные биржевые сделки заключают профессиональные участники рынка;
- срочная биржевая сделка заключается в письменной форме путем отбора совпадающих встречных заявок, отправленных на биржу посредством электронной связи, позволяющей достоверно установить сторону, подписавшую заявки, в соответствии с требованиями п. 2 ст. 434 и ст. 438 ГК РФ, а также Правил биржевой торговли на срочном рынке;
- срочная биржевая сделка должна быть зарегистрирована биржей.

Более подробную регламентацию заключения срочных биржевых сделок можно проследить на примере фьючерсных договоров.

Глава 18. ФЬЮЧЕРСНЫЙ ДОГОВОР

§ 1. Понятие "фьючерсный договор"

К фьючерсным (от англ. "future" - будущий) поставочным договорам следует отнести заключаемые на бирже соглашения, по которым одна сторона обязуется передать в собственность другой стороне оговоренный в заявке биржевой товар (именуемый в экономической литературе базовым активом) <1> в будущем (в указанное время либо через установленный срок), а другая сторона обязуется уплатить за него оговоренную сумму <2>.

<1> В проекте Закона "О срочном рынке" разъясняется понятие "базовый актив", которое включает в себя иностранную валюту, ценные бумаги, иное имущество и имущественные права, процентные ставки, кредитные ресурсы, индексы цен или процентных ставок.

<2> См.: Буренин А.Н. Указ. соч. С. 51; Галанов В.А. Указ. соч. С. 93; и др.

Фьючерсные контракты регулируются Законом о товарных биржах и биржевой торговле от 20 февраля 1992 г. N 2383-1 (с посл. изм.), Законом о рынке ценных бумаг от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ в ред. от 28 июля 2004 г. N 89-ФЗ (с посл. изм.), другими законами <1>, ведомственными актами Федеральной службы по финансовым рынкам <2> и Центрального банка Российской Федерации <3>, иными нормативными актами, Правилами биржевой торговли, принимаемыми на каждой бирже <4>.

<1> Согласно нормам ст. 301 Налогового кодекса РФ под финансовыми инструментами срочных сделок понимаются соглашения участников срочного рынка, регулирующие их права и обязанности в отношении базисного актива, в том числе фьючерсные, опционные, форвардные контракты.

<2> Положение о порядке оказания услуг, способствующих заключению срочных договоров (контрактов), а также особенностях осуществления клиринга срочных договоров (контрактов), утвержденное Приказом ФСФР от 24 августа 2006 г. N 06-95/пз-н .

<3> Например: Инструкция ЦБ РФ от 22 мая 1996 г. N 41 "Об установлении лимитов открытой валютной позиции и контроля за их соблюдением уполномоченными банками Российской Федерации" .

<4> Примером могут служить Правила совершения срочных сделок открытого акционерного общества "Фондовая биржа Российская Торговая Система", утвержденные советом директоров 20 марта 2006 г.

Фьючерсные сделки являются видом срочных сделок, которые содержат как общие для всех срочных сделок условия, так и специальные. К общим условиям относятся положения об объекте фьючерсной сделки, которым может быть только стандартизированный товар, а также то обстоятельство, что срок исполнения отдален от срока заключения.

К специальным относится условие о том, что фьючерсная сделка может быть заключена только на бирже и исключительно с помощью биржевых посредников. Важной особенностью фьючерсной сделки является возможность заключения обратной (офсетной) сделки. Так как условия контрактов стандартны (1000 долларов США; 100 акций акционерного общества "Газпром", 100 акций акционерной компании "Внешторгбанк" и т.д.), то единственное, что остается при заключении фьючерсных договоров, - это согласование цены и количества фьючерсных контрактов.

Все условия стандартизированного контракта, кроме цены, разрабатываются организатором торгов, т.е. биржей, до начала торгов, и регистрируются в Федеральной службе по финансовым рынкам <1>.

<1> Так, например, Спецификация фьючерсного контракта на ММВБ в соответствии в п. 6 ст. 08.03 Правил секции срочного рынка включает: 1) наименование (код) фьючерсного контракта; 2) вид фьючерсного контракта (поставочный, расчетный фьючерсный контракт и фьючерсный контракт и возможность изменения его с поставочного на расчетный и наоборот); 3) финансовый инструмент фьючерсного контракта и его количество; 4) порядок исполнения данного фьючерсного контракта (в том числе порядок уплаты вариационной маржи); 5) первый и последний день заключения фьючерсного контракта; 6) порядок определения размера и внесения начальной маржи по данному фьючерсному контракту; 7) порядок определения размера вариационной маржи по данному фьючерсному контракту. Подробнее см.: Петросян Э.С. Оферта и акцепт на рынке срочных сделок // Право и экономика. 2004. N 9.

Стандартизация биржевого товара позволяет отнести фьючерсные договоры к договорам присоединения <1>. Однако в литературе встречаются возражения против такой трактовки фьючерсных договоров на том основании, что стандартные условия контрактов разрабатываются не одной из сторон сделки, а биржей, которая не является контрагентом биржевых договоров <2>.

_____

<1> См., например: Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности. М., 1998. С. 479.

<2> См.: Иванова Е.В. Финансовые деривативы: фьючерс, форвард, опцион, своп. М., 2006. С. 104 - 105.

Действительно, в ст. 428 ГК устанавливается правило о том, что договором присоединения 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.

Фьючерсный договор является договором присоединения, не преследующим такие цели, как, например, обеспечение равных прав пользователей электрической или тепловой энергией, а направленный исключительно в интересах упрощения и ускорения биржевой торговли, поскольку приобретаются не единицы товара, а целые партии (например, 100, 1000 и более единиц валюты, ценных бумаг и т.д.) <1>.

_____

<1> См., например: Фельдман А.Б. Производные финансовые и товарные инструменты. М., 2003. С. 112; Колб Роберт. Финансовые деривативы / Пер. с англ. М., 1997. С. 44.

То, что условия фьючерсного контракта разработаны не одной из сторон фьючерсного договора, а биржей, не противоречит сущности договоров присоединения, стандартные условия которых предназначены для общего и неоднократного использования. Эту особенность договоров присоединения хорошо показали комментаторы Принципов международных коммерческих договоров, разработанных УНИДРУА, отмечая, что важным является не то, как они представлены по форме, а также не то, кем они подготовлены (самой стороной, предпринимательской или профессиональной ассоциацией и т.п.), и не их объем. "Решающим является тот факт, что они разработаны предварительно для общего и повторяемого использования и что они фактически используются в данном случае одной стороной без переговоров с другой стороной. Последнее требование, безусловно, относится только к стандартным условиям как таковым, которые другая сторона должна акцептировать в целом, в то время как другие условия этого же договора вполне могут быть предметом переговоров между сторонами" <1>.

<1> Цит. по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 64.

М.Н. Маленина также подчеркивает, что стороной, формулирующей условия договора присоединения, может быть любой субъект гражданского права <1>. Таким образом, сторонам фьючерсной сделки остается только указать количество лотов и цену одного контракта.

_____

<1> См.: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. В.П. Мозолина и М.Н. Малеиной. М., 2004. С. 79.

Форма выражения воли сторон фьючерсной сделки отвечает требованиям биржевого рынка. Так, фьючерсная сделка состоит из двух оферт - самостоятельных заявок. Одна сторона направляет заявку на приобретение биржевого товара, а другая - на продажу того же биржевого товара по указанной в заявке цене.

В соответствии с Правилами биржевой торговли в заявке должно указываться:

- обозначение фьючерса и дата его исполнения (например, акции общества "Внешторгбанк"; срок исполнения - 10 августа 2006 г.);
- тип предложения (покупка или продажа);
- номер раздела регистра учета позиций, т.е. наименование участника торгов;
- цена;
- объем предложений (количество фьючерсных контрактов).

Все поданные трейдером заявки регистрируются клиринговой палатой в торговой системе с указанием времени их регистрации.

Регистрация фьючерсного договора в реестре имеет юридическую силу без дополнительного подписания договора сторонами <1>.

_____

<1> См.: Дэвид С. Кидуэлл, Ричард Л. Петерсон, Дэвид У. Блэкуэлл. Указ. соч. С. 287; Буренин А.Н. Указ. соч. С. 52 - 53; Иванова Е.В. Указ. соч. С. 118.

Во фьючерсный договор включается заявка, зарегистрированная раньше других заявок. Приоритетному исполнению подлежит заявка на продажу, в которой указана меньшая цена товара и на покупку с предложением большей цены товара.

Заявки могут расходиться по объему товара. Встречная заявка может покрывать только часть объема второй заявки, тогда превышающий объем составляет другую заявку.

Цена товара может быть указана двумя способами: точно установлена (например, 100 рублей за фьючерсный контракт). Такие заявки называются рыночными в отличие от лимитированных, в которых указана цена не более, чем в данной заявке (например, не более 150 рублей за фьючерсный контракт).

Особенность биржевых заявок заключается в том, что они адресуются не конкретному лицу, а всем тем, кто зарегистрировал свои заявки на данной сессии той или иной биржи <1>. Заявка отвечает общим правилам ст. 435 ГК РФ, в соответствии с которыми заявка должна содержать ясные условия о виде биржевого товара (валюта, акции и т.д.), его количестве (один, два и более лотов) и цене за один фьючерсный контракт.

_____

<1> См., например: Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Указ. соч. С. 34.

Встречные заявки отбираются, из них формируются фьючерсные договоры в соответствии с типовым фьючерсным договором данной биржи. С момента появления совпадающей заявки с противоположной направленностью немедленно происходит фиксинг, заключается сама сделка, которая подлежит регистрации в реестре совершения сделок. С этого момента возникают обязательства сторон, которые не могут быть расторгнуты в одностороннем порядке.

Регистрация двух совпадающих заявок разной направленности осуществляется с учетом двух видов торгов: системных и внесистемных.

При системном порядке заключения сделок биржа отбирает совпадающие заявки и регистрирует фьючерсный договор.

Однако возможны ситуации, когда второй участник подает свою заявку с учетом уже имеющейся первой заявки. В этом случае второй участник должен указать в заявке наименование первого участника (номер раздела регистра учета позиций первого контрагента). В этом случае имеют место внесистемные торги, которые направлены на ускорение поисков контрагентов с обратными заявками.

Таким образом, фьючерсные договоры следует относить к консенсуальным договорам, поскольку договор считается заключенным с момента совпадения двух противоположных заявок и их биржевой регистрации в реестре совершенных сделок. Данное положение подтверждается Правилами совершения срочных сделок. Например, в ст. 7.4 Правил совершения срочных сделок, утвержденных решением совета директоров ОАО "Фондовая биржа "РТС" от 20 марта 2006 г., указывается, что поступившие от трейдеров заявки "регистрируются Биржей в Реестре заявок".

Поскольку срочные сделки, независимо от того, являются ли они поставочными либо заканчиваются заключением офсетной сделки, сопровождаются взаиморасчетами с передачей соответствующих сумм вариационной маржи, их следует отнести к условным сделкам, на которые распространяются нормы ст. 157 ГК РФ.

В современной литературе условным сделкам отводится недостаточно внимания. По общему правилу к условным сделкам следует отнести сделки, которые порождают предусмотренные ими права и обязанности либо прекращают свое действие на будущее время в зависимости от наступления или ненаступления определенного обстоятельства, указанного в сделке <1>. Указанное обстоятельство должно не зависеть от воли сторон и относиться к будущему времени. Контрагентам должно быть неизвестно, наступят либо не наступят в будущем обстоятельства, делающие сделку условной. Кроме того, данные обстоятельства должны быть связаны с наступлением самой сделки, а не тех или иных прав и обязанностей, вытекающих из сделки <2>.

_____

<1> См.: Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. проф. В.А. Рясенцев. М., 1965. С. 189 (автор раздела - В.А. Рясенцев).

<2> См.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Рук. авт. кол. проф. М.И. Брагинский. М., 1999. С. 276 (автор комментария - М.И. Брагинский).

Так, фьючерсный договор характеризуется тем, что неизвестно, какой будет цена предмета договора в момент исполнения договорного обязательства. И эта цена не зависит от воли сторон.

Фьючерсные договоры предваряют соглашения с расчетной палатой, в соответствии с которыми участник биржевых торгов обязуется выплачивать вариационную маржу, составляющую разницу между договорной и биржевой стоимостью биржевого товара, который является предметом фьючерсного договора. Вариационная маржа выплачивается сверх стоимости объекта

фьючерсного договора. Например, фьючерсный договор предусматривает приобретение одного лота акций определенного эмитента, включающего 1000 ценных бумаг. Допустим, договорная цена одного лота - 10 тысяч рублей. Эту сумму покупатель платит продавцу. Вариационная маржа может начисляться как продавцу, так и покупателю в зависимости от соотношения договорной цены указанных акций и их биржевой котировки. По этой причине начальная маржа должна быть на счете как покупателя, так и продавца.

Таким образом, фьючерсная сделка, расчетный форвардный контракт, который будет рассмотрен далее, представляют виды условных сделок, поскольку в момент заключения срочного договора неизвестно, будет ли меняться биржевая цена и как именно с момента заключения договора до момента его исполнения.

Согласно ст. 157 ГК РФ сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит.

В том случае, когда стороны поставили прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит, имеет место сделка, совершенная под отменительным условием.

Биржевые сделки относятся к сделкам, совершаемым под отлагательным условием. Необходимость выплатить суммы вариационной маржи наступает лишь тогда, когда биржевая цена объекта договора отличается от договорной.

Фьючерсный контракт не содержит условия о выплате вариационной маржи. Об этом, как указывалось, участники биржевой торговли договариваются с расчетной палатой либо с биржей в зависимости от того, является расчетная палата самостоятельным юридическим лицом либо отделом биржи.

Для фьючерсного договора характерно то, что такие условия являются ее дополнительным элементом, и по общему правилу сделки совершаются без включения в них таких условий <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 2005. С. 458 (автор комментария - О.Н. Садиков).

Особенностью фьючерсного договора является, как правило, не приобретение или реализация товарных ценностей. Подавляющее большинство (более 90%) фьючерсных договоров завершаются не поставкой ценных бумаг, валюты, других реальных товаров, а заключением обратной (офсетной) сделки <1>.

<1> См., например: Шарп У.Ф., Александер Г. Дж., Бэйли Дж.В. Указ. соч. С. 698; Колб Роберт. Указ. соч. С. 42 - 43.

Содержание такой сделки рассматривается в письме Комитета по товарным биржам при Министерстве антимонопольной политики России от 30 июля 1996 г., в котором отмечается, что "обязательства по получению (передаче) имущества или информации по фьючерсному контракту прекращаются с приобретением однородного фьючерсного контракта, предусматривающего соответственно передачу (получение) такого же имущества или информации, либо с их исполнением"

§ 2. Офсетная сделка

Офсетная сделка является видом срочной сделки, которая влечет прекращение прав и обязанностей по ранее открытой позиции в связи с возникновением противоположной позиции по одному и тому же срочному контракту (см. ст. 1 Правил совершения срочных сделок ОАО "Фондовая биржа "РТС").

Нет оснований рассматривать офсетную сделку в качестве "своеобразного отступного". Заключение офсетной сделки прекращает обязательство, но не является отступным. Стороны во фьючерсном договоре и в офсетной сделке, как правило, не совпадают. Размер вариационной маржи несопоставим со стоимостью фьючерсного контракта. В противном случае бессмысленно заключать офсетную сделку. Заключение офсетной сделки может не сопровождаться выплатой маржи. Например, в случаях, когда стоимость фьючерсного контракта к моменту его исполнения не изменилась на срочном рынке, но уменьшилась на спотовом рынке. В то же время судебно-арбитражная практика свидетельствует о том, что размер отступного соотносится с величиной долга.

Возможность заключения офсетной сделки как способа прекращения первоначального обязательства является особым правилом фьючерсной торговли, предусмотренным биржевыми правилами, и соответствует норме п. 1 ст. 407 ГК, в соответствии с которой обязательство

прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором.

Рассмотрим пример офсетной сделки.

Брокер А в июне 2006 г. подал заявку на приобретение 1000 акций ОАО "Сбербанк РФ" по цене 100 рублей за акцию со сроком исполнения через три месяца. Согласно заявке брокера В на этих же условиях он продает данные ценные бумаги. Биржа зарегистрировала указанную фьючерсную сделку. Стоимость акций ОАО "Сбербанк РФ" через месяц выросла до 110 рублей, в результате чего брокер А потерял интерес к этой сделке и подал заявку с обратным предложением - продать эти акции в указанные сроки, но уже по 110 рублей. Биржа зафиксировала офсетную сделку, в соответствии с которой брокер А закрыл свою позицию путем заключения другого договора о продаже брокеру С 1000 упомянутых акций. Брокер А реально не должен покупать акции у брокера В и не обязан их продавать брокеру С. Вместо него брокеру С продаст акции брокер В. Схематично это выглядит таким образом:

А покупает - В продает

А продает - С покупает

А закрывает свою позицию

В продает - С покупает.

Заключение офсетной сделки, как и возможность неоднократной передачи своих прав другому участнику фьючерсных торгов, составляет достоинство фьючерсной сделки.

Следует учесть, что при заключении поставочного фьючерсного договора предметом договора является поставка биржевого товара. В случае заключения офсетной сделки передаются права и обязанности.

Другой особенностью фьючерсной сделки является гарантия биржи (клиринговой палаты) осуществления платежей по фьючерсной сделке <1>. Эта гарантия заключается в ежедневной выплате вариационной маржи с момента регистрации фьючерсного договора до момента закрытия позиции <2>.

<1> См.: Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж.В. Указ. соч. С. 696.

<2> Согласно нормам Налогового кодекса РФ (ст. ст. 302 и 303) сумма вариационной маржи, причитающейся к получению налогоплательщиком в течение отчетного периода, признается доходом налогоплательщика.

Для расчета вариационной маржи используется котировочная цена, которая определяется для каждого вида контрактов по Правилам торговли на срочном рынке данной биржи, исходя из цены сделок с фьючерсным контрактом, зарегистрированным в течение торговой сессии <1>.

<1> В Правилах приводятся в основном следующие варианты расчета вариационной маржи:

- если позиция была открыта в течение торговой сессии, вариационная маржа будет равняться разности между котировочной ценой данной торговой сессии и ценой сделки;

- если на начало торговой сессии участник уже имел открытую позицию и не закрыл ее в ходе торгов, вариационная маржа будет равняться разности между котировочной ценой данной торговой сессии и котировочной ценой предыдущей торговой сессии;

- если на начало торговой сессии участник уже имел открытую позицию и закрыл ее в ходе торгов путем совершения обратной сделки, вариационная маржа будет равняться разности между котировочной ценой данной торговой сессии и ценой обратной сделки;

- если позиция была открыта и закрыта в течение данной торговой сессии, вариационная маржа будет равняться разности между ценой сделки по открытию позиции и ценой сделки по ее закрытию (см.: Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Указ. соч. С. 34).

Котировочная цена отражает ситуацию на бирже, например свидетельствует о падении доллара. Основные котировочные цены публикуются в печати.

Разница между котировочной ценой и ценой сделки составляет вариационную маржу. С целью осуществления выплат вариационной маржи до подачи заявки открывается маржевой счет каждому участнику фьючерсного договора независимо от того, является он покупателем или продавцом фьючерсного договора. После подачи заявки маржевой счет блокируется до момента закрытия участником торгов своей открытой позиции, т.е. до исполнения фьючерсного договора либо заключения офсетной сделки <1>.

<1> С этой целью продавец биржевого товара и депозитарий заключают договор об открытии и порядке обслуживания специального раздела (регистра) на счете депо для учета ценных бумаг, предназначенных к поставке по фьючерсному поставочному контракту.

В тех случаях, когда гарантийный взнос внесен денежными средствами, его следует рассматривать в качестве аванса, поскольку он служит целям выплат вариационной маржи. Если сумма гарантийного взноса недостаточна, сторона фьючерсного договора обязана в соответствии с условиями договора с клиринговой палатой внести дополнительные средства.

Сложнее обстоит дело, если гарантийный взнос внесен ценными бумагами. При необходимости осуществления выплат вариационной маржи клиринговая палата вправе реализовать необходимую часть ценных бумаг.

Участники фьючерсных торгов должны поддерживать на своем счете сумму равную или больше определенного процента от первоначальной маржи <1>.

<1> См.: Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж.В. Указ. соч. С. 727.

Приведем пример расчета вариационной маржи. Допустим, что биржевая цена менялась таким образом: 100; 110; 115 и 110.

Размер вариационной маржи в этом случае составит: 110 - 100 = 10; 115 - 100 = 15; 110 - 100 = 10 (где 100 - процентная договорная стоимость товара, 110 и 115 - биржевая стоимость одной единицы товара в определенный промежуток времени).

Брокер А	Брокер Б
- 10	+ 10
- 15	+ 15
- 10	+ 10
---	---
- 35	+ 35

Таким образом, участник биржевых торгов вправе приобрести биржевой товар по цене, указанной во фьючерсном договоре, если он не совершил офсетную сделку, но при этом осуществлять выплаты маржи в ситуации, когда биржевая цена не совпадает с ценой, установленной во фьючерсном контракте.

В нашем примере участник А закрыл свою позицию, т.е. не купил и не продал 1000 акций - один лот, о которых говорилось во фьючерсных договорах, но обязан выплатить участнику Б 35 тысяч рублей (35 x 1000), составляющих маржу за один лот (1000 акций по 100 рублей) с момента заключения фьючерсного договора до времени его исполнения.

В зависимости от целей, которые преследуют клиенты, они подразделяются на хеджеров, спекулянтов и арбитражеров, а сделки - на поставочные, расчетные и комбинированные.

Термин "хеджер" (англ. "hedge" - изгородь) используется в качестве ограждения от возможных потерь.

Хеджеры (хеджирование или страхование) - физические или юридические лица, которых, как правило, интересует приобретение реального товара на условиях минимизации риска потерь от неблагоприятного изменения цены товара. Хеджеры заинтересованы в обеспечении стабильности своих доходов и расходов. Ценовый риск хеджера слагается из риска изменения: цены товара, процентных ставок, курсов валют <1>. Приведем пример хеджирования.

<1> См.: Дэвид С. Кидуэлл, Ричард Л. Петерсон, Дэвид У. Блэкуэлл. Указ. соч. С. 291; Фельдман А.Б. Указ. соч. С. 69; Буренин А.Н. Указ. соч. С. 58.

Хеджер желает приобрести реальный товар. С целью минимизировать ценовые риски он заключает фьючерсный договор на приобретение данного товара через три месяца по цене 2000 рублей за контракт. Если за три месяца цены на срочном рынке не будут существенно отличаться от цен спотового рынка, хеджер приобретет указанный контракт.

В случае снижения цены на срочном рынке хеджер также заинтересован в приобретении реального товара на срочном рынке. В ситуации, когда цены выросли на срочном рынке, хеджер приобретет желаемый товар на спотовом рынке, а на срочном он закроет свои обязательства обратной сделкой - заявкой на продажу по действующей в этот период цене, допустим, по 2200 рублей за контракт. При этом хеджер потеряет путем выплат вариационной маржи 200 рублей за каждый заявленный контракт, но вернет эти средства путем приобретения товара на спотовом рынке. Хеджер в данном случае не воспользовался снижением цен на приобретаемый товар на спотовом рынке, но не потерял в случае резкого роста цены товара на срочном рынке.

Спекулянтом называется физическое или юридическое лицо, которое не интересует реальный товар. Он приходит на фьючерсный рынок с целью получения прибыли. Speculator - человек, занимающий выжидательную позицию (ожидающий прибыль от роста цен или падения) <1>.

<1> См.: Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж.В. Указ. соч. С. 702; Колб Роберт. Указ. соч. С. 44.

Допустим, утром котировка фьючерсного контракта составила 100 рублей. К вечеру того же торгового дня контракт стоил 110 рублей. Те брокеры и дилеры, которые приобрели контракт утром за 100 рублей, а вечером его реализовали за 110, закрыли свои позиции, т.е. реально никто не купил и не продал данный контракт, но при этом спекулянты выиграли 10 рублей на каждом заявленном контракте.

Но сделать это они могли только за счет тех участников торгов, которые не угадали тенденцию: играли на понижение (медведи), а цена товара стала повышаться (быки). Спекулятивные сделки, заключаемые на рынке деривативов, являются экономическим условием для создания на нем ликвидности <1>.

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> См.: Райнер Гюнтер. Деривативы и право / Пер. с нем. М., 2005. С. 6.

На фьючерсном рынке спекулянтов больше, чем хеджеров. Но их участие на фьючерсном рынке объективно необходимо и в тех случаях, когда они играют на валютных, биржевых и даже погодных индексах. Так, погодные индексы подвержены изменениям в зависимости от колебаний температуры в определенный период в том или ином регионе.

Подобные индексы используются для учета сезонности товара, а фьючерсные контракты на погодные индексы применяются в целях страхования экономических рисков, связанных с объемом продаж сезонных товаров <1>.

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> См.: Сарайкин С.В. Фьючерсные и форвардные контракты по праву США // Законодательство. 2000. N 11. С. 56 - 57.

С целью усиления системы гарантий исполнения фьючерсных договоров биржа устанавливает по каждому виду контракта лимит отклонения фьючерсной цены текущего дня от котировочной цены предыдущего дня.

Например, цена лота 100 рублей. Лимитное отклонение 10%. Следовательно, в ходе текущей торговой сессии фьючерсная цена может колебаться в границах 100 х 10, т.е. от 90 до 110 рублей.

Если предложения выходят за указанные пределы, биржа останавливает торговлю данным контрактом. Торговлю можно останавливать на несколько часов либо до конца дня, в редких случаях на несколько дней <1>.

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> Так, по Правилам совершения срочных сделок ОАО "Фондовая биржа "РТС" (ст. 15.1) председатель правления биржи вправе принять решение о приостановлении торгов срочными контрактами с данным базовым активом на срок не более трех торговых дней при возникновении обстоятельств непреодолимой силы, а также в случаях существенного изменения условий обращения на рынке базового актива или о прекращении его обращения, в связи с чем делается невозможным исполнение срочного контракта.

Ограничению активности также способствует установленный биржей позиционный лимит, т.е. ограничение общего числа контрактов, которые может держать открытыми один инвестор.

Таким образом, выплата вариационной маржи осуществляется ежедневно (в рабочие дни - до наступления срока исполнения фьючерсного договора). Окончательный расчет осуществляется в последний день. Тогда же заключается офсетная сделка либо осуществляются поставка биржевого товара и его оплата.

Выплата вариационной маржи не исключает необходимости выполнить фьючерсный договор, если отсутствует встречное обязательство.

Арбитражер ставит своей целью получение прибыли за счет разницы в ценах на спотовом и срочном рынках. Арбитраж - это профессиональный поиск и отслеживание разницы в ценах, как уже известной, так и ожидаемой в ближайшем будущем, с ограниченным риском и в относительно умеренных масштабах с целью получения устойчивой прибыли <1>.

–––––––––––––––––––––––––––––––

<1> См.: Вейсвеллер Р. Арбитраж / Пер. с англ. М., 1995. С. 19; Фельдман А.Б. Указ. соч. С. 79.

То, что стоимость объекта фьючерсного договора (валюта, ценные бумаги и т.д.) подвержена колебаниям, представляет привлекательность данного договора независимо от преследуемой цели: избежать потерь в случае резкого изменения цены либо выиграть на этом. Так, в литературе отмечается, что в обычной ситуации контрагенты вступают в деривативные отношения в целях

спекуляции, совершения арбитражных операций (получения прибыли на разнице между курсами покупки и продажи, хеджирования страхования рисков) или управления обязательствами имущественного характера <1>.

<1> См.: Райнер Гюнтер. Указ. соч. С. 12.

Однако трудно отличить зачастую хеджера от спекулянта, если ставилась цель приобретения реального товара, но из-за роста цены пришлось заключать обратную сделку с целью уменьшения потерь.

По этому поводу Г.Ф. Шершеневич писал, что практически невозможно отличить чистую биржевую спекуляцию от сделки на разницу, вызванной необходимостью страхования рисков <1>.

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 94.

Указанное сходство послужило причиной имевшего место отказа законодателя от судебной защиты срочных сделок, в том числе расчетного форвардного договора.

Глава 19. РАСЧЕТНЫЙ ФОРВАРДНЫЙ КОНТРАКТ

Ключевое отличие фьючерсных договоров от форвардных, заключаемых вне биржи <1>, состоит в наличии группы лиц, чья деятельность характеризуется элементом публичности, позволяющим квалифицировать такую группу лиц, как биржа в смысле Закона о товарных биржах <2>.

<1> К основным признакам форвардных договоров следует отнести: цель договора - реальная поставка товара; договор заключается непосредственно без участия биржи и биржевых посредников на внебиржевом рынке; договор заключается с отсрочкой исполнения; предметом договора является купля-продажа товара любого согласованного количества. См.: Кидуэлл Д.С., Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Финансовые институты, рынки и деньги / Пер. с англ. СПб., 2000. С. 286 - 287.

<2> См.: Сарайкин С.Ф. Фьючерсные и форвардные контракты по праву США // Законодательство. 2000. N 11. С. 56.

§ 1. Понятие "форвардный договор"

Форвардные договоры (от англ. "forward" - вперед) являются видом срочных договоров, т.е. договоров с исполнением в будущем. Субъектами форвардных договоров являются продавцы и покупатели реального товара (валюты, ценных бумаг и т.п.), которые в обычном порядке заключают друг с другом сделки непосредственно, а не с помощью сотрудников биржи <1>.

<1> См.: Буренин А.Н. Фьючерсные, форвардные и опционные рынки. М., 2003. С. 18.

Как отмечает Г. Райнер, "биржевые фьючерсы отличаются от внебиржевых форвардов тем, что заключаются не в целях исполнения обязательства, предусмотренного договором: участники рынка, как правило, стремятся к прекращению своих обязательств путем совершения обратной сделки до наступления момента исполнения обязательств по фьючерсу. Возможность в любой момент провести так называемую ликвидацию обеспечивается механизмом централизованной торговли, существующим на срочной бирже" <1>.

<1> Райнер Г. Деривативы и право / Пер. с нем. М., 2005. С. 98.

Форвардные сделки, как и фьючерсные, призваны для того, чтобы помочь компенсировать ценовые риски торговых операций по будущей поставке товара, составляющего объект срочного договора, т.е. договора, в котором цена устанавливается в момент заключения, а не его исполнения <1>.

<1> См., например: Буренин А.Н. Указ. соч. С. 18; Шевченко Г.Н. Биржевые сделки с ценными бумагами // Право и экономика. 2005. N 7.

Чаще всего форвардные договоры заключаются с целью приобретения валюты с отсроченным сроком исполнения.

Контрагенты срочного рынка, заключая форвардную сделку, ограничивают ценовой риск, но не могут воспользоваться выгодой при благоприятном курсе цены товара.

К примеру, заключается форвардный договор на приобретение 10 тысяч евро по цене 33,8 рубля за один евро. Договор заключен в мае 2006 г. со сроком исполнения в августе того же года. Допустим, в августе евро может стоить 34,2 рубля. Покупатель в этом случае совершил выгодную сделку. Но евро мог стоить значительно меньше цены договора (33,8 рубля), поэтому покупатель совершил сделку на срочном рынке, а не стал рисковать. В то же время ему было выгодно приобрести валюту на спотовом рынке с немедленной поставкой и немедленным расчетом по цене, близкой к обменному курсу.

Форвардные договоры считаются более рисковыми по сравнению с фьючерсными, поскольку форвардный рынок не дает права на офсетную сделку, т.е. условия форвардного договора в одностороннем порядке нельзя менять. Контрагент не вправе путем обратной заявки закрыть сделку.

Внебиржевой рынок имеет свои достоинства. Так, он позволяет приобрести или реализовать товар в любом желаемом количестве, а не лотами, как при заключении фьючерсных контрактов. Объектом форвардного договора могут быть ценные бумаги разных эмитентов.

Вместе с тем форвардные сделки, как и фьючерсные, призваны для того, чтобы помочь компенсировать ценовые риски торговых операций по будущей поставке товара, составляющего объект срочного договора, т.е. договора, в котором цена устанавливается в момент заключения, а не его исполнения.

Форвардные сделки экономически важны не меньше фьючерсных, поскольку сделки на форвардном рынке обеспечивают баланс спроса и предложений, в том числе на заявки на покупку и продажу денежных средств, но поскольку они не подпадают под установленные в первой главе критерии предпринимательских договоров, в данном разделе рассматриваются только расчетные форвардные договоры, в которых стороны не ставили своей целью куплю-продажу биржевого товара, а ограничились выплатой вариационной маржи, речь идет о расчетном форвардном контракте (РФК) или о "сделках на разницу".

§ 2. Особенности "сделок на разницу"

Г.Ф. Шершеневич указывал, что в основании сделок на разницу будет лежать "намерение сторон исполнить ее простым расчетом разности. При совершении таких сделок часто ни продавец не имеет товара, который обязался поставить, ни покупщик - суммы денег, какую он должен будет заплатить. Это будут сделки на разность, которые, хотя могут совершаться вне биржи, но существуют и питаются главным образом биржевой атмосферой" <1>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. М., 2003. С. 489.

В настоящее время правовая природа расчетного форварда не изменилась <1>. Как отмечает В.А. Рахмилович, "при его исполнении не происходит ни движения товара, ни оказания услуг. Вообще, между сторонами расчетного форварда ничего, кроме однократной платы денег, не происходит. Хотя стороны расчетного форварда заключают его с целью получения дохода, тем не менее доход, приобретаемый одной из них, не обусловлен ни трудами, ни какими-либо расходами. В результате этой сделки выгодополучатель получает доход, как факт, так и размер которого зависит исключительно от колебания цен на рынке...".

<1> Alsheimer, Constantin H. Die Rechtsnatur derivativer Finanzinstrumente und ihre Darstellung im Jahresabschluss. Frankfurt am Main, 2000.

Арбитражная практика рассмотрения споров, вытекающих из расчетного форвардного контракта.

Начиная с 1998 г. судебно-арбитражная практика квалифицировала сделки на разницу в качестве разновидности пари. Так, в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа по одному из споров, вытекающих из расчетного форвардного контракта, отмечалось, что стороны заключили "не что иное, как сделку "пари", т.е. игровую сделку", обязательства по которой, взятые каждой из сторон по настоящему делу, не подлежат судебной защите по действующему российскому гражданскому законодательству, в том числе по ст. 1062 ГК РФ, тем более что обе эти конверсионные сделки были заключены истцом и ответчиком на добровольных началах" <1>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 10 августа 1999 г. N ГК-А40/2424-99 .

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по наиболее цитируемому делу указал, что подобным сделкам может быть предоставлена судебная защита лишь в случае реальной передачи валюты с одновременным согласием на взаимозачет встречных обязательств,

когда хотя бы одним из участников данные сделки совершались с хозяйственной целью (страхование рисков по валютным контрактам, инвестициям и т.п.). Высший судебный орган пришел к выводу, что действующее законодательство указанные сделки не регулирует и не содержит указаний на предоставление подобным сделкам судебной защиты <1>.

<1> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 1999 г. N 5347/98 // Вестник ВАС РФ. 1999. N 9. С. 40 - 41.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, ссылаясь на ст. 1062 ГК РФ, отказал в удовлетворении иска на основании того, что отсутствуют доказательства совершения спорных сделок хотя бы одной из сторон с какой-либо хозяйственной целью. По мнению МКАСа, эти сделки следует отнести к одному из видов игровых сделок <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 66. См. также: Монастырский Ю.Э. Проблема применимого права в делах о несостоятельности (пример судебной практики). М., 2000. С. 51.

Конституционный Суд Российской Федерации отказал в судебной защите сделок, основанных на расчетном форвардном контракте, по мотивам отсутствия доказательств, подтверждающих наличие у сторон хозяйственного интереса, такого как страхование риска, обеспечение исполнения заключенных контрактов и др. <1>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. "О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка "Банк Сосьете Женераль Восток" // СЗ РФ. 2002. N 52.

Конституционный Суд в этом вопросе встал на позицию дореволюционных юристов, рассматривающих сделки на разницу как разновидность игр и пари <1>. К примеру, А.Х. Гольмстен отмечал, что "под видом срочных сделок производится азартная биржевая игра" <2>.

<1> См., например: Мельничук Г.В. Правовая природа расчетных форвардных сделок и сделок РЕПО // Законодательство. 2000. N 2. С. 22 и др.

<2> Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. СПб., 1895. С. 184.

По мнению его современника Д.И. Мейера, "биржевая игра представляет зарабатывание денег без какого-либо труда и усилий, самым трудным способом" <1>. С этих позиций оценивал судебную практику К.П. Победоносцев <2>.

<1> Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 254.

<2> К.П. Победоносцев приводит дело Петрококино и Гериберга 1875 г., по которому решением Сената на основании п. 5 ст. 1529 срочная сделка признана незаконной. См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья. Договоры и обязательства. М., 2003. С. 540 - 541 (по раб. 1896 г.).

Однако встречались и противоположные мнения. Так, П.П. Цитович отграничивал биржевые сделки от игр и пари. Ученый полагал, что "на бирже не играют и не держат пари, но оперируют, спекулируют; исполнение сделок следует скоро: или немедленно, или в короткий срок. Спекулируют продавец и покупщик - один рассчитывает на понижение, другой - на повышение курса. Тот или другой может просчитаться, и если закон запрещает сделки на срок, то откажется от исполнения сделки, ссылаясь на запрещение биржевой игры, на недействительность сделок, на разность" <1>.

<1> Цитович П.П. Учебник торгового права // Труды по торговому и вексельному праву: В 2 т. Т. I. М., 2005. С. 383 (по раб. 1896 г.).

Российская судебная практика по рассматриваемому вопросу была вызвана банковским кризисом 1998 г., когда стоимость доллара США возросла с 6 рублей до 24 - 26 рублей, что поставило российские банки в тяжелое положение при заключении расчетных форвардных сделок на иностранных рынках. Ранее, когда колебания доллара были незначительны, банки исправно

выплачивали вариационную маржу, а проблема судебной защиты российских форвардных контрактов (РФК) не препятствовала заключать срочные сделки.

§ 3. Причины отказа от судебной защиты сделок типа игр и пари

Как отмечалось, обязательства, вытекающие из игр и пари, лишены судебной защиты. В литературе указывается, что из игр и пари обязательства возникают, но эти обязательства, подобно натуральным обязательствам, не подлежат судебной защите <1>.

<1> Натуральные обязательства были широко распространены в римском праве. К натуральным обязательствам относились обязательства, по которым стороны или одна сторона не могут обязываться ввиду отсутствия правосубъектности, например обязательство раба, обязательства несовершеннолетнего без согласия опекуна и др. См., например: Дернбург Г. Пандекты. Т. II. Обязательственное право. М., 1911. С. 12 и др.

Определение пари дается в решении Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената за 1883 г. N 57 : "По общему понятию пари - это такое соглашение, которое, имея все внешние признаки договора, вызывается не действительными и серьезными потребностями жизни, а прихотью или страстью и в котором стремление достигнуть известного результата лишь путем риска составляет единственный мотив соглашения".

Важно подчеркнуть, что мотивом пари является риск <1>. На этом основании Правительствующий сенат разъясняет причину того, что ФГК относит пари к рисковым договорам, наравне с игрою отказывает в судебной защите: здесь выразилось нежелание законодателя покровительствовать сделкам пари вследствие отсутствия серьезности в их содержании и ничтожности интереса, представляемого ими для гражданской жизни общества. Но чтобы подвести какой-либо договор под пари, необходимо, чтобы он обладал именно этими свойствами <2>.

<1> Подробнее о гражданско-правовом риске см.: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976; Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Часть вторая. Душанбе, 1972. С. 47.

<2> См.: Законы гражданские. С разъяснениями Правительствующего сената / Сост. И.М. Тютрюмов. СПб., 1909. С. 901.

Определение игр и пари приводит также известный французский юрист Л. Жюллио де ла Морандьер: "...игра - это договор, в силу которого участники его обещают одному из них получение им определенного выигрыша, зависимого от большей или меньшей степени сноровки или ловкости участников игры, их комбинационных способностей и в той или иной мере от случая. Пари - это соглашение двух лиц, из которых одно утверждает, а другое отрицает наличие определенного обстоятельства о том, что определенный выигрыш получит то из этих лиц, которое по проверке окажется правым" <1>.

<1> Де ла Морандьер Л. Жюллио. Гражданское право Франции. Пер. с фр. Т. 3. М., 1961. С. 331.

Г. Дернбург приводит следующее определение пари: "...пари возникает при столкновении противоположных мнений, его цель - подкрепление своих мнений, равно как и разрешение спора" <1>. Отличие игр от пари заключается в том, что участники игр могут влиять или пытаться влиять на результат <2>.

<1> Дернбург Г. Указ. соч. С. 275.

<2> Определение игр и пари имело место в Законе от 31 июля 1998 г. N 142-ФЗ "О налоге на игорный бизнес", который ныне утратил силу в связи с принятием Налогового кодекса. Согласно ст. 2 Закона N 142-ФЗ "пари - основанное на риске и заключенное между двумя или несколькими лицами, как физическими, так и юридическими, соглашение о выигрыше, исход которого зависит от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет; азартная игра - основанное на риске и заключенное между двумя или несколькими лицами, как физическими, так и юридическими, по правилам, установленным игорным заведением, соглашение о выигрыше, исход которого зависит от обстоятельства, на наступление которого стороны имеют возможность оказывать воздействие"; в ст. 364 Налогового кодекса приводится аналогичная дефиниция понятия "пари".

В основе игр и пари, пишет М.И. Брагинский, лежит риск, который, заключая между собой договор, принимают на себя стороны <1>.

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая. Т. 2 (автор главы - М.И. Брагинский). М., 2006. С. 567.

По мнению А.А. Собчака, риск - это всегда опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят ли они или нет <1>.

<1> Собчак А.А. О некоторых спорных вопросах общей правовой ответственности // Правоведение. 1968. N 1. С. 55.

Рисковым или алеаторным (от лат. "alea" - игра) договорами являются такие, для которых распределение риска между сторонами составляет их цель игры и пари как разновидность.

Алеаторные договоры относят к условным сделкам, возникновение прав и обязанностей зависит от обстоятельств, которые могут наступить либо не наступить. Так, К.П. Победоносцев подчеркивал, что отличие таких (рисковых) договоров состоит в том, что в них цель и намерения стороны достижения конечных результатов договора, материальная ценность его поставлены в зависимость от события совершенно независимого или случайного, или только вероятного, так что при заключении его совершено неизвестно, которая сторона в результате выиграет, получит выгоду.

В литературе отмечаются два обязательственных элемента алеаторных отношений: особый риск, возникающий из игры (обязательный риск), и объединение взносов игроков для их последующего неравномерного распределения. Причем только при наличии обоих признаков можно говорить об алеаторном правоотношении <1>.

<1> См.: Миронов И.В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1980. С. 15.

Российское и зарубежное законодательство отказывает в правовой защите отношений, вытекающих из игр и пари <1>.

<1> Представляет интерес суждение о том, что результаты выборов Президента РФ в период избирательной кампании не могут быть объектом взаимных пари, лотереи или других основанных на риске игр (см. п. 3 ст. 56 Федерального закона от 10 января 2003 г. "О выборах Президента Российской Федерации" // СЗ РФ. 2003. N 2. Ст. 171).

Согласно прежней редакции ст. 1062 ГК требования граждан и юридических лиц, связанных с организацией игр и пари или с их участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари <1>.

<1> См.: Гражданское право / Отв. ред. В.П. Мозолин. Часть вторая. М., 2004. С. 819 (автор комментария - М.Н. Малеина).

Схожие со ст. 1062 ГК нормы содержатся в других правовых системах. Так, Германское гражданское уложение в § 762 устанавливает правило о том, что из игры или пари обязательство не возникает. "Предоставленное на основании игры либо пари не может быть истребовано к возврату, поскольку обязательство не существует" <1>. В настоящее время отменена норма § 764 ГГУ <2>, по которой сделки на разницу относились к разновидностям игры <3>.

<1> Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению / Пер. с нем. М., 2006. С. 227.

<2> См.: Райнер Г. Указ. соч. С. 420.

<3> Параграф 764 "Сделка на разницу". В случае, когда направленный на поставку товаров или ценных бумаг договор заключается с тем намерением, чтобы проигравшая сторона выплатила выигравшей стороне разницу между договорной ценой и биржевой или рыночной ценой на момент поставки, такой договор считается игрой. Это положение также действует в том случае, если намерение только одной из сторон направлено на выплату разницы, однако другой стороне это намерение известно или должно быть известно.

Л. Жюллио де ла Морандьер отмечает, что согласно ст. 1950 Гражданского кодекса Франции "закон не предоставляет никакого иска о взыскании долга, возникающего из пари или о платеже пари" <1>. Однако Гражданский кодекс Франции в ст. 1967 устанавливает, что "ни в каком случае проигравший не может требовать возврата ему того, что он добровольно упустил, если со стороны выигравшего не был допущен обман или мошенничество".

<1> Де ла Морандьер Л. Жюллио. Указ. соч. С. 341.

Английские суды до недавнего времени также не предоставляли защиту отношений, вытекающих из игр и пари <1>.

<1> См.: Дженк Э. Свод английского гражданского права. Общая часть. Обязательственное право / Пер. с англ. М., 1940. С. 202; Самонд, Вильямс. Основы договорного права / Пер. с англ. М., 1955. С. 425.

Рассматриваемый подход к отказу от судебной защиты игр и пари объясняет Г. Дернбург: "Все сделки, заключенные ради игры на деньги или на денежные ценности, считались в Риме ничтожными и были даже наказуемыми, по крайней мере до Юстициана" <1>.

<1> Дернбург Г. Указ. соч. С. 273.

§ 4. Основания отграничения срочных договоров от сделок типа игр и пари

Однако со временем зарубежный законодатель пересмотрел отношение к срочным сделкам и в ряде случаев предоставил возможность оспаривать их в судебном порядке. Условия, при наличии которых срочный форвардный контракт не подпадает под отношения пари и защищается в судебном порядке, схожи в различных правовых системах.

Так, согласно английскому Закону 1986 г. "О финансовых услугах" сделки на разницу пользуются судебной защитой при наличии двух условий: 1) один контрагент или обе стороны являются предпринимателями; 2) сделка совершена с целью избежания потерь либо обеспечения дохода <1>.

<1> Hull I. Introduction to Futures and Options Markets. 1991. P. 38.

Французский Закон от 2 июля 1996 г. "О модернизации финансовой деятельности" предоставил судебную защиту требованиям, вытекающим из срочных сделок, если хотя бы одна из сторон: 1) является производителем инвестиционных услуг либо 2) финансовым учреждением или нерезидентом, оказывающим схожие услуги.

Германский законодатель отменил норму § 764 ГГУ, и с 1994 г. сделки на разницу получили судебную защиту, а в соответствии с § 37e Закона "О торговле ценными бумагами" в новой редакции от 21 июня 2002 г. все финансовые срочные сделки не могут быть приравнены к сделкам типа игр или пари, если "по меньшей мере одна сторона договора является предприятием, которое на профессиональной основе или в объеме, предполагающем коммерческий характер такой деятельности, заключает финансовые срочные сделки или приобретает, отчуждает либо оказывает посреднические услуги..." <1>.

<1> См. подробнее: Райнер Г. Указ. соч. С. 393, 430.

В последние годы (после 2000 г.) российские суды предприняли попытку доказать наличие хозяйственных целей при совершении срочных сделок, которые заключались в защите ценных бумаг, других активов от возможной девальвации рубля по отношению к доллару США, что, по мнению участников РФК, исключало возможность применения последствий ст. 1062 ГК <1>. Однако до недавнего времени теория и практика оставались неизменными <2>.

<1> См., например: Постановление ФАС Московского округа от 13 июля 2001 г. .

<2> См.: Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Расчетный форвардный контракт: теория и практика // Законодательство. 1998. N 10. С. 16; Суханов Е.А. О судебной защите форвардных контрактов // Законодательство. 1998. N 11. С. 13; Мельничук Г.В. Указ. соч. С. 22 - 24.

Вопрос о необходимости вносить изменения в российское законодательство в сторону обеспечения судебной защиты срочных сделок стал насущным с момента вынесения Определения Конституционного Суда Российской Федерации, который подтвердил правомерность

позиции арбитражных судов. В Определении Конституционного Суда РФ отмечается, что могут быть удовлетворены требования, связанные с играми, только в том случае, если они подпадают под действие ст. 1063 ГК РФ, т.е. речь идет об играх, которые проводят государство или муниципальные образования либо по их разрешению. В этом Определении Конституционного Суда РФ обращается внимание на то, что при осуществлении дальнейшего регулирования соответствующих отношений, в том числе вытекающих из расчетных форвардных контрактов, необходимо установить "формы и методы контроля за ними, систему гарантий и страховых механизмов" <1>.

<1> Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г.

В настоящее время российский законодатель также пришел к выводу о необходимости дать правовую защиту отношений, вытекающих из РФК. При этом в литературе по-разному доказывали необходимость судебной защиты исполнения расчетных форвардных контрактов: достаточно ли нормативное решение в силу воли законодателя <1>, основанное на экономической целесообразности и распространенности этих сделок, либо можно найти правовые критерии отличия сделок на разницу от сделок пари <2>.

<1> См.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 615 и сл.

<2> См., например: Губин Е.А., Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 11.

В зарубежной и отечественной литературе все чаще встречаются более или менее удачные попытки доказать отличие срочных сделок от сделок типа пари. Так, германский ученый Г. Райнер отмечает, что "единственная возможность выявить алеаторный элемент договоров купли-продажи с отложенным исполнением остается ликвидация сделки. С другой стороны, реализуется задача защиты инвесторов, поскольку всякая срочная сделка, как и любая инвестиция, в конечном счете направлена на создание платежного потока" <1>.

<1> Райнер Г. Указ. соч. С. 97.

По мнению немецкого профессора Вернера Эбке, "в отличие от сделок игр и пари, действительные алеаторные сделки относятся к тем двусторонним сделкам, при которых частью синаллагматической связи являются самостоятельно рассматриваемые, зависящие от случая обязанности исполнения, а не сами вероятные исполнения, на предоставление которых направлены эти обязанности. Это означает, что зависящие от случая позиции субъективно имеют для договаривающихся сторон самостоятельную ценность. Такой подход позволяет выделить деривативы из необъятного многообразия финансово-экономических явлений и единообразно описать их с точки зрения договорного, конкурсного, балансового и налогового права" <1>.

<1> Предисловие В. Эбке к кн.: Райнер Г. Деривативы и право / Пер. с нем. М., 2005. С. XVI.

Российские специалисты в области срочных сделок также отмечают необходимость отграничивать эти сделки от игр и пари <1>, отмечая, что форвардные сделки заключаются с хозяйственной целью <2>. Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов полагают, что расчетные форвардные контракты не являются пари, поскольку РФК нельзя отнести к условным и рисковым сделкам, в рассматриваемых правоотношениях "подлежит уточнению лишь размер обязательства, а не факт его наступления или ненаступления" <3>.

<1> См.: Рахмилович В.А., Сергеева Э.Э. О правовом регулировании расчетных форвардных договоров // Журнал российского права. 2001. N 2. С. 22 и др.; Петросян Э.С. Отличие финансовых деривативов от пари // Гражданин и право. 2003. N 4.

<2> См., например: Сарайкин С.В. Правовое регулирование фьючерсного рынка. С. 123.

<3> Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 11 и др.

Г. Гаджиев и В. Иванов указывают, что РФК следует отнести к квазиалеаторным договорам, поскольку они отличаются от пари тем, что "это, конечно, также рисковые сделки, однако не только риск лежит в их основании, поскольку РФК являются одной из форм предпринимательской деятельности на весьма специфическом финансовом рынке. На этом рынке получение прибыли также выступает в качестве основной цели деятельности, но для реализации этой цели привлекаются такие сделки, которые рождены практикой банков и бирж. Их можно рассматривать в качестве натуральных обязательств или, применительно к Гражданскому кодексу РФ, непоименованных договоров", поскольку последние также порождаются общественным правосознанием <1>.

<1> Гаджиев Г., Иванов В. Указ. соч. С. 97.

Авторы отмечают, что "кауза РФК представляет собой извлечение предпринимательской прибыли с помощью особо рисковых договоров, распространенных исключительно в биржевой политике и в правоотношениях банков" <1>.

<1> Там же. С. 97.

Законодатель не мог пройти мимо неоднократных указаний в периодической печати на тот факт, что биржевые сделки, в том числе и РФК, относятся согласно легальному определению предпринимательской деятельности к предпринимательским договорам, осуществляемым на свой риск и направленным на получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг (ст. 2 ГК) <1>.

<1> См., например: Абраменкова И.Г. Гражданско-правовая характеристика биржевых сделок с ценными бумагами // Законодательство. 2001. N 9.

Новый подход зарубежного законодателя к биржевым сделкам, критика российских ученых судебной практики по рассмотрению споров, вытекающих из расчетно-форвардного контракта, нашли отражение в Федеральном законе от 26 января 2007 г. N 5-ФЗ "О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым рассматриваемая статья дополнилась частью второй, устанавливающей норму о том, что указанные требования подлежат судебной защите, если хотя бы одной из сторон сделки является юридическое лицо, получившее лицензию на осуществление банковских операций или лицензию на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, либо хотя бы одной из сторон сделки, заключенной на бирже, является юридическое лицо, получившее лицензию, на основании которой возможно заключение сделок на бирже. Требования, связанные с участием граждан в указанных в настоящем пункте сделках, подлежат судебной защите только при условии их заключения на бирже.

Таким образом, в настоящее время срочные сделки подлежат судебной защите при наличии следующих условий: одной из сторон сделки является банк либо профессиональный участник рынка ценных бумаг или иного биржевого рынка. В тех случаях, когда указанные лица совершают биржевые сделки в интересах физических лиц, требования, связанные с их участием, подлежат судебной защите. Следовательно, все биржевые срочные сделки пользуются судебной защитой, а из внебиржевых - только те, участником которых явился банк. Предпочтения, которые российский законодатель выказывает внебиржевым сделкам с участием банков, могут быть обусловлены большей информированностью клиентов банков о возможных финансовых рисках и наличием банковского надзора. Так, еще до принятия Федерального закона от 26 января 2007 г., в соответствии с которым значительной части срочных сделок была предоставлена судебная защита, немецкий профессор права Г. Райнер, критикуя § 37e Закона о торговле ценными бумагами, отмечал, что "частные инвесторы (прежде всего промышленные предприятия) лишь тогда полностью застрахованы от предъявления возражения относительно игры при срочной торговле, когда они заключают сделку с кредитной организацией, предоставившей финансовые услуги" <1>.

<1> Райнер Г. Указ. соч. С. 395.

Вместе с тем эффективность биржевого рынка во многом определяется его связью с внебиржевым. Потребуется ли со временем распространить правила в ч. 2 ст. 1062 ГК РФ на весь внебиржевой рынок, покажут время и требования все развивающегося срочного рынка - как биржевого, так и внебиржевого.

Глава 20. ОПЦИОННЫЙ ДОГОВОР

§ 1. Понятие. Законодательство. Характерные черты

Что же собой представляет опцион и каково его значение в современных рыночных отношениях? Этим и другим вопросам и будет посвящена настоящая глава.

Опцион имеет самые разные значения. Данный термин используется, когда речь идет о ценной бумаге, называемой "опцион эмитента" <1>, часто опционом именуют право на приобретение имущества или прав в будущем, и наконец, опционом называют срочный договор,

заключаемый как на биржевых торгах, так и вне биржи, который и будет являться предметом настоящего рассмотрения.

<1> См.: Федеральный закон "О рынке ценных бумаг".

Опционные договоры играют заметную роль в сфере экономических отношений в мировой практике. В России опционные договоры не получили пока достаточно широкого распространения, что наряду с другими обстоятельствами может быть вызвано отсутствием детального правового регулирования. Первые попытки по регулированию биржевой торговли и определению срочных сделок были предприняты в Законе РФ от 20 февраля 1992 г. N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле". Понятие биржевых сделок, содержащееся в данном Законе, нельзя признать удачным. Опционные сделки определяются им как сделки, связанные с уступкой прав на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара. Кроме того, данный Закон был направлен на урегулирование отношений по созданию и деятельности товарных бирж, биржевой торговли и обеспечению правовых гарантий для деятельности на товарных биржах. Однако установленные настоящим Законом требования в отношении лицензирования участников биржевых торгов и бирж должны соблюдаться и при совершении срочных сделок на рынке ценных бумаг.

Отдельные положения об опционных договорах, заключаемых на биржевых торгах, содержатся в нормативных актах Федеральной службы по финансовым рынкам, регулирующих вопросы срочного рынка. Общие нормы об опционах, к сожалению, до настоящего времени не нашли свое отражение в законах и иных правовых актах Российской Федерации. Требования к срочным договорам, в том числе и к опционным договорам, заключаемым на биржевых торгах, установлены в Положении о порядке оказания услуг, способствующих заключению срочных договоров (контрактов), а также особенностях осуществления клиринга срочных договоров (контрактов) <1> (далее - Положение о срочных договорах). В соответствие с ним и в развитие установленных им положений понятие опционов, требования к их условиям, к порядку заключения опционных сделок устанавливаются фондовыми биржами самостоятельно в своих правилах, которые являются внутренним нормативным документом биржи и подлежат регистрации в ФСФР.

<1> Утвержден Приказом Федеральной службы по финансовым рынкам от 24 августа 2006 года N 06-95/пз-н.

Несмотря на значительные пробелы в правовом регулировании, торги опционами постепенно развиваются. В настоящее время биржевые торги опционами проводятся на ОАО "Фондовая биржа "РТС" в FORTS <1>, ЗАО "Фондовая биржа ММВБ" планирует в ближайшей перспективе оказывать услуги по организации торгов фьючерсами и опционами на фондовые активы. В условиях отсутствия четкого регулирования биржи в своих правилах самостоятельно определяют понятие опциона, ориентируясь на требования ФСФР, содержащиеся в Положении о срочных договорах.

<1> Фьючерсы и опционы РТС.

В Правилах совершения срочных сделок РТС <1> под опционом понимаются поставочные опционные контракты на покупку, поставочные опционные контракты на продажу, расчетные опционные контракты на покупку и расчетные опционные контракты на продажу. Правила проведения торгов на срочном рынке ФБ ММВБ <2> при определении опционного договора отсылают к нормативным правовым актам ФСФР.

<1> Утверждены советом директоров ОАО "РТС" 31 января 2007 г.

<2> Утверждены советом директоров ЗАО "ФБ ММВБ" 25 января 2007 г.

Положение о срочных договорах большей ясности и четкости в понимание опциона не добавляет, предлагая достаточно громоздкую и сложную формулировку, определяя опцион через указание обязанностей сторон в поставочном опционном договоре и расчетном опционном договоре.

Поставочные опционные договоры трактуются в нем как срочные договоры, предусматривающие обязанность одной из сторон (лица, обязанного по опционному договору) поставить (в случае заключения контракта на покупку) или оплатить (в случае заключения контракта на продажу) другой стороне (лицу, управомоченному по опционному договору) базовый актив, установленный спецификацией опционного договора, по требованию последнего, заявленному в определенный период или в определенную дату в будущем, по цене и на иных условиях, определенных при заключении опционного договора, уплатить лицу, обязанному по

опционному договору, денежные средства в счет приобретаемого права требовать исполнения последним обязанности по поставке или оплате базового актива или обязанность обеих сторон опционного договора уплачивать вариационную маржу. В соответствии же с расчетным опционным договором у одной из сторон (лица, обязанного по опционному договору) возникает обязанность уплатить на условиях, определенных при заключении договора, другой стороне (лицу, управомоченному по опционному договору) по его требованию, заявленному в определенный период или в определенную дату в будущем, сумму денежных средств, определенную в соответствии с требованиями спецификации опционного договора; а у лица, управомоченного по опционному договору, возникает обязанность уплатить лицу, обязанному по опционному договору, денежные средства в счет приобретаемого права требовать исполнения последним обязанности уплатить сумму денежных средств, определенную в соответствии с требованиями спецификации опционного договора, или возникает обязанность обеих сторон опционного договора уплачивать вариационную маржу.

Опцион - это один из видов срочного договора, который может быть заключен как на биржевых торгах, так и вне их. Предметом опционного договора является так называемый базовый актив, в качестве которого на срочном рынке ценных бумаг могут выступать ценные бумаги, фондовые индексы и фьючерсные контракты. Таким образом, заключая опционный договор, стороны договариваются о покупке или продаже базового актива. Как уже отмечалось, опционный договор относится к срочным договорам, и в этой связи покупка или продажа базового актива всегда отсрочены по времени от момента заключения договора, но стоимостные и иные условия покупки или продажи определяются в момент заключения договора. Особенность опционного договора и главная его отличительная черта по сравнению с обычным договором купли-продажи заключаются в том, что у покупателя в опционном договоре <1> отсутствует обязанность приобрести базовый актив, ему предоставляется право, которым он может воспользоваться в определенную дату или до этой даты. Именно за это право им уплачивается определенная денежная сумма продавцу, называемая премией. В том случае, если покупатель решит воспользоваться полученным по договору правом, то он приобретает базовый актив на оговоренных в договоре условиях, а продавец обязан поставить ему базовый актив. Такая ситуация возможна, если опцион является поставочным, в расчетном опционе поставка базового актива не предполагается изначально, вместо него продавец уплачивает покупателю определенную денежную сумму.

<1> В данном случае рассматривается опцион колл.

Суммируя все вышесказанное, опцион можно определить как опционный договор, по которому одна сторона имеет право в установленную дату или до установленной даты купить или продать базовый актив по цене и на условиях, определенных договором, уплатив за это другой стороне определенную денежную сумму (премию), а другая сторона обязана продать или соответственно купить базовый актив при получении ею такого требования на условиях, определенных в договоре.

§ 2. Виды опционов

Сложности при определении опциона прежде всего свидетельствуют о многообразии опционов. Давая общую характеристику опциона, уже было упомянуто о поставочных и расчетных опционах. Кроме того, опционы различают в зависимости от базового актива, срока исполнения, направленности (покупка или продажа).

В зависимости от базового актива, который является предметом опционного договора, условно различают:

- опционы на ценные бумаги, индексы, иногда их называют фондовые опционы;
- опционы на фьючерсные контракты, так называемые фьючерсные опционы <1>.

<1> См.: Биржевое дело / Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. М.: Финансы и статистика, 1999. С. 238.

По сроку исполнения опционы принято разделять на американские и европейские. Требование по исполнению американского опциона может быть осуществлено в любой момент до истечения срока действия опционного договора. По европейскому опциону такое требование может быть предъявлено только в дату истечения срока действия договора. Известны также опционы, требование по исполнению которых может быть заявлено в определенные в договоре даты до истечения срока действия договора. Такие опционы называют бермудскими <1>.

<1> Буренин А.Н. Форварды, фьючерсы, опционы, экзотические и погодные производные. М.: Научно-техническое общество имени академика С.И. Вавилова, 2005. С. 208.

И наконец, в зависимости от того, имеет одна из сторон по договору право купить или право продать базовый актив, опционы называют "опцион колл" и "опцион пут". По опциону колл одна сторона имеет право в установленную дату или до установленной даты купить базовый актив по цене и на условиях, определенных договором, уплатив за это другой стороне определенную денежную сумму (премию), а другая сторона обязана продать базовый актив при получении ею такого требования на условиях, определенных в договоре. По опциону же пут одна сторона имеет право в установленную дату или до установленной даты продать базовый актив по цене и на условиях, определенных договором, уплатив за это другой стороне определенную денежную сумму (премию), а другая сторона обязана купить базовый актив при получении ею такого требования на условиях, определенных в договоре.

Базовый актив. Премия. Вариационная маржа

Предметом опционного договора является базовый актив, которым могут быть ценные бумаги, фондовые индексы и фьючерсные договоры. Для того чтобы рассматриваться в качестве базового актива, ценные бумаги и фондовые индексы должны отвечать установленным в Положении о срочных договорах требованиям. Прежде всего следует отметить, что в качестве базового актива могут выступать эмиссионные ценные бумаги, а также простые складские свидетельства, удостоверяющие право на биржевой товар, и двойные складские свидетельства, удостоверяющие право на биржевой товар, или залоговые свидетельства. Эмиссионные ценные бумаги должны быть включены хотя бы одним из организаторов торговли в список ценных бумаг, допущенных к торгам. Это означает, что эмиссионные ценные бумаги должны обращаться на фондовой бирже или у организатора торговли, для чего они включаются в котировальный список или в перечень внесписочных ценных бумаг <1>. Наконец, среднемесячный объем сделок с такими ценными бумагами, рассчитанный по итогам торгов у всех организаторов торговли за последние три месяца, должен составлять не менее 250 млн. рублей. Капитализация акций, являющихся базовым активом в расчетных опционных договорах, должна составлять не менее 25 млрд. рублей, а объем выпуска облигаций, являющихся базовым активом в расчетных опционных договорах, должен быть не менее 3 млрд. рублей.

_____

<1> Отличие фондовой биржи от организатора торговли состоит в том, что последний не может вести котировальные списки (листинг) и осуществляет только включение ценных бумаг в перечень внесписочных ценных бумаг. К ценным бумагам, включаемым в перечень внесписочных ценных бумаг, не предъявляются такие жесткие требования, как к ценным бумагам, включенным в листинг. В нормативных актах в качестве общего термина по отношению к фондовым биржам и организаторам торговли используется понятие "организатор торговли", в случаях, когда для фондовых бирж устанавливаются специальные требования, используется термин "фондовая биржа".

Эмиссионные ценные бумаги, которые не соответствуют приведенным выше требованиям, могут быть базовым активом опционных договоров, размер обязательств по которым ставится в зависимость от цены размещения таких ценных бумаг, в случае если соответствующие ценные бумаги размещаются на торгах организатора торговли и предполагаемый объем размещения таких ценных бумаг составляет не менее 5 млрд. рублей.

Базовым активом опционного договора могут быть два и более вида эмиссионных ценных бумаг одного или нескольких эмитентов.

Фондовые индексы могут быть базовым активом опционного договора, если для их расчетов в качестве исходных данных используются цены или доходность ценных бумаг, а количество ценных бумаг (активов), информация о рыночной стоимости (или доходности) которых используется при расчете фондового индекса, составляет не менее десяти и доля каждой ценной бумаги (актива) не превышает 25%. Эти требования не распространяются на фондовый индекс, являющийся базовым активом опционного договора, если в качестве исходных данных для его расчета используется разница цен на ценные бумаги.

Премией в опционных договорах называется цена опционного договора, которую не следует путать с ценой базового актива. Премией в опционных договорах является сумма, уплачиваемая одной стороной, которая приобрела по договору право купить (продать) базовый актив, если это ей выгодно, другой стороне, которая обязана исполнить свои обязательства по продаже (покупке) базового актива по требованию первой стороны, получая за это оговоренную денежную сумму (премию).

Кроме премии в опционном договоре существует и цена его исполнения, так называемая страйковая цена, которая представляет собой непосредственную цену базового актива, по которой он будет продаваться (покупаться) в случае реализации права требования исполнения опционного договора.

Цена базового актива или значение базового актива могут изменяться в период действия опционного договора. В этих случаях фондовой биржей или клиринговой организацией может рассчитываться вариационная маржа, которую уплачивает либо получает участник торгов. Вариационная маржа представляет собой сумму, размер которой зависит от изменения цен на базовый актив или значений базового актива, уплачиваемую или получаемую участником торгов в связи с изменением денежного обязательства по одной позиции в результате ее корректировки по рынку в соответствии с изменением расчетной (котировальной) цены, рассчитанная по единым правилам для срочных контрактов, заключенных на условиях одной спецификации. В спецификации срочного договора должно быть указано, уплачивается ли по данному виду опционов вариационная маржа или нет. Например, в спецификации опциона на фьючерсный контракт на обыкновенные акции РАО "ЕЭС России", утвержденной РТС 22 апреля 2005 г., зафиксировано, что вариационная маржа не уплачивается. Размер обязательств каждого участника торгов по вариационной марже рассчитывается ежедневно и подлежит уплате в порядке и на условиях, определяемых биржей или клиринговой организацией.

§ 3. Спецификация

Опционный договор на биржевых торгах представляет собой стандартный договор, т.е. договор, заключаемый на заранее установленных условиях, которые стороны изменить не могут. Эти условия фиксируются в спецификации опционного договора, которая утверждается биржей. Обязательный перечень условий, которые должны быть закреплены биржей в спецификации, определены в Положении о срочных договорах. К ним относятся:

- наименование срочного договора, правила формирования кода (обозначения) срочного договора;
- вид срочного договора;
- базовый актив срочного договора;
- лот, т.е. количество ценных бумаг, либо количество пунктов индекса, либо количество фьючерсных договоров, в зависимости от того, что является базовым активом;
- порядок определения первого и последнего дня торгов, на которых может быть заключен опционный договор;
- стоимость одного пункта индекса для случаев, когда базовым активом является фондовый индекс;
- дата или период, в течение которого могут быть заявлены требования об исполнении обязательств по опционному договору;
- порядок определения размера обязательств по опционному договору, в том числе порядок определения вариационной маржи по опционному договору котировальных цен для договоров, предполагающих уплату вариационной маржи;
- порядок исполнения обязательств по опционному договору, в том числе порядок уплаты вариационной маржи для договоров, предполагающих уплату вариационной маржи, а также порядок поставки и оплаты базового актива для поставочных опционных договоров;
- основания и порядок прекращения обязательств по опционному договору, в том числе в случаях приостановления или прекращения торгов на бирже по данному опционному договору;
- ответственность сторон за неисполнение обязательств по опционному договору;
- последствия внесения изменений и дополнений в спецификацию опционного договора, а также порядок вступления в силу соответствующих изменений и дополнений.

Наряду с обязательными условиями в спецификации могут содержаться и иные условия, включаемые по усмотрению биржи. Например, РТС включает в спецификацию положения о порядке определения гарантийного обеспечения <1>.

<1> См.: Спецификация опциона на фьючерсный контракт на индекс РТС.

До введения в действие спецификация опционного договора должна быть зарегистрирована в Федеральной службе по финансовым рынкам.

Стороны договора

Опционные договоры могут заключаться как на биржевых торгах, так и вне биржи. Лица, желающие заключать опционные договоры на бирже, должны соответствовать требованиям,

установленным Законом о товарных биржах, Положением о срочных договорах и правилами соответствующей биржи и быть допущенными биржей к участию в торгах.

Участником торгов на бирже может быть только юридическое лицо. Для того чтобы стать участником торгов и получить возможность заключения срочных сделок, необходимо получить лицензию профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление брокерской и (или) дилерской деятельности и (или) деятельности по управлению ценными бумагами, выдаваемую ФСФР <1>, и лицензию биржевого посредника на совершение фьючерсных и опционных сделок в биржевой торговле, выдаваемую также ФСФР. Лицензии профучастника на рынке ценных бумаг выдаются ФСФР в порядке и на условиях, изложенных в Порядке лицензирования видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Лицензии биржевого посредника выдаются на условиях и в порядке, изложенных в Положении о лицензировании деятельности биржевых посредников и биржевых брокеров, совершающих товарные фьючерсные и опционные сделки в биржевой торговле. До недавнего времени выдача, приостановление и аннулирование лицензий биржевых посредников осуществлялись Комиссией по товарным биржам, руководство работой которой было возложено на ФСФР <2>. В настоящее время Комиссия по товарным биржам упразднена <3>. Все иные лица могут заключать опционные договоры на бирже только при посредничестве брокеров, являющихся участниками торгов.

_____

<1> Утверждена Приказом Федеральной службы по финансовым рынкам от 16 марта 2005 г. N 05-3/пз-н.

<2> См.: Постановление Правительства РФ от 9 апреля 2004 г. N 206.

<3> См.: Приказ Федеральной службы по финансовым рынкам, Минэкономразвития России, Минсельхоза России и Федеральной антимонопольной службы от 18 декабря 2006 г. N 06-150/пз-н/414/471/328.

Помимо данного требования о лицензировании биржи устанавливают дополнительные требования к финансовому положению участника торгов, сроку их деятельности, наличию лицензий на осуществление банковских операций в зависимости от вводимых категорий участников торгов. Так, участие в торгах на срочном рынке Фондовой биржи ММВБ предусматривает такие категории участия, как: "общий клиринговый участник", "индивидуальный клиринговый участник", "общий торговый участник", "индивидуальный торговый участник". Общий клиринговый участник имеет право совершать операции от своего имени и за свой счет, совершать операции по распоряжениям клиентов, а также осуществлять расчеты с клиринговой организацией по результатам совершенных им операций и операций участников торгов, имеющих категории "индивидуальный торговый участник" и "общий торговый участник". Включение в состав участников торгов с категорией "общий клиринговый участник" возможно по истечении двух лет с момента выдачи лицензии на осуществление банковских операций и помимо указанных лицензий ФСФР необходимо наличие генеральной лицензии Банка России на осуществление банковских операций.

Позиции

При определении вариационной маржи уже упоминалось о позициях. Это прочно вошедший в биржевую практику термин. Участник торгов, заключая на биржевых торгах опционный договор, приобретает определенный объем прав и обязанностей. Биржа либо клиринговая организация должны каким-то образом вести учет данных прав и обязанностей участника торгов по совершенной сделке. Такой учет стал вестись путем совершения определенных записей, которые и называют позициями. Учет всех позиций участника торгов ведется на его позиционном счете, по каждой серии срочных договоров на позиционных счетах могут вестись позиционные субсчета.

В том случае, если участник торгов покупает опцион, то ему открывается длинная позиция, наличие короткой позиции свидетельствует о продаже опциона. По окончании торгов противоположные позиции в рамках каждого позиционного счета зачитываются. Таким образом, после взаимозачета позиций на позиционном счете остаются только длинные или короткие позиции.

Требования к бирже

Для снижения рисков при проведении торгов, в том числе опционами, на срочном рынке биржа обязана осуществлять мониторинг и контроль за выставляемыми заявками и совершаемыми сделками, а также контроль за участниками торгов.

При мониторинге и контроле за заявками и совершаемыми сделками биржа проводит отслеживание в течение торгов цен, объемов и иных характеристик сделок и заявок с целью выявления нестандартных сделок, а также случаев нарушения законодательных актов Российской

Федерации о ценных бумагах, нормативных правовых актов уполномоченного федерального органа исполнительной власти и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, требований внутренних документов биржи.

Проверка нестандартных сделок и заявок проводится биржей на предмет совершения участниками торгов действия (в том числе выставление заявки, совершение сделки, распространение ложной информации), создающего видимость или способствующего действительному повышению или понижению цен и (или) торговой активности при проведении торгов на срочном рынке, которое вводит в заблуждение участников рынка, инвесторов, эмитентов, участников рынка ценных бумаг относительно уровня цен и (или) ликвидности рынка (манипулирование ценами), либо на предмет использования при совершении сделок служебной информации, либо на предмет нарушения участниками торгов внутренних документов биржи.

При выявлении нестандартной сделки (заявки) биржа проводит проверку и не позднее рабочего дня, следующего за днем окончания проверки нестандартной сделки, направляет в ФСФР отчет о результатах проверки нестандартной сделки с указанием наличия или отсутствия в действиях участников торгов оснований квалифицировать нестандартную сделку (заявку) как заключенную путем совершения действий, которые могут быть признаны манипулированием ценами, либо при подтверждении фактов использования при совершении нестандартной сделки сведений, составляющих служебную информацию.

С целью повышения уровня ликвидности на срочном рынке биржи могут использовать институт маркет-мейкеров, который широко известен развитым финансовым рынкам и является средством поддержания и стимулирования ликвидности биржевого рынка. Различные программы маркет-мейкинга на срочном рынке действуют на CME, CBOT, Eurex, Euronext. Liffe и других ведущих срочных биржах.

На российских фондовых биржах (РТС и Фондовая биржа ММВБ) также применяется институт маркет-мейкеров.

Маркет-мейкером называют участника торгов, заключившего с биржей договор, по которому он принимает на себя обязательство ежедневно в ходе торговой сессии подавать встречные заявки на покупку и продажу по соответствующим срочным договорам. Как уже отмечалось, это делается для поддержания ликвидности рынка при предложении участникам торгов нового опциона или иных срочных договоров.

Обязательные требования к маркет-мейкерам, их права и обязанности, условия и порядок предоставления статуса маркет-мейкера и прекращения исполнения маркет-мейкером своих обязательств, а также условия контроля за их выполнением со стороны биржи устанавливаются биржами в правилах торгов и заключаемых договорах.

В соответствии с Положением о срочных договорах биржи должны устанавливать обязательные требования, при соответствии которым встречные заявки на покупку и продажу, поданные маркет-мейкером, признаются двусторонними котировками и критерии поддержания двусторонних котировок: порядок определения максимальной разницы между лучшей ценой предложения на покупку и лучшей ценой предложения на продажу по подаваемым маркет-мейкером заявкам, минимального объема заявок, периода, в течение которого маркет-мейкер обязан поддерживать двусторонние котировки и максимального объема срочных договоров, заключенных на основании двусторонних котировок, по достижении которого маркет-мейкер освобождается от обязанности по поддержанию двусторонних котировок или обязан принять обязательства по выставлению только заявок на покупку или только заявок на продажу. Так, в развитие этих положений в Правилах допуска Фондовой биржи ММВБ определена обязанность маркет-мейкера выставлять заявки с противоположной направленностью с ценовыми условиями, при которых разница цены лучшей активной заявки маркет-мейкера на продажу и цены лучшей активной заявки маркет-мейкера на покупку, именуемая фактическим спрэдом, не превышает величину предельного спрэда. Суммарный объем активных заявок маркет-мейкера на продажу с минимальной ценой и суммарный объем активных заявок маркет-мейкера на покупку с максимальной ценой в отдельности не должны быть меньше минимально допустимого объема заявки маркет-мейкера, установленного для данного типа срочных договоров. То есть обязательства маркет-мейкера будут заключаться в одновременном выставлении заявок на покупку и продажу минимального объема с разницей котировок, не превышающей некоторую предельную величину (спрэд). Величины спрэда и минимального объема заявок маркет-мейкеров устанавливаются дирекцией ФБ ММВБ.

За выполнение участником торгов функций маркет-мейкера биржа вправе выплачивать ему вознаграждение. Биржа обязана уведомить ФСФР о заключении договора с маркет-мейкером не позднее пяти дней с момента заключения такого договора.

Торговля опционами весьма популярна на современном рынке и играет важную роль для инвесторов. Прежде всего следует отметить, что многие инвесторы торгуют опционами со спекулятивными целями, играя на изменении цены базового актива, т.е. заключая так называемые арбитражные сделки. Торговля опционами дает им массу преимуществ по сравнению с торговлей

непосредственно самими ценными бумагами <1>. Покупка опциона, а в большинстве случаев и продажа, дешевле и требует меньших финансовых вложений, нежели приобретение (продажа) самих акций. Цена опциона имеет большую волатильность по сравнению с ценой самих ценных бумаг.

_____

<1> Robert W. Kolb. Futures, Options, & Swap. Blackwell Business, 2001. P. 283.

Многие инвесторы прибегают к опционам для страхования (хеджирования) своих рисков изменения цены на ценные бумаги по заключенным контрактам, минимизации налоговых рисков.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие
Раздел I. Предпринимательский договор как институт гражданского права
Глава 1. Общие вопросы предпринимательского договора
§ 1. Понятие предпринимательского договора
Понятие предпринимательского договора в российском праве
§ 2. Применение принципа свободы договора в предпринимательской деятельности
§ 3. Особенности заключения предпринимательских договоров
1. Документы, оформляющие договорные отношения в предпринимательской деятельности
2. Согласование договорных условий
3. Момент заключения договора
4. Особенности заключения предпринимательских договоров путем проведения торгов
5. Форма договора в предпринимательской деятельности
6. Подписание договора уполномоченным лицом
§ 4. Особенности ответственности за нарушение предпринимательского договора
1. Особенности условий ответственности за нарушение предпринимательского договора
2. Объем ответственности за нарушение предпринимательского договора
3. Виды ответственности за нарушение предпринимательского договора
Раздел II. Договоры о передаче имущества
Глава 2. Договор поставки
§ 1. Понятие договора поставки
§ 2. Особенности заключения договора поставки
§ 3. Содержание договора. Права и обязанности сторон
§ 4. Условия договора поставки при возложении исполнения договорных обязательств на третьих лиц
§ 5. Последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора поставки. Ответственность сторон за нарушение обязательств по поставке
§ 6. Основания и порядок изменения и расторжения договора поставки
Глава 3. Договор энергоснабжения
§ 1. Сфера применения договора энергоснабжения
§ 2. Понятие и признаки договора энергоснабжения
§ 3. Субъекты договора энергоснабжения
§ 4. Заключение договора энергоснабжения
§ 5. Существенные условия договора энергоснабжения
§ 6. Ответственность по договору энергоснабжения
§ 7. Расторжение и изменение договора энергоснабжения
§ 8. Перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии
§ 9. Применение правил о договоре энергоснабжения к иным договорам
§ 10. Договор энергоснабжения в сфере электроэнергетики
Договоры, заключаемые на оптовом рынке электроэнергии
Договоры, заключаемые на розничных рынках электроэнергии
Правовая природа договорных обязательств
Глава 4. Договор купли-продажи предприятия
§ 1. Понятие и предмет договора продажи предприятия
§ 2. Преддоговорные отношения сторон договора продажи предприятия
§ 3. Заключение договора продажи предприятия
1. Форма договора продажи предприятия
2. Существенные условия договора продажи предприятия
3. Государственная регистрация договора продажи предприятия
§ 4. Права и обязанности сторон по договору продажи предприятия
§ 5. Изменение, расторжение и признание недействительным договора купли-продажи предприятия
§ 6. Особенности продажи предприятия в ходе приватизации и процедур банкротства
Глава 5. Договор лизинга как один из видов инвестиционных договоров
§ 1. Значение лизинга для осуществления предпринимательской деятельности
§ 2. Становление лизинга. Зарубежный и российский опыт
§ 3. Понятие лизинга (лизинговой деятельности)
§ 4. Виды лизинга
§ 5. Источники правового регулирования лизинговых правоотношений

§ 6. Понятие и правовая природа договора лизинга как формы инвестиционного соглашения
§ 7. Участники лизингового правоотношения
§ 8. Предмет договора лизинга
§ 9. Содержание договора
§ 10. Форма договора лизинга
§ 11. Изменение и расторжение договора лизинга
§ 12. Лизинговые платежи
§ 13. Страхование предмета лизинга и предпринимательских (финансовых) рисков
§ 14. Налогообложение договора лизинга
Раздел III. Договоры в сфере транспорта
Глава 6. Договор перевозки грузов
§ 1. Понятие и виды договоров перевозки
§ 2. Основания для заключения договора перевозки
§ 3. Договор перевозки грузов
§ 4. Субъекты обязательства по перевозке и его объект
§ 5. Права и обязанности сторон по договору перевозки грузов
§ 6. Основания прекращения договора перевозки
Глава 7. Договор буксировки
§ 1. Понятие договора буксировки
§ 2. Виды договоров буксировки
§ 3. Форма договора буксировки и его условия
§ 4. Права и обязанности сторон
§ 5. Ответственность сторон при буксировке буксируемого объекта
Глава 8. Претензии и иски, связанные с перевозкой грузов и буксировкой
§ 1. Претензии
§ 2. Исковая давность по требованиям, вытекающим из перевозки
Раздел IV. Договоры об оказании услуг
Глава 9. Договор об оказании информационных услуг, заключаемый между кредитной организацией и бюро кредитных историй
§ 1. Понятие договора
§ 2. Форма и содержание договора
§ 3. Стороны договора
§ 4. Права и обязанности сторон договора
1. Обязанности кредитной организации
2. Обязанности бюро кредитных историй
§ 5. Ответственность сторон договора
§ 6. Изменение и расторжение договора
Глава 10. Договор финансирования под уступку денежного требования
§ 1. Понятие договора
§ 2. Виды договора финансирования под уступку денежного требования
Полный и неполный факторинговые договоры
Внутренний и международный факторинг
Открытый (disclosed factoring) и скрытый (confidential factoring) факторинг
Факторинг с предварительной оплатой (advance factoring) и с определенным сроком платежа (maturity factoring)
§ 3. Характеристика договора финансирования под уступку денежного требования
§ 4. Существенные условия договора финансирования под уступку денежного требования
§ 5. Стороны договора
§ 6. Права и обязанности сторон в договоре финансирования под уступку денежного требования
§ 7. Права и обязанности должника
§ 8. Ответственность участников договора финансирования под уступку денежного требования
§ 9. Изменение и расторжение договора финансирования под уступку денежного требования
Глава 11. Договор хранения на товарном складе
§ 1. Понятие договора хранения на товарном складе
§ 2. Заключение договора хранения на товарном складе
§ 3. Права и обязанности сторон договора хранения на товарном складе
§ 4. Прекращение договора хранения на товарном складе
§ 5. Ответственность сторон за нарушение обязательств

Глава 12. Страхование - защита интересов предпринимателя и вид предпринимательской деятельности
§ 1. Интерес и риск. Страховая защита интересов и основные свойства страхового интереса и страхового риска
1. Понятие интереса и риска
2. Частные и публичные интересы в страховании
3. Свойства страховых интересов и страховых рисков
4. Интересы и риски предпринимателя
§ 2. Квалификация страховых отношений. Виды и формы страхования
1. Признаки, квалифицирующие страховые отношения
2. Отграничение страхования от схожих отношений
3. Понятия, связанные с квалифицирующими признаками страхования
4. Виды страхования
5. Формы страхования
§ 3. Договор страхования
1. Заключение договора страхования, его действие и прекращение
2. Существенные условия договора страхования
3. Правила страхования
4. Обязанности страховщика по договору страхования
5. Обязанности страхователя. Суброгация
6. Договоры страхования с участием третьих лиц
7. Договоры перестрахования
§ 4. Рынок страховых услуг и его участники. Субъекты страхового дела
1. Рынок страховых услуг и особенности его функционирования
2. Участники страховых отношений и субъекты страхового дела
3. Страховая организация и общество взаимного страхования
4. Финансовая устойчивость страховых организаций и обществ взаимного страхования
5. Страховые посредники. Объединения субъектов страхового дела
§ 5. Государственный страховой надзор
1. Государственный страховой надзор, его цели и принципы. Международные стандарты страхового надзора
2. Процедуры надзора
Глава 13. Договоры о посредничестве
§ 1. Договор поручения
§ 2. Договор комиссии
§ 3. Агентский договор
Глава 14. Договор коммерческой концессии
§ 1. Понятие и значение договора
§ 2. Предмет договора коммерческой концессии
§ 3. Оформление договора коммерческой концессии
§ 4. Права и обязанности сторон
§ 5. Коммерческая субконцессия
§ 6. Взаимная ответственность сторон за нарушение договора и их ответственность перед третьими лицами
§ 7. Изменение договорных обязательств
§ 8. Прекращение договорных отношений
Раздел V. Договоры, направленные на внедрение инноваций
Глава 15. Понятие инновационной деятельности, инноваций, их виды
§ 1. Понятие инновационной деятельности и инноваций
§ 2. Виды инновационной деятельности
Глава 16. Договоры, направленные на внедрение инноваций
§ 1. Понятие и признаки договоров, направленных на внедрение инноваций
§ 2. Отдельные виды инновационных договоров
Раздел VI. Договоры, заключаемые на срочном биржевом рынке
Глава 17. Срочные договоры как разновидность биржевых сделок
§ 1. Понятие "биржевая сделка"
§ 2. Срочные сделки
Глава 18. Фьючерсный договор
§ 1. Понятие "фьючерсный договор"
§ 2. Офсетная сделка
Глава 19. Расчетный форвардный контракт
§ 1. Понятие "форвардный договор"

§ 2. Особенности "сделок на разницу"
§ 3. Причины отказа от судебной защиты сделок типа игр и пари
§ 4. Основания отграничения срочных договоров от сделок типа игр и пари
Глава 20. Опционный договор
§ 1. Понятие. Законодательство. Характерные черты
§ 2. Виды опционов
Базовый актив. Премия. Вариационная маржа
§ 3. Спецификация
Стороны договора
Позиции
Требования к бирже

THE BOOK IS MADE BY
AXL-ROSE
AXL-ROSE@YA.RU