

Кафедра предпринимательского права
юридического факультета
Московского государственного университета
имени М. В. Ломоносова

ПРАВО И ЭКОНОМИКА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

**(Актуальные проблемы
предпринимательского права)**

Сборник статей

Выпуск V

Под редакцией к.ю.н. А. Е. Молотникова



Москва, 2016

УДК 346+347.7(082)
ББК 67.404я43
А43

Ответственный редактор — к.ю.н. А. Е. Молотников

Право и экономика в современном мире (Актуальные проблемы предпринимательского права). Выпуск V / под ред. канд. юрид. наук А. Е. Молотникова. — М.: Стартап, 2016. — 180 с.

ISBN 978-5-9904334-7-2

Вниманию читателя представлен сборник статей, посвященный актуальным проблемам предпринимательского права. В сборник вошли научные труды выпускников и аспирантов кафедры предпринимательского права юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова.

Книга предназначена для практикующих юристов, преподавателей, студентов и аспирантов юридических факультетов высших учебных заведений.

УДК 346+347.7(082)
ББК 67.404я43

Все права защищены. Никакая часть этой книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами без письменного разрешения обладателей авторских прав.

ISBN 978-5-9904334-7-2

© Коллектив авторов, 2016
© АНО «Стартап», 2016

Содержание

Предисловие	4
Вступление	6
Евгений Архипов Понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет	7
Анастасия Бумажкина Институт штрафных убытков в зарубежных государствах.....	18
Данил Вадюхин Проблемы правового регулирования рынка мобильных приложений	31
Арюна Жамсаранова Правовые проблемы регулирования банковских рисков	40
Татьяна Жарикова Сравнительный анализ инвестиционного законодательства России и Китая.....	56
Алена Жигулина Реализация права вкладчика в отношениях по страхованию банковских вкладов	70
Ашхен Казарян The legal side of art market and the question of its existence in Russia	80
Роман Калутин Правовое регулирование защиты конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности по законодательству РФ	95
Дарья Козлова Виды потребительского кредитования в России и за рубежом	109
Сергей Козлов Производственно-хозяйственная структура и правовой статус субъектов российского рынка природного газа	118
Никита Низкоус Правовое регулирование деятельности банковских групп	133
Яна Чадаева Правовое регулирование минимизации банковских рисков в рамках банковского кредитования.....	152
Роман Янковский Новое в законодательстве об инвестиционном товариществе.....	167

Предисловие

Вниманию читателя представлен очередной сборник статей, посвященный актуальным проблемам в сфере правового регулирования предпринимательской деятельности. В сборник вошли научные труды выпускников, аспирантов и молодых ученых юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова и ряда других учебных заведений.

Особенность сборника является стремление авторов провести, наряду с отечественным законодательством и практикой, также анализ зарубежного опыта. Это отражено, например, в работе Анастасии Бумажкиной, в которой автор детально рассматривает институт штрафных убытков в зарубежных государствах, сравнивая опыт таких стран, как Великобритания, США, Германия, Япония. Достаточно актуальной в рамках настоящего геополитического положения является работа Татьяны Жариковой, посвященная анализу инвестиционного законодательства России и Китая, в которой автор показывает особенности регулирования инвестиционной деятельности в каждой из представленных стран, выделяя плюсы и минусы, свойственные развитию и функционированию инвестиционного законодательства в российской и китайской правовых системах. Более того, в сборнике представлена работа Ашхен Казарян на английском языке «The legal side of art market and the question of its existence in Russia», отражающая особенности рынка искусств в России.

Некоторые авторы в своих работах опираются на личный практический опыт. Интересной с этой точки зрения представляется работа Яны Чадаевой «Правовое регулирование минимизации банковских рисков в рамках банковского кредитования» и Никиты Низкоуса «Правовое регулирование деятельности банковских групп», в которых авторы опираются на собственный опыт работы в банковских структурах.

Важно отметить, что в сборнике рассматриваются проблемы, которые известны многим, но ввиду специфичности природы недостаточно исследованы в отечественной юридической науке. Так, например, интересной представляется работа Евгения Архипова, в которой автор раскрывает понятие предпринимательской деятельности в сети

Интернет или работа Данила Вадюхина, раскрывающая регулирование отношений, касающихся электронной торговли.

В данном выпуске авторы уделяют значительное внимание правовому регулированию банковских отношений. Особенно интересной в этом контексте представляется работа Арюны Жамсарановой, в которой автор достаточно подробно описывает картину правовых рисков, существующих в настоящее время в банковской деятельности.

Кроме того, в сборнике представлены уникальные работы, в которых авторы рассматривают правовые аспекты в достаточно узкой сфере. В этой связи особо следует отметить работу Романа Калугина, которая раскрывает особенности защиты конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности по законодательству РФ. А также работа Сергея Козлова, рассматривающая отдельные аспекты рынка природного газа в РФ. Безусловно, в настоящее время правовые исследования в этой сфере являются особенно актуальными для развития юридической и экономической науки в нашей стране.

Без внимания авторов не остались и последние изменения законодательства. Так, статья Романа Янковского полностью посвящена новым изменениям в законодательстве об инвестиционном товариществе.

Молодыми учеными-авторами статей активно используется отечественная и зарубежная литература, иностранная судебная практика. Отдельного внимания заслуживают предложения авторов по нормативно-правовому решению существующих правовых проблем.

Работы молодых исследователей, безусловно, заслуживают самой высокой оценки.

Е. П. Губин,

доктор юридических наук,

профессор кафедры предпринимательского права

Вступление

Главная особенность книги, которую вы держите в руках, состоит не только в том, что для большинства авторов наш сборник — первый опыт публикации своих трудов. Читатель сам сможет составить мнение о предлагаемых его вниманию статьях. Важно другое. Эта книга была не только написана, но и подготовлена к изданию при активном участии студентов и аспирантов кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова.

В этой связи необходимо вспомнить Романа Куракина, идея которого легла в основу появления книги, без которого были бы невозможны первые выпуски нашего сборника. Огромный вклад в работу над книгой внес Роман Янковский, который взаимодействовал с корректором, разработчиком дизайн-макета, верстальщиком и типографией. Татьяне Жариковой выпала нелегкая доля взаимодействия с авторами. Она с честью вышла из этого испытания, добившись от авторов главного — своевременного получения статей и правок в них.

И, конечно же, мы должны поблагодарить всех научных руководителей, помогавших студентам и аспирантам в их работе над статьями, и прежде всего заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова — **Евгения Парфирьевича Губина**.

*А. Е. Молотников,
кандидат юридических наук,
ответственный редактор*

Евгений Архипов

*Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет

Активное развитие сети Интернет обуславливает, помимо прочего, развитие научной юридической мысли, направленной на изучение общественных отношений, которые складываются при использовании Глобальной сети, и правовых норм, которые их регулируют. Соответствующее направление юриспруденции ещё только формируется, поэтому до сих пор остаются непроработанными многие важные вопросы в данной сфере. Один из таких вопросов — понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет.

Хочется отметить: поиск ответа на поставленный выше вопрос — не пустая формальность. Мы убеждены в том, что целью любых научных изысканий в области права должен быть выход на практику. Иными словами, любой учёный-юрист, решивший с теоретической точки зрения осветить ту или иную проблему, обязательно должен спросить себя, какое практическое значение будут иметь те выводы, к которым он придёт. И до тех пор, пока ответ не будет найден, нет смысла заниматься исследованиями в данном направлении. Можно бесконечно долго выстраивать сверхсложные классификации, давать длинные запутанные определения, выводить новые и, казалось бы, вполне логичные теории... Но если никто никогда не сможет этим воспользоваться (кроме, может быть, таких же учёных-теоретиков), грош цена таким изысканиям. Исключением может быть разработка некоторых базовых для той или иной отрасли юридического знания понятий, без изучения и описания которых нельзя сформировать цельную и стройную научную теорию. Однако ведение бесконечных сугубо теоретических споров по таким вопросам всё же представляется излишним.

Более того, не будет ошибкой указать, что основные усилия в научных исследованиях должны быть направлены на решение наиболее актуальных, острых проблем, которые возникают на практике. Однако не стоит забывать и о том, что часть затруднений, которые только возникнут в будущем, могут быть ликвидированы уже сегодня. Для этого необходимо вовремя обнаружить возможные неприятности, проанализировать их и выработать подходящие способы их обхода. Это ещё одно направление научной деятельности, о котором не следует забывать. Конечно, выход на практику может быть «непрямым», то есть практические выводы могут делаться не непосредственно из данного теоретического изыска, а из их совокупности. Но главное, чтобы такой выход всё же был.

Так для чего же нам знать, какая деятельность может считаться осуществляемой в сети Интернет? Без рассмотрения этого вопроса невозможно переходить к вопросам правового регулирования этой деятельности. Прежде чем понять, как регулировать, следовало бы понять, а что именно мы будем регулировать. Таким образом, в первую очередь речь идёт о выстраивании научной теории, в которой не должно быть логических дыр. Однако на практике также может возникнуть целый ряд ситуаций, в которых законодателю может понадобиться чёткое определение того, что является предпринимательской деятельностью в сети Интернет. К примеру, может возникнуть необходимость стимулировать развитие бизнеса в сети Интернет (например, путём предоставления налоговых льгот или иных преференций) или же, наоборот, каким-либо образом ограничить деятельность интернет-бизнесменов. Иными словами, у законодателя может возникнуть необходимость установить особое правовое регулирование предпринимательской деятельности в сети Интернет. Наконец, понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет может понадобиться для проведения различного рода статистических исследований. Конечно, эти вопросы не являются правовыми. Однако юридическая наука не должна замыкаться в себе, ей, как и любой другой науке следует плотно взаимодействовать с иными отраслями человеческого знания.

Итак, что можно назвать предпринимательской деятельностью в сети Интернет? Возможно, поначалу может показаться, что логичным ответом был бы следующий: предпринимательской деятельностью в сети Интернет является любая предпринимательская деятельность, при осуществлении которой соответствующий субъект прибегает к использованию Интернета. Однако Интернет используется предпринимателями для разных целей и в разных объёмах. Кто-то всего лишь имеет свой сайт в сети или размещает в Интернете рекламные объявления, другие же абсолютно всю свою деятельность осуществляют исключительно в Интернете. Речь идёт, например, о продаже приложений для смартфонов или музыкальных произведений.

Очевидно, неверно было бы не проводить различия между описанными случаями использования Интернета. Продажу приложений можно смело называть предпринимательской деятельностью в сети Интернет, поскольку вообще вся эта деятельность осуществляется онлайн. Но как же быть с деятельностью, которая лишь частично осуществляется в Интернете? Каким признакам она должна соответствовать для того, чтобы можно было сказать, что это деятельность в сети Интернет? Конечно же, речь тут должна идти о качественных, а не количественных критериях. Иными словами, возникает следующий вопрос: какие действия должны осуществляться онлайн, чтобы вся деятельность считалась осуществляемой в Интернете? На наш взгляд, эти действия должны быть базовыми для всей деятельности, составлять основное её содержание.

Чтобы определиться, о каких действиях идёт речь, целесообразно было бы вспомнить, что следует называть предпринимательской деятельностью. Для начала хотелось бы отметить, что речь идёт именно о деятельности, а не об отдельных действиях или простой их совокупности. О. М. Олейник указывает, что «практика в последнее время всё чаще сталкивается с необходимостью разграничения понятий «действие» и «деятельность»¹. Однако приведённое в процитированной работе в пример

¹ О. М. Олейник Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // СПС «Консультант Плюс.

решение Верховного Суда РФ делает акцент на таком признаке деятельности, как систематичность: «так, необходимость определения деятельности через признак систематичности уже подчеркнули судебные органы»². Нам же хотелось бы обратить внимание на другое. В юридической науке совершенно справедливо отмечается, что предпринимательская деятельность «состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), направленных к единой цели»³ (выделено нами). Таким образом, следует осознавать нетождественность деятельности и одного действия (или даже совокупности действий), исходя из того, что действия в рамках деятельности объединены общим признаком — направленностью на один результат. Из этого можно сделать вывод о том, что все действия одного лица, направленные на один и тот же результат, составляют единую деятельность.

Известное определение предпринимательской деятельности даётся в ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Абзац 3 пункта 1 указанной статьи закрепил следующую норму. «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 пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке». Широко распространено и, пожалуй, общепризнанно выделение из данной дефиниции трёх легальных признаков предпринимательской деятельности:

- а) самостоятельность,
- б) рисковый характер,
- в) направленность на систематическое получение прибыли.

² Там же.

³ Бельх В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009. // СПС «Консультант Плюс».

Регистрация субъекта предпринимательской деятельности в установленном законом порядке (другими словами, её легализованный характер), как отмечается, не является сущностным признаком предпринимательской деятельности⁴. Помимо этого, в науке выделяют и иные признаки предпринимательской деятельности, такие как «профессионализм предпринимательской деятельности, собственная ответственность предпринимателя, реже — новаторский, инновационный характер этой деятельности»⁵.

Не останавливаясь подробно на разборе всех перечисленных признаков (поскольку это, как представляется, выходит за рамки темы данного исследования), отметим, что в научной юридической литературе, на наш взгляд, зачастую неполно рассматривается вопрос о том, что же, собственно, понимается под деятельностью, которая *направлена на получение прибыли*. Вместе с тем, на наш взгляд, именно направленность на получение прибыли позволит нам определить круг действий, осуществление которых в сети должно считаться необходимым признаком предпринимательства в Интернете. В этой связи, рассмотрим данную проблему подробно.

В литературе, как правило, отмечается лишь, что «направленность» на прибыль не означает обязательного её получения, и что прибыль представляет собой разницу между доходами и расходами предпринимателя. Вместе с тем, к сожалению, не уделяется достаточного внимания тому, какие действия включает в себя деятельность, направленная на получение прибыли. Иными словами, в тени остаётся сама связь между действиями и возможным результатом. Насколько тесной она должна быть? Ведь направленность на что-либо — понятие неоднозначное. Должна ли быть эта связь непосредственной или между конкретными действиями и получением прибыли в причинно-следственной цепочке могут иметься иные звенья? Можно ли считать действие направленным

⁴ См., например: Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. — 2-е изд, перераб. и доп. — М. : Норма : Инфра-М 2012. С. 34.

⁵ Там же. С. 35.

на достижение конкретного результата, если одного такого действия недостаточно, чтобы результат наступил? если действие лишь создаёт необходимые условия для достижения результата? Без ответов на эти вопросы невозможно говорить о том, что мы понимаем, что такое предпринимательская деятельность, поскольку мы не понимаем, какие действия она в себя включает.

Пожалуй, ни у кого не вызывает сомнений суждение о том, что заключение договоров, непосредственно по которым предприниматель может получить доход (естественно, при наличии всех прочих признаков), относится к предпринимательской деятельности. В этом случае связь между действиями и результатом (возможностью получения прибыли) достаточно тесная, и промежуточные элементы отсутствуют. Сложнее дело обстоит с действиями, непосредственным результатом которых не может быть получение прибыли, однако, в конечном счёте, они направлены именно на это.

Приведём для начала пример далёкий от интернет-индустрии. Подрядчик заключает договор аренды строительной техники, с помощью которой он намеревается исполнить договор подряда и, как следствие, получить прибыль. В этом случае в цепочку, помимо рассматриваемого действия (заключения договора аренды) и результата (возможности получения прибыли), добавляется ещё одно звено — заключение и исполнение договора подряда. Получение прибыли в данном случае — конечная, отдалённая цель, которая, однако, не может быть достигнута без арендуемого имущества.

Приведём иной, отличный от первого, пример. Юридическое лицо заключает договор аренды помещения, в котором предполагается нахождение единоличного исполнительного органа. Являются ли действия по заключению такого договора предпринимательской деятельностью? Очевидно, что прибыль от заключения такого договора арендатор получить не может. Однако заключение подобного договора является важным условием для функционирования организации и, как следствие, получения прибыли. В данном случае результат ещё дальше отстоит от действия в цепочке событий. Более того, приобретаемое по договору

аренды имущество непосредственно не будет использоваться для извлечения прибыли.

Являются ли приведённые выше в пример действия (заключение договоров аренды строительной техники и помещения) предпринимательской деятельностью? Текст закона не даёт ответа на поставленный вопрос. Обратимся к судебной практике. В постановлении Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.09.2012 по делу № А35-4194/2012⁶ в частности, сказано следующее. «В силу п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ предпринимательская деятельность характеризуется следующими признаками: самостоятельная, осуществляемая на свой риск, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, осуществляемая юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями. Таким образом, под целями, не связанными с предпринимательскими, понимается приобретение покупателем товаров с целью обеспечения его деятельности в качестве организации или гражданина-предпринимателя (оргтехники, офисной мебели, транспортных средств, материалов для ремонтных работ и т.п.), не в качестве непосредственных орудий труда и без цели перепродажи».

На наш взгляд, такая позиция совершенно не верна. Она основывается на неправильном понимании (или даже на отождествлении) понятий деятельность и действие. Закон называет извлечение прибыли целью всей деятельности, а не отдельных действий, и это представляется абсолютно верным. Таким образом, конкретное действие может и не иметь в качестве непосредственной цели извлечение прибыли. Однако если, будучи встроенным в целую систему действий под названием деятельность, оно хоть на немного приближает субъекта к получению прибыли, это действие следует признать имеющим предпринимательские цели и, соответственно, являющимся составным элементом предпринимательской деятельности.

⁶ Постановлением ФАС Центрального округа от 30.01.2013 по делу № А35-4194/2012 данное постановление оставлено без изменения.

Таким образом, как нам представляется, в обоих наших примерах и во всех примерах из судебного решения речь идёт о предпринимательской деятельности со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями.

Приведённые размышления могут стать основой для классификации действий, составляющих предпринимательскую деятельность. Их можно разделить на два вида. Первый вид — действия, которые *непосредственно направлены* на извлечение прибыли (их можно назвать действиями, составляющими основу предпринимательской деятельности, поскольку без этих действий она теряет один из необходимых признаков — направленность на получение прибыли). К таким действиям можно отнести непосредственное исполнение договоров, по которым предполагается получение прибыли. Второй вид — действия, которые *так или иначе связаны* с возможностью извлечения прибыли. При этом указанная связь может быть как тесной, так и весьма отдалённой. Тесная связь характерна для действий, которые являются необходимым условием получения прибыли. Примерами таких действий являются:

- приобретение имущества, которое будет использоваться для получения прибыли (строительной техники, помещений для встреч с клиентами, автомобиля, на котором будет осуществляться частный извоз и тому подобное),
- заключение договоров, по которым предполагается получение прибыли,
- заключение и исполнение иных договоров, если основная итоговая цель этих действий — получение прибыли. Речь идёт, например, о договорах на размещение рекламы, договорах перевозки грузов (применительно к грузоотправителю и грузополучателю).

Действия, ещё дальше отстоящие от конечной цели (возможности получения прибыли), как уже было отмечено выше, на наш взгляд, входят в предпринимательскую деятельность.

Не имеют предпринимательских целей (и, соответственно, не являются составной частью предпринимательской деятельности) лишь такие действия, которые совершенно никак не при-

ближают субъекта к получению прибыли. Такие действия могут осуществляться как коммерческими, так и некоммерческими организациями. В этой связи, возможно, не вполне удачной является формулировка п. 1 ст. 50 ГК РФ: «Юридическими лицами могут быть организации, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности (коммерческие организации) либо не имеющие извлечение прибыли в качестве такой цели и не распределяющие полученную прибыль между участниками (некоммерческие организации)». Данная норма сформулирована таким образом, что может показаться, будто вся деятельность коммерческой организации является предпринимательской.

Изложенные выше мысли помогут нам, во-первых, получить более точное представление о предпринимательской деятельности в сети Интернет, а во-вторых, классифицировать её.

Представляется, что следует различать примеры предпринимательской деятельности в зависимости от того, какую роль играет Интернет в деле получения прибыли. На наш взгляд, для того, чтобы предпринимательская деятельность считалась *осуществляемой в Интернете*, необходимо, чтобы в Интернете осуществлялись действия, непосредственно направленные на извлечение прибыли (описанный выше первый вид действий). Характерной особенностью такой деятельности является то, что она возможна только при наличии Интернета. Примерами могут служить предоставление права использования («продажа») доменного имени, предоставление услуг по регистрации на сайте, продажа компьютерных программ непосредственно на сайте и т.п.

Если же в Интернете осуществляются действия только второго (но не первого) вида, такую деятельность необходимо называть предпринимательской деятельностью *с использованием сети Интернет*. В таких случаях Интернет лишь способствует увеличению прибыли или облегчению деятельности, при этом вполне возможно осуществлять эту деятельность и без выхода в сеть. Пример — продажа товара через интернет-магазин, когда исполнение договора продавцом происходит с помощью курьерской доставки.

Иными словами, данная классификация проводится по следующему критерию — каким образом («где») осуществляется основное исполнение по договорам, по которым предполагается получение прибыли. При осуществлении предпринимательской деятельности *в сети Интернет* исполнение происходит непосредственно онлайн. Предпринимательская деятельность *с использованием сети Интернет* характеризуется тем, что непосредственное исполнение договора происходит в обычном порядке (офлайн). При этом в сети могут совершаться, например, лишь заключение договора, направление оферты и акцепта, размещение рекламы и т.п.

Имея в виду приведённые выше размышления, рассмотрим теперь следующий пример. Широко известное сегодня Общество с ограниченной ответственностью «ВКонтакте» «обладает правами» на сайт с ещё более широко известным доменным именем <http://www.vk.com> (далее по тексту само юридическое лицо будет для удобства называться «vk.com»). Являются ли действия vk.com по регистрации своего нового пользователя предпринимательской деятельностью?

На наш взгляд, сама регистрация на сайте является заключением и одновременно исполнением (частично) непоименованного в ГК РФ безвозмездного договора. По этому договору одна сторона (владелец сайта) предоставляет другой стороне (пользователю) возможность пользоваться сайтом, а пользователь, в свою очередь, обязуется исполнять условия пользовательского соглашения. Очевидно, что непосредственно от заключения такого договора владелец сайта (в нашем случае vk.com) не получит никакой прибыли. Однако потенциальные рекламодатели, которые в совокупности являются одним из основных источников дохода почти любого сайта, при выборе контрагента по договору на размещение рекламы смотрят в первую очередь на количество людей, посещающих сайт. В значительной степени от этого количества зависит и цена размещения рекламы на сайте. Количество же лиц, посещающих ежедневно сайт — социальную сеть напрямую зависит от количества созданных там аккаунтов (другими словами, количества зарегистрированных там людей).

Выходит, что регистрация социальной сетью пользователя на сайте, хоть и опосредованно, но всё-таки имеет своей конечной целью получение прибыли. Поэтому, на наш взгляд, эта и подобная ей деятельность должна быть отнесена к предпринимательской. Очень важно отметить, что на сайте vk.com в настоящее время возможно создание не только личных страничек граждан, но и страниц различных юридических лиц⁷. Такие страницы, по сути, выполняют функции сайтов организаций в Интернете. А если учесть, что vk.com является вторым по популярности сайтом в России, и что почти 67% его посетителей находятся в нашей стране⁸, становится более понятным, какие колоссальные возможности получают коммерческие организации при создании и активном развитии своей страницы на этом сайте.

Правовое регулирование отношений, складывающихся при использовании сети Интернет, развивается в настоящее время весьма активно. То же самое можно сказать и о юридической науке, посвящённой изучению проблем правового регулирования указанных отношений. Эта сфера научного знания — одна из немногих, где требуют разработки самые основы, базовые понятия и явления. Связано это, конечно, с новизной самих общественных отношений и самой сети Интернет. Сформулированное в настоящей статье понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет, а также предложение по классификации предпринимательской деятельности, так или иначе связанной со Всемирной сетью, как представляется, могут поспособствовать дальнейшему развитию науки и законодательства.

⁷ См., например: <http://vk.com/cocacola>; <https://vk.com/svyaznoy>; <https://vk.com/ostin> и т.п.

⁸ Информация с сайта: <http://www.alexa.com/siteinfo/vk.com>.

Анастасия Бумажкина

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Институт штрафных убытков в зарубежных государствах

В последнее время отечественные предприниматели отдают все большее предпочтение внесудебному урегулированию споров, а также заключению непоименованных договоров, создавая собственные оригинальные конструкции на основе российского и зарубежного опыта. Кроме того, наблюдается постепенное размытие границ континентальной и англосаксонский систем с учетом взаимного влияния в части институтов и норм.

Поэтому представляется интересным рассмотрение иностранных мер ответственности предпринимателей, которые не имеют прямых аналогов в отечественном правопорядке, а также проведение сравнения со схожими институтами в законодательстве Российской Федерации и анализ перспектив рецепции зарубежных моделей.

Рассмотрим институт штрафных убытков (punitive, exemplary or penal damages) в зарубежном праве. Punitive damages — это денежная сумма, подлежащая уплате правонарушителем сверх компенсационных убытков за особо «недобросовестное», «возмутительное», «бессмысленное поведение»¹. Слово «убытки» в данном случае понимается как денежная сумма, которую обязан выплатить правонарушитель по решению суда.

Областью применения punitive damages традиционно считается деликтное право, но в исключительных случаях практика допускает взыскание и в рамках договорного права (например, злостное нарушение договора).

Punitive damages имеют карательную и воспитательную функции, функции общей и частной превенции. К тому же им

¹ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>

свойственен компенсаторный характер. В этом состоит их концептуальное различие с убытками по романской системе, в которой обязательство по возмещению ущерба, прежде всего, имеет компенсаторную функцию, т.е. восстановление прежней ситуации для потерпевшей стороны.

Исследуемый институт нельзя однозначно причислить к частноправовым или публично-правовым санкциям². Его можно условно назвать альянсом деликтного и уголовного права. В той мере, в какой присуждение punitive damages преследует цели наказания, общей и специальной превенции, их можно рассматривать как публично-правовую санкцию. А цель компенсировать истцу тот вред, который иначе остался бы невозмещенным, является частноправовой. К тому же взыскание убытков в пользу потерпевшей стороны характерно именно для частного права. Правда, есть прецеденты, когда часть суммы штрафных убытков была передана не потерпевшему, а направлена в специальный фонд выплат жертвам преступлений³.

Сама сумма может быть достаточно крупной даже для больших компаний. Некоторые ученые считают, что punitive damages в США «вышли из-под контроля» и должны быть радикально ограничены.

Проиллюстрируем проблемы на примере дела BMW of North America v. Gore⁴, дошедшего до Верховного суда США. Истец, г-н Гор, купил у официального дилера BMW новый автомобиль, а потом обнаружил, что автомобиль на момент приобретения был перекрашен. Выяснилось, что компания BMW ремонтировала незначительно поврежденные в процессе транспортировки автомобили (стоимость которых снизилась в результате таких повреждений не более чем на 3 %) и продавала их как новые. Истец посчитал, что компания смошенничала, скрыв от него

² Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г. Штрафные убытки в современном зарубежном праве// Правовое регулирование предпринимательской деятельности (зарубежный опыт). М., 2013. С. 183

³ Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007) <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/07-1216>

⁴ BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559 (1996)

информацию о произведенном ремонте, и исчислил сумму иска как 4 тыс. долл. компенсаторных убытков (экономического вреда) и 4 млн. долл. штрафных убытков. В обоснование такой суммы штрафных убытков истец указал, что компания-ответчик обманула подобным образом по крайней мере 1000 покупателей, каждый из которых претерпел примерно такие же убытки, как он. Гор отметил, что такое исчисление цены иска выполнило превентивную функцию, поскольку, получив исковое заявление, компания-ответчик изменила свою практику информирования покупателей.

Дело рассматривалось по первой инстанции в Алабаме, и суд удовлетворил иск. Суд апелляционной инстанции согласился с доводами истца, но уменьшил штрафные убытки вдвое.

Далее возникает ряд вопросов.

Во-первых, истец не был уполномочен взыскивать убытки от имени остальных покупателей, тем более, что те сами могли предъявить иски к компании BMW. Если г-ну Гору присуждаются штрафные убытки с учетом экономического вреда, причиненного другим покупателям автомобилей, они лишаются права требовать возмещения экономического вреда. В доктрине это называется «проблемой горизонтального равенства».

Во-вторых, можно ли в этом случае считать, что г-н Гор заслужил штрафные убытки, подтолкнув ответчика к изменению практики информирования покупателей? Если да, то остальные покупатели не могли требовать штрафные убытки, в том случае, если ответчик уже отказался от вредоносного поведения. Возникает «проблема лотереи».

Кроме того, у лица, в пользу которого назначается данное наказание, возникает неосновательное обогащение. Существует также перспектива злоупотреблений со стороны пострадавших, а массовые иски способны привести к банкротству компании, нарушившей право.

Поэтому представляется, что основной вопрос — это исчисление суммы штрафных убытков. В формуле расчета punitive damages нет единства. Порой, размер убытков превосходит все разумные ожидания.

В случае рецепции данного института представляется необходимым принять меры, чтобы избежать непредсказуемых результатов. Например, законодательно определить сумму убытков (посредством фиксации диапазона punitive damages в зависимости от деликтного поведения правонарушителя) и сделать ее зависимой от материального положения ответчика (например, кратной доходу нарушителя).

В России по общему правилу взысканию подлежит лишь фактически причиненный вред. Исключения из этого правила немногочисленны.

По существу, заслуживает упоминания Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»⁵. Названный нормативно-правовой акт предписывает судам присуждать физическим и юридическим лицам компенсацию за нарушение их права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок. При этом особо оговаривается, что присуждение такой компенсации не препятствует возмещению вреда (за исключением морального) пострадавшему от судебной волокиты лицу.

Представляется, что предусмотренную законом компенсацию можно рассматривать как пример «компенсации сверх возмещения вреда» в смысле ст. 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ⁶).

В определенной степени интересен Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 года № 2300–1 «О защите прав потребителей»⁷ (далее — Закон о защите прав потребителей). Например, одно из положений указанного акта предусматривает дополнительную санкцию за несоблюдение добровольного порядка удовлетворения законных требований потребителя, а именно суд взы-

⁵ Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144

⁶ РФ. 1996 г. № 23, 24, 25

⁷ Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 года № 2300–1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140

скивает с нарушителя «штраф в размере пятидесяти процентов от суммы, присужденной судом в пользу потребителя». Получается, это своеобразный штраф «за недобровольность»⁸.

В отечественном законодательстве существует также оборотный штраф, который присуждается за наиболее серьезные правонарушения в антимонопольной сфере, такие как злоупотребление доминирующим положением, заключение антиконкурентного соглашения и т.д. Подобные штрафы могут серьезно повлиять на экономическое положение компании, поскольку они выражаются не в твердой сумме, а в процентах от выручки организации на определенном товарном рынке, либо от суммы расходов правонарушителя на приобретение товаров (работ, услуг), либо от начальной стоимости предмета торгов (при сговоре на торгах)⁹. Фактически это единственный вид административного штрафа, который по российскому праву не имеет верхнего предела в абсолютном значении.

Тем не менее, в 2014 году в КоАП РФ были внесены изменения, позволяющие правоприменителям в исключительных случаях назначать наказание в виде административного штрафа в размере ниже низшего предела, установленного соответствующей статьей, при условии, что минимальный размер штрафа по такой статье превышает 100 тысяч рублей¹⁰.

Учитывая тенденцию российских судов снижать размер неустойки и сумму, подлежащую выплате за моральный вред, цель воздействия на особо недобросовестный хозяйствующий субъект не будет достигнута, поскольку суды могут обоснованно уменьшать размер штрафа.

Ряд ученых полагает¹¹, что легализация punitive damages в российском праве по деликтным требованиям и искам, связанным

⁸ Будылин С.Л. Указ. соч.

⁹ http://www.vegaslex.ru/analitics/publishing/fas_imposed_on_the_company_working_fine_four_arguments_for_recalculation/

¹⁰ Федеральный закон от 31.12.2014 № 515-ФЗ «О внесении изменений в статью 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»

РГ. 2015. № 1

¹¹ http://zakon.ru/Blogs/One/3633?entryName=punitive_damages_ili_v_chem_zaklyuchaetsya_funkciya_deliktnogo_prava

с защитой прав потребителя, является вполне обсуждаемым вопросом. Но только в тех случаях, когда правонарушение носит недобросовестный характер. Иначе говоря, речь должна идти не об обычной неосторожности или о случае, а об умышленном нарушении договора или о грубой неосторожности.

К институту принесения извинений как к мере, направленной на урегулирование конфликта, время от времени прибегают самые разнообразные субъекты: физические лица, религиозные организации, государства, корпорации. За последнее десятилетие к данному институту все чаще обращаются и национальные правительства, и крупные компании. В зарубежной судебной практике мы встречаем случаи присуждения к принесению извинений как ответчиков по гражданским искам, так и обвиняемых в совершении преступлений. Извинения находят свое применение и в предпринимательских отношениях в тех случаях, когда для разрешения конфликта одной лишь материальной компенсации недостаточно¹².

Вместе с тем следует уточнить, что принесение извинений используется субъектами предпринимательской деятельности крайне осторожно; фактически в зарубежных странах эта форма ответственности находится на этапе становления. Однако ряд ученых и практиков¹³ полагает, что применение извинений не должно ограничиваться уголовно-правовыми рамками, поскольку статус деловых отношений становится все более значимым, и коммерческие фирмы все более склонны ориентироваться на так называемый «маркетинг отношений», то есть «маркетинг, основанный на взаимодействии в рамках сети отношений»¹⁴.

Согласно одному из известных толкований «под извинениями понимается деяние, которое не остается незамеченным, а его отсутствие не окажется бесследным для текущих и будущих отно-

¹² Vinayagamoorthy K. Apologies in the marketplace // Pace law rev. 2013. Vol. 33. № 5. P. 1081.

¹³ Vinayagamoorthy K. Ibid.

¹⁴ Gummesson E. Return on relationships: The value of relationship marketing and CRM in business-to-business contexts // Journal of business & industrial marketing. 2004. Vol. 19. № 2.

шений сторон»¹⁵. Подобная характеристика связывает институт принесения извинений с концепцией восстанавливающей справедливости (*restorative justice*), требующей минимизации ущерба (физического, психологического, эмоционального), нанесенного пострадавшей стороне.

Институт извинений имеет социальную значимость и обладает рядом практически важных особенностей. Во-первых, принесение извинений как мера ответственности позволяет восстановить моральное равенство между сторонами конфликта. Согласно точке зрения Кэтлин Джилл¹⁶, просящий о прощении дает понять, что нарушил закон или договор и незаслуженно причинил вред пострадавшему. Данная позиция имеет и обратную сторону: принесение извинений может интерпретироваться в суде как признание ответственности. В связи с этим, например, многие американские врачи рекомендуют своим молодым коллегам воздерживаться от сочувственных заявлений в адрес пациентов и их семей, так как в некоторых штатах складывается практика использования выражений соболезнования и извинений в качестве доказательств совершения правонарушения или вины при привлечении медицинских работников к ответственности. Чтобы исправить эту ситуацию, законодатели некоторых штатов вынуждены были даже принять нормативные акты, запрещающие в ходе споров о ненадлежащем лечении ссылаться на такие доказательства, как принесение медицинским персоналом извинений¹⁷.

Вторым доводом в пользу целесообразности принесения извинений в качестве меры ответственности предпринимателей является восстановление доверия в деловых отношениях¹⁸.

В-третьих, извинения можно считать проверкой единства ценностной системы нарушителя и общества. В особенности

¹⁵ Tavuchis N. *Mea culpa* // A sociology of reconciliation. 1991. № 13.

¹⁶ Gill K. The moral functions of an apology // The philosophical forum. 2000. Vol. 31. № 1. P. 11–27.

¹⁷ Morton H. Medical professionals apologies statutes. URL: <http://www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/medical-professional-apologies-statutes.aspx>

¹⁸ Scher S. J., Darley J. M. How effective are the things people say to apologize? Effects of the Realization of the apology speech Act // J. of psycholinguistic research. 1997. Vol. 26, № 1 (Jan.). P. 127, 129–130.

это важно в ситуациях, когда необходимо подчеркнуть признание верховенства права и уважение контрагента. В частности в Японии акт принесения извинений сам по себе играет значительную роль, учитывая авторитет законов и иерархическую структуру, на которых основывается это государство. «Извинение ожидается и признается в Японии как знак уважения к гармонии в обществе»¹⁹.

Четвертым аргументом в защиту данного института является его важность в разрешении конфликтов. Извинения перед пострадавшей стороной способны уменьшить вероятность возникновения судебных споров в связи с нарушением закона или договора, а также сократить продолжительность таких тяжб²⁰. Исследуемая конструкция позволяет компенсировать репутационные потери контрагента, особенно если неисполнение договора виновной стороной повлекло за собой цепочку нарушений обязательств перед клиентами со стороны пострадавшей компании.

Тем не менее, ни один правовой институт не лишен изъянов, и принесение извинений не является исключением. Выше было отмечено, что пострадавшие лица могут использовать данный факт в качестве судебного доказательства. Помимо этого некоторые ученые высказывают сомнение относительно «вынужденных извинений», т.е. принесения извинений как легально закрепленной формы ответственности. Подобную проблему можно проиллюстрировать на примере сравнительного исследования этого института в США и Японии²¹. Страны по-разному подходят к сути явления. В Америке важным считается именно искренность извинений. Японцы же делают акцент на самом факте принесения извинений потерпевшей стороне и восстановлении внешней социальной гармонии.

В принципе, на данный момент применение института извинений в отечественном праве вызывает сомнения. В пункте 8 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации

¹⁹ Lee I. The law and culture of the apology in Korean dispute settlement (with Japan and the United states in mind) // University of Michigan law rev. Ann Arbor, 2005. № 27.

²⁰ Vinayagamoorthy K. Ibid. P. 25.

²¹ Radzik L. Making amends: atonement in morality // Law and politics. 2008. № 78.

от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»²², указано, что согласно части 3 ст. 29 Конституции Российской Федерации никто не может быть принужден к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них. Извинение как способ судебной защиты чести, достоинства и деловой репутации статьей 152 ГК РФ и другими нормами законодательства не предусмотрено, поэтому суд не вправе обязывать ответчиков по данной категории дел принести истцам извинения в той или иной форме. Вместе с тем «суд вправе утвердить мировое соглашение, в соответствии с которым стороны по обоюдному согласию предусмотрели принесение ответчиком извинения в связи с распространением не соответствующих действительности порочащих сведений в отношении истца, поскольку это не нарушает прав и законных интересов других лиц и не противоречит закону, который не содержит такого запрета»²³.

В связи с этим можно сделать вывод о том, что в ближайшее время принесение извинений останется не более чем актом доброй воли ответчика.

Последний институт — чисто экономические убытки (*pure economic loss* — далее PEL)²⁴. *Pure economic loss* могут быть определены как финансовые потери (для третьего лица), которые являются следствием причинения физического вреда потерпевшему, его имуществу или совершения другого нарушения его абсолютных прав²⁵. Как видно, характеристика экономических убытков основана на природе вреда: чисто экономические (или финансовые) потери противопоставляются в данном случае физи-

²² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4.

²³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4.

²⁴ Туктаров Ю. Е. Чисто экономические убытки. М., 2006

²⁵ Giuseppe D.-M., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss // German Working Papers in Law and Economics. Amsterdam. 2005, 10. P. 2.

ческому вреду, который причиняется имуществу или лицу²⁶ (если экономические убытки связаны с теми убытками, которые причинены лицу или его имуществу, тогда такие убытки называются косвенными экономическими убытками, и вся их сумма может быть взыскана без каких-либо вопросов. Косвенные экономические убытки взыскиваются, поскольку действует предположение существования физического вреда. При этом чисто экономические убытки уменьшают лишь финансовые поступления без непосредственного причинения вреда личности или имуществу²⁷).

Причины возникновения чисто экономических убытков находятся в пересечении интересов и отношений, участвовать в которых могут две или три стороны. Фактически конструкция призвана упростить взыскание ущерба третьим лицом. Предположим, А причинило физический ущерб Б, вследствие чего у В возникли финансовые потери. В может обратиться с иском к Б, а Б в свою очередь с регрессным к А. Или В может обратиться непосредственно к А, минуя потерпевшего. Таким образом, цепочка исков сокращается, хотя В и А никак не были связаны между собой до этого.

В современной доктрине весьма распространена теория, в соответствии с которой при разрешении взыскания PЕL это порождает предъявление неограниченного количества исков. Они существенно обременят, если не парализуют всю деятельность судебной системы. Например, в случае, если небрежность ответчика приведет к закрытию торговых рынков или прекращению деятельности коммерческих перевозок, это может заставить сотни или тысячи лиц прибегнуть к требованию о возмещении им экономических убытков. Приведенные рассуждения естественным образом подводят к выводу о том, что признание чисто экономических убытков подлежащими взысканию факти-

²⁶ Coester M., Markesinis B. Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology // The American Journal of Comparative Law. 2003. Vol. 51, No. 2. P. 291

²⁷ Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe // Cambridge University Press. NewYork. 2003

чески будет означать открытие таких «шлюзов», и это обязательно вызовет крах всей системы правосудия²⁸.

В то же время в научной литературе высказываются сомнения по поводу обоснованности данного аргумента. Прежде всего, в пользу этой позиции отсутствуют эмпирические данные. Суды юрисдикции континентального права, которые допускают возмещение чисто экономических убытков (например, Франция), еще не утонули в невероятном количестве исков о возмещении *pure economic loss*, а соответствующие страховые компании не оказались в кризисе в результате увеличения случаев компенсации указанных убытков²⁹.

На практике в странах, допускающих взыскание чисто экономических убытков, по общему правилу *PEL* не возмещаются, за исключением ряда случаев³⁰. С целью прервать эту цепочку ответственности судебные системы продолжают попытки определить допустимые границы подлежащего возмещению ущерба.

Что касается непосредственно *pure economic loss*, то предполагается, что при взыскании можно использовать несколько «шлюзов», чтобы не допустить тотального хаоса. Например, установить ряд дел, в которых допустимо назначение чисто экономических убытков. Кроме того, руководствоваться критериями предсказуемости (возмещение чисто экономических убытков возможно в случае, когда ответчик знал, что его небрежное поведение может принести экономический ущерб для конкретного истца, а не просто для неограниченного круга лиц), причинно-следственной связи, экономического положения ответчика (чтобы взыскание не привело к необоснованным расходам и неосновательному обогащению)³¹.

При ведении бизнеса создается немало ситуаций, когда вред наносится не непосредственно имуществу предпринимателя,

²⁸ Bussani M., Palmer V. V. Указ. Соч. § 1–6A

²⁹ Fokkema D. C., Markesinis B. S. All or nothing? The Compensation of Pure Economic Loss in English and Dutch Law // F. A. M. Altling von Geusau et al., *Exlure*, Arnhem, 1987. P. 70–71

³⁰ www.lawscape.ch/doc/rc/Resume.doc

³¹ *Robinson v P E Jones (Contractors) Ltd* [2012] QB 44

а его законным экономическим интересам³². В настоящее время подобный вред причиняется в Российской Федерации довольно часто, и он может достигать весьма значительных размеров. Ответственность за незаконные действия предпринимателей чаще всего рассматривается в рамках договорных отношений, и понесший чисто экономические потери предприниматель не может их компенсировать. Поэтому возможность взыскания чисто экономических убытков будет способствовать эффективной судебной защите прав пострадавших участников экономического оборота³³. К тому же конструкция, которая соответствует принципу процессуальной экономии и вполне способна упростить взаимоотношения между субъектами предпринимательской деятельности.

В Российской Федерации уже есть предпосылки для имплементации и адаптации данного института. Во-первых, это наличие принципа генерального деликта (часть 1 статьи 1064 ГК РФ, согласно которой вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред³⁴), такого же, как и во многих европейских странах (Франция, Германия).

Во-вторых, существование в отечественном праве схожих институтов. Например, переведенных убытков, переносящих риск (статья 669 ГК РФ, на основании которой риск случайной гибели или случайной порчи арендованного имущества переходит к арендатору в момент передачи ему арендованного имущества, если иное не предусмотрено договором финансовой аренды.).

Помимо этого рядом ученых³⁵ поддерживается идея расширения ответственности аудитора или аудиторской фирмы перед пользователями аудиторского заключения, не являющимися сторонами договора оказания аудиторских услуг.

³² http://abc.informbureau.com/html/yeiiiexanee_eioadan.html

³³ Что есть возмещение вреда? Интервью с И. В. Цветковым. // ЭЖ-Юрист. 2008, № 25

³⁴ СЗ РФ. 1996, № 5. С. 410 с изм. и доп., вступ. в силу с 22.01.2015

³⁵ Поляков В. В. Некоторые аспекты гражданско-правовой ответственности исполнителя по договору оказания аудиторских услуг // Законодательство и экономика. 2012, № 9

Адаптация punitive damages, принесения извинений и pure economic loss в рамках российской доктрины предпринимательского права и правоприменения может существенно обогатить теоретический инструментарий отечественной юриспруденции и стать заметным шагом в направлении усовершенствования мер ответственности предпринимателей.

Если же возвращаться к конкретным выводам, то из проведенного исследования иностранного права следует, что при определенных условиях (например, глубокий экономический анализ, консультации с предпринимателями, полные и всесторонние разъяснения ВС) возможна имплементация штрафных и чисто экономических убытков. Использование же института принесения извинений представляется целесообразным лишь при выходе на международный рынок или при проведении политики компании, направленной на улучшение делового имиджа.

Данил Вадюхин

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Проблемы правового регулирования рынка мобильных приложений

Мобильные приложения уверенно и бесповоротно вошли в нашу жизнь, и не только с целью помочь скоротать часок в социальных сетях или онлайн-играх, но и с целью значительно упростить жизнь отдельного потребителя: выбор билетов для авиаперелетов, построение маршрута, создание графиков и тому подобные вещи становятся значительно проще и мобильнее с использованием приложений для смартфонов. Рядовой потребитель редко задумывается над тем, какими нормами регулируется процесс создания, загрузки, блокировки, скачивания и установки мобильного приложения. Между тем, в связи с возрастающей значимостью данного явления, его правовое регулирование заслуживает отдельного внимания.

В настоящее время скачивание мобильного контента происходит через так называемые платформы цифровой дистрибуции, к ним относятся интернет-магазины мобильных приложений компаний Google, Apple и Windows.

Говоря о регулировании отношений, касающихся электронной торговли, можно сказать, что в значительной степени оно затронуло лишь отношения между платформой и потребителем скачивающим контент. Среди международных документов, относящихся к данной области, можно выделить Конвенцию ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г., Типовой закон «Об электронной торговле» ЮНИСИТРАЛ 1996 г., Декларацию о свободе обмена информацией в Интернете 2003 г., Европейскую декларацию о правах человека и верховенстве права в информационном обществе 2005 г., Хартию глобального информационного общества 2000 г., Будапештскую конвенцию о кибер-преступ-

ности 2001 г., Декларацию принципов построения информационного общества 2003 г. и план действий Тунисского обязательства 2005 г. и др.

Законодательное регулирование электронной торговли в Российской Федерации отсутствует, несмотря на неоднократные попытки инициировать принятие законопроекта «Об электронной торговле».

Исходя из этого, следует признать, что если отношения по скачиванию и установке приложения подпадают под регулирование отечественных нормативно-правовых актов в сфере защиты прав потребителя, то отношения по размещению разработчиками приложений на платформах не урегулированы. Пробел в законодательном регулировании цифровой дистрибуции заполняется нормами, устанавливаемыми самими площадками. Заметим, что данное явление касается не только российского законодательства, а в значительной степени и правовых порядков множества других стран. Учитывая, что развитием платформ цифровой дистрибуции занимаются транснациональные интернет-компании Google, Apple, Windows, которые устанавливая правила для разработчиков и продавцов приложений в своих онлайн-магазинах, распространяют их на юридические и физические лица по всему миру, можно прийти к выводу о формировании наднациональных норм иного порядка, не инициируемых международными институтами, которые затрагивают регулирование сферы цифровой дистрибуции.

Одним из примеров норм устанавливаемых самими компаниями являются правила загрузки и размещения приложений на площадках App Store и Google Play Market.

Условно правила делятся на 5 групп, причем такое деление относится ко всем площадкам:

- 1) Правила, касающиеся технических ошибок на платформах:
Приложение не должно содержать видимых ошибок, некорректно проводить диагностику и отображать неверные данные, функции приложения должны совпадать с их описанием,
- 2) Правила, касающиеся запрета аморальных приложений:
Запрещаются приложения, пропагандирующие чрезмерное употребление алкоголя и наркотиков, склоняющие к этому

детей. Запрещены приложения, поощряющие безрассудное и незаконное использование оружия, содержащие реалистичные сцены убийства и причинения смерти животным, содержащие сцены насилия над детьми, содержащие порнографические материалы,

3) Правила, касающиеся ограничения опасных приложений:

Ограничено размещение приложений, использующих геолокацию для управления средствами, требующими профессиональных навыков обращения с автомобилями и самолетами. Запрещены приложения, которые могут привести к травме пользователя.

4) Запрет мошеннических приложений:

Которые содержат только рекламные материалы, используют данные пользователя не связанные с функциями приложения, допускают нелегальный обмен файлами, содержат возможность анонимных звонков и СМС.

5) Запрет приложений, нарушающих требования к платежам:

Запрещено использование в приложении технологий покупки контента, не связанных с конкретной площадкой. Запрещено размещение тотализаторов и лотерей, не спонсируемых разработчиками и приложений, продающих контент в аренду, то есть контент становится недоступен через время.

Дополнительно могут быть отключены приложения, которые являются бесполезными, являющиеся сайтами, оформленными как отдельное приложение, а также приложения повторяющие функции тех, которые уже распространены на конкретной площадке.

Некоторые из вышеперечисленных запретов формулируются с использованием оценочных и субъективных критериев, что приводит к своего рода дискриминации разработчиков и к случаям, когда приложение, размещенное на одной из площадок, может быть заблокировано на другой. В данном случае, можно сказать, что отсутствие ясных, унифицированных критериев для разработчиков с использованием четко определённых понятий, позволяющих ограничивать нежелательный контент в приложениях, приводит к неблагоприятным последствиям в виде ограничения конкуренции разработчиков и создает систему неравенства.

При этом специфика «квазиправовых» норм, устанавливаемых корпорациями, заключается в отсутствии возможности у разработчика защитить свои права в случае их ущемления. Если служба поддержки платформы уже посчитала приложение или распространяемый им контент нежелательным или нарушающим запреты, дальнейшее его размещение вне зависимости от внесения в него изменений и устранения нарушений, а в некоторых случаях даже простое письмо в техническую поддержку, может спровоцировать блокировку всего аккаунта и лишение разработчика возможности размещать свои приложения.

Отдельно стоит отметить, что компании пытаются следить за осуществлением авторских и иных интеллектуальных прав в приложениях. При этом, поскольку абсолютное большинство компаний, занимающихся цифровой дистрибуцией приложений, зарегистрировано по иностранному праву, в качестве оснований для блокировки и удаления приложений, нарушающих интеллектуальные права, служат национальные акты страны, в которой находится компания. Как правило, приложения блокируются как нарушающие закон США «Об авторском праве в цифровую эпоху» (DMCA).

Можно привести несколько кейсов иллюстрирующих применение национального законодательства страны размещения платформы.

Google Play Market:

- 1) Разработчик создал небольшую игру, в названии которой использовал слово Tetris. Приложение заблокировали, поскольку Tetris — зарегистрированный товарный знак, использование которого без разрешения правообладателя запрещено.
- 2) Разработчик создал приложение, позволяющее делиться ссылкой из строки браузера, упомянув в описании приложения компанию Яндекс.
- 3) Разработчик использовал в приложении иконки Яндекса. Приложение заблокировали как маскирующееся под конкурента.

В трех перечисленных случаях блокирование приложения осуществлялось без обращения правообладателя, и без попыток выяснить, есть ли у разработчика разрешение на использование

товарного знака, а также без оценки действительного ущерба, который наносит использование товарного знака в конкретном случае.

Apple Store:

Разработчик создал приложение «РЖД Тариф». В иконке приложения использовался логотип компании РЖД, в названии приложения присутствовало наименование компании. При этом приложение было заблокировано в App Store только после обращения РЖД в российский суд.

Данный пример является показательным, в совокупности с другими кейсами применения блокировок можно сделать вывод, что разработчик не может размещать и использовать товарный знак, который обладает общемировой известностью, потому что за это сразу же последует блокировка приложения без обращения правообладателя, но в случае, если используется товарный знак компании, не имеющей общемировой известности или известной только на локальном рынке, то использование может продолжаться до обращения правообладателя к платформе или разработчику. При этом в отношении общемировых товарных знаков платформы фактически установили презумпцию их неправомерного использования разработчиками. Правообладатель в случае нарушения его прав может воздействовать на платформу, разместившую контент, через систему национальных судов. Однако разработчик, находящийся, например, в Индии, приложение которого заблокировали за якобы неправомерное использование товарного знака, например, китайской компании, лишен возможности доказать свою правоту, потому что в таком случае ему придется обращаться в суд той страны, в которой зарегистрирована платформа.

При этом следует отметить, что у компании Google существуют механизмы урегулирования вопросов, касающихся использования интеллектуальных прав, на уровне разработчиков. Если правообладатель заметил, что какое-либо приложение использует принадлежащий ему объект, он может обратиться в техническую поддержку Google, которая передаст ему контакты разработчика приложения, что позволит им урегулировать ситуацию между

собой. При этом ни что не мешает правообладателю в случае недостижения договоренностей обратиться в Google с требованиями заблокировать приложение, нарушающее его права, что создает риски неправомерных блокировок. Существует практика, когда разработчик заблокировал своего конкурента, сославшись на то, что приложение нарушает его авторские права, техническая поддержка Google в этом случае даже не проверила наличие или отсутствие интеллектуальных прав у недобросовестного разработчика.

Интересно также и регулирование процесса перерегистрации приложения с одного аккаунта на другой в рамках одной платформы цифровой дистрибуции. Как правило, момент перехода интеллектуальных прав на программу для ЭВМ совпадает с её передачей от изготовителя к заказчику или приобретателю и регулируется договором между сторонами, который должен содержать ряд существенных условий, таких как цена товара, условия приема товара и т.п. Для перерегистрации приложения внутри платформы ничего этого не нужно, и если сам процесс с технической точки зрения не представляется сложным, то с правовой точки зрения интересен сам факт необязательности закрепления договора купли-продажи приложения на «бумаге». Мобильные приложения как объект права все же достаточно новое явление, и отсутствие национального и наднационального законодательства в данной сфере приводит к появлению серьезных белых пятен в регулировании электронной дистрибуции. Возможно, перенести приложение от разработчика к приобретателю не сложно в техническом плане, но отсутствие между ними авторского договора может породить нежелательные юридические риски.

Корпорации не интересуют вопрос правомерности приобретения приложения, в данном случае вопрос превращается исключительно в технический.

Далее рассмотрим вопрос, касающийся контроля за поступающими платежами со стороны налоговых органов. Дело в том, что средства получаемые разработчиками за приобретаемые пользователями приложения проходят через единые процессинговые центры, расположенные за рубежом и в иностранной валюте.

Обычно разработчики выбирают самый простой способ вывода средств на свой счет как на счет физического лица, в таком случае все поступления не попадают под специальный валютный контроль и не требуют специального оформления. Однако данный путь влечет за собой определённые риски, например, теоретическая возможность признания такой деятельности незаконным предпринимательством при достижении суммы в 1 500 000 рублей. Хотя на практике случаев осуждения разработчиков по ст. 171 не было и данные платежи можно отнести к поступлениям от авторской деятельности, стопроцентной уверенности в том, что практика не пойдет по более агрессивному в отношении разработчиков пути нет.

Поэтому многие авторы заключают агентский договор с индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом, что позволяет свести на нет указанный выше риск, но в то же время сильно усложняет налогообложение.

Огромные потоки денежных средств, проходящие всего через несколько процессинговых центров расположенных в США, сильно усложняют жизнь разработчикам приложений, порождая для них налоговые и правовые риски.

Стоит коснуться темы блокировки аккаунтов разработчиков, использующих для вывода средств счета банков из санкционного списка.

В апреле 2015 года разработчикам, использующим счета Сбербанка и Газпромбанка, поступили письма от Apple с предупреждением о приостановлении выплат за продажу приложений и встроенных покупок. Основанием для такого решения послужил регламент (ЕС) № 1351/2014 Европейского Союза и Исполнительный приказ № 13685 Президента США. При этом множество разработчиков лишается возможности получать платежи за продажу своих приложений. Если не касаться темы основательного или безосновательного применения реторсий некоторыми странами в отношении России, то можно сказать, что сам факт блокировки разработчиков за использование банка из списка санкций является нелогичным и ограничивающим права разработчиков.

Конечно, стоит отметить, что существуют случаи блокировки приложений и за нарушение национального законодательства страны пользователя платформы. В мае 2015 года по требованию Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) были заблокированы приложения, содержащие ряд материалов признанных экстремистскими на территории России. Apple и Google предпочли заблокировать данные материалы на основании Федерального закона от 25.07.2002 № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности». Данный пример является показательным, поскольку можно проследить применение не только норм, устанавливаемых самими корпорациями, но и норм национального законодательства. При этом можно сказать, что опять-таки отсутствует равенство не только разработчиков, но и равенство доступа пользователей к приложениям и контенту, распространяемому через эти приложения.

Можно сделать вывод, что регулирование сферы мобильных приложений носит достаточно хаотичный характер. Нормы, устанавливаемые компаниями, различаются от платформы к платформе, а практика применения этих норм меняется от случая к случаю. При этом, учитывая ультимативность выносимых решений по блокировке или недопуску приложения на электронную платформу, разработчик лишается возможности оспорить решение компании и защитить свои права в случае их нарушения. Споры с службами поддержки бессмысленны и как правило не приносят никакого результата кроме блокировки всего аккаунта разработчика. Отсутствует внутренняя система разрешения споров между разработчиками с участием третьих лиц: компании либо блокируют приложения, доверяя обратившемуся лицу «на слово», либо дают возможность лицам договориться, не принимая никакого участия в выяснении ситуации. Применение внутренних правил компании соседствует с исполнением решений национальных надзорных органов стран, исполнения отдельных решений наднациональных органов.

Данная ситуация влечет огромные риски для разработчиков приложений, создает ситуацию правовой неопределённости

и ставит разработчиков в положение зависимости от непоследовательных решений технической поддержки платформ.

Данные проблемы нельзя решить принятием одного национального акта, поскольку деятельность платформ электронной дистрибуции носит транснациональный характер, то и нормы, устанавливаемые в сфере мобильных приложений, должны носить наднациональный характер. Необходимо выработать четкие правила загрузки приложения, определения нежелательного контента на наднациональном уровне, урегулировать процесс передачи прав на приложения от разработчика к приобретателю, установить простые нормы налогообложения, исходя из страны «прописки» разработчика или правообладателя. Необходимо также рассмотреть возможность создания внутренних арбитражей между разработчиками приложений с привлечением экспертов в данной области. Самое главное, нормы, регулирующие загрузку и скачивание приложений, должны стать правовыми, носить универсальный характер, устранят необходимость исполнения волонтаристских решений службы поддержки той или иной платформы.

Мобильные приложения получили широкое применение, многие из них создаются просто для развлечения, другие облегчают повседневный быт пользователей по всему миру, но пока данный рынок не получит должного правового регулирования, общество рискует остаться без действительно стоящего и полезного воплощения идей разработчиков.

Арюна Жамсаранова

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Правовые проблемы регулирования банковских рисков

Среди видов предпринимательской деятельности банковская деятельность подвержена чувствительному восприятию всех негативных процессов, а ее чрезвычайная значимость для жизнедеятельности всех структур делает ее особенно уязвимой. В таких условиях, основной целью банковского регулирования является минимизация банковских рисков.

Развивая положения Базельского комитета по банковскому надзору, Банк России сформулировал определение банковского риска в Письме от 23 июня 2004 г. № 70-Т «О типичных банковских рисках»¹ (далее — Письмо Банка России № 70-Т). Банковский риск — это присущая банковской деятельности возможность (вероятность) понесения кредитной организацией потерь и (или) ухудшения ликвидности вследствие наступления неблагоприятных событий, связанных с внутренними факторами (сложность организационной структуры, уровень квалификации служащих, организационные изменения, текучесть кадров и т.д.) и (или) внешними факторами (изменение экономических условий деятельности кредитной организации, применяемые технологии и т.д.).

Банк России в своем Письме № 70-Т к типичным банковским рискам отнес следующие виды: кредитный, страновой, рыночный, риск ликвидности, операционный, правовой, риск потери деловой репутации и стратегический риск. Банковские риски различны по своему характеру и составу, однако рассмотрение конкретного банковского риска невозможно в отдель-

¹ Указание оперативного характера Банка России от 23 июня 2004 г. № 70-Т "О типичных банковских рисках" // ВБР. 2004. № 38.

ности от других банковских рисков, так как все они неразрывны между собой и оказывают прямое влияние друг на друга.

Понятие и виды банковского регулирования

Обеспечение стабильности и устойчивого функционирования банковской деятельности — приоритетная задача государства. Нормы банковского права, реализовывающие данную задачу, именуются пруденциальными (от англ. prudent — «благоразумный, предусмотрительный»).

Законом о банках и банковской деятельности кредитные организации в целях обеспечения финансовой надежности обязаны:

- создавать резервы, минимальные размеры которых устанавливаются Банком России;
- осуществлять классификацию активов, выделяя сомнительные и безнадежные долги и создавать резервы на покрытие убытков;
- соблюдать обязательные нормативы;
- создать систему управления рисками и капиталом, внутреннего контроля в соответствии с характером и масштабом операций, уровню принимаемых рисков с учетом требований Банка России к системам управления рисками;
- по требованию Банка России представлять планы восстановления финансовой устойчивости;
- соблюдать обязательные нормативы, устанавливаемые Центральным Банком;
- хранить тайну об операциях, счетах и вкладах;
- накладывать арест на денежные средства и иные ценности юридических и физических лиц — своих клиентов по решению суда или постановлению органов предварительного следствия при наличии судебного решения.

Развивая положения федеральных законов, Банк России в своих нормативных актах конкретизирует требования, устанавливает числовые показатели и методику расчетов обязательных нормативов и резервных требований для кредитных организаций, порядок депонирования резервов кредитными

организациями в Банке России, порядок осуществления надзора Банком России за соблюдением кредитными организациями обязательных нормативов и резервных требований, порядок организации внутреннего контроля в кредитных организациях, классификации видов банковских рисков.

Помимо этого, функционируют механизмы саморегулирования: кредитные организации принимают локальные нормативные акты по внутренним вопросам, учитывая положения федеральных законов и нормативных актов Банка России.

Суть пруденциального регулирования, на наш взгляд, видится в ограничении государством активной деятельности банков на финансовых рынках, так как банки являются особыми субъектами денежных отношений, играя значительную роль в социальной сфере.

Правовое регулирование установления обязательных экономических нормативов

Экономические нормативы представляются едва ли ни самым важным инструментом пруденциального регулирования. Как орган пруденциального надзора Банк России издал и руководствуется Инструкцией от 03.12.2012 № 139-И «Об обязательных нормативах банков»², направленной на регулирование принимаемых банком кредитных рисков, применяя установленные Инструкцией числовые значения и методики расчета обязательных нормативов.

Нормативы, устанавливаемые Банком России условно можно разделить на три группы³.

Норматив достаточности капитала банка

- норматив достаточности базового капитала банка (Н-1.1)
- норматив достаточности основного капитала банка (Н-1.2)
- норматив достаточности собственных средств (Н-1.0)

² Инструкция Банка России от 03 декабря 2012 № 139-И «Об обязательных нормативах банков» // ВБР.2012.№ 74

³ В. С. Белых. Банковское право, М., 2011, с. 253

Норматив ликвидности банка

- Норматив мгновенной ликвидности (Н-2)
- Норматив текущей ликвидности (Н-3)
- Норматив долгосрочной ликвидности (Н-4)

Нормативы риска

- Максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков (Н-6)
- Максимальный размер крупных кредитных рисков (Н-7)
- Максимальный размер кредитов, банковских гарантий и поручительств, предоставленных банком своим участникам (Н-9.1)
- Совокупная величина риска по инсайдерам банка (Н-10.1)
- Норматив использования собственных средств (капитала) банка для приобретения акций (долей) других юридических лиц (Н-12)

Нормативы достаточности капитала банка

Данные показатели ограничивают деятельность банков в части привлечения чужих денежных средств: иными словами банки не могут беспрестанно наращивать активы, данная возможность ограничена и соответствует минимальному размеру капитала банка. Минимально допустимое значение норматива Н-1 варьируется от 5 % до 10 %. Так, Н-1.1 устанавливается в размере 5 %, Н-1.2 в размере 6 %, Н-1.0 в размере 10 %.

Банки с низким уровнем капитала не могут иметь достаточный объем активов для осуществления банковских операций на основе рыночных принципов — они либо кэптивные⁴, либо осуществляют операции, по существу не являющиеся банковскими. Банк России имеет право отозвать лицензию, если кредитная организация не исполняет в срок его требования о приведении в соответствие величины уставного капитала и размера

⁴ (от англ. — *captive* — «пойманный», «пленный»). Вид кредитной организации, созданной финансово-промышленной группой или частными лицами для обслуживания своих интересов. В мировой практике кэптивные банки могут учреждаться как оффшорные кредитные организации, обслуживающие вплоть до всего одного клиента — их собственника.

собственных средств, и если произошло сокращение размера капитала до уровня, ниже установленного регулятором и рассчитанного по его методике.

Нормативы ликвидности банка

Ликвидность банка означает возможность обеспечить своевременное и полное выполнение денежных обязательств, установленных банковскими сделками. Выделяются нормативы мгновенной, текущей и долгосрочной ликвидности. Нормативы ликвидности вычисляются через соотношение между активами и пассивами с учетом возможности реализации активов и сроков погашения обязательств.

Нормативы мгновенной ликвидности ограничивают риски банка от потери ликвидности в течение одного операционного дня. Минимальное допустимое число норматива Н-2 — 15 %

Норматив текущей ликвидности ограничивает риски банка от потери ликвидности в течение 30 дней. Минимальное значение норматива Н-3 — 50 %

Норматив долгосрочной ликвидности банка (Н-4) регулирует риск потери банком ликвидности путем размещения средств в долгосрочные активы и вычисляется как отношение всей задолженности банку свыше 365 или 366 календарных дней к собственным средствам банка и обязательствам банка по депозитным счетам, полученным кредитам и другим долговым обязательствам сроком исполнения выше года.

Вся задолженность банку свыше одного года заемщиками, требований, вытекающих из сделок с размещенными депозитами и иным видам требований банка к должнику должна составлять не менее 120 % к сумме собственных средств и обязательств банка сроком исполнения свыше одного года.

Нормативы риска

Максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков (Н-6) ограничивает кредитный риск банка.

Максимально допустимое число норматива Н-6 составляет 25 %, а это значит, что банк вправе заключить договоры банков-

ского кредита с заемщиком или группой взаимосвязанных заемщиков в том случае, если сумма договора не превышает 25 процентов собственных средств кредитной организации.

Нормативное регулирование банковской системы идет по пути сближения с международными подходами и стандартами. Так, введены новые требования к капиталу кредитных организаций, разработанные на основе рекомендаций Базельского комитета по банковскому надзору. С 1 января 2015 г. были внесены изменения в расчет обязательного норматива для кредитных организаций Н6, а также введение нового норматива Н25, ограничивающего кредитование связанных с банком лиц. Эти изменения были введены Федеральным законом от 02.07.2013 № 146-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 146-ФЗ) в Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации».

Закон № 146-ФЗ внес изменения в ст. 64 Закона № 86-ФЗ, установив новые экономические и юридические критерии связанности заемщиков в группы. Основным изменением стало появление новых юридических оснований отнесения заемщиков к группе связанных.

Таким образом, контроль, ранее определявшийся нормами гражданского законодательства, с 1 января 2016 г. подлежит оценке в соответствии Международными стандартами финансовой отчетности.

Одновременно с изменениями в порядке расчета норматива Н-6 с 1 января 2016 г. вступают в силу требования к кредитным организациям по расчету нового норматива Н-25, предназначенного для регулирования кредитования связанных с банком лиц. Предельное значение данного показателя установлено в размере 20 процентов собственных средств кредитной организации.

Максимальный размер крупных кредитных рисков

Регулирует совокупную величину крупных кредитных рисков банка и представлен как отношение совокупной величины крупных кредитных рисков и собственных средств банка.

Кредитный риск признается крупным в случае, если сумма кредитов, гарантий и поручительств в пользу одного клиента превышает 5 процентов собственных средств кредитной организации. Максимальный размер крупных кредитных рисков устанавливается в размере не более 800 процентов размера собственных средств кредитной организации.

Максимальный размер кредитов, банковских гарантий и поручительств, предоставленных банком своим участникам

Норматив максимального размера кредитов, банковских гарантий и поручительств, предоставленных банком своим участникам (Н9.1), регулирует кредитный риск банка в отношении участников банка. Совокупная сумма кредитов, банковских гарантий и поручительств, выданных участникам кредитной организации, не может превышать 50 % собственных средств банка.

Совокупная величина риска по инсайдерам банка

Инсайдеры — физические лица, способные повлиять на принятие решений о выдаче кредитов банком. Закон относит к числу физических лиц, способных воздействовать на принятие решения о выдаче кредита банком следующие категории:

- являющиеся аффилированными лицами юридического лица в соответствии со статьей 4 Закона РСФСР от 22 марта 1991 года № 948–1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»;
- члены кредитного совета банка;
- главный бухгалтер банка или филиала или лицо его замещающее;
- руководитель филиала банка или лицо его замещающее;
- иные сотрудники кредитной организации, способные в силу своего служебного положения воздействовать на принятие решения о выдаче кредита банком. Критерии отнесения сотрудников кредитной организации к лицам, способным воздействовать на принятие решения о выдаче кредита банком определяются внутренними документами кредитной организации;

- близкие родственники вышеперечисленных лиц аналогично признаются инсайдерами банка.

Норматив Н-10.1 ограничивает совокупный кредитный риск в отношении всех инсайдеров банка и определяется через максимальное отношение совокупной суммы кредитных требований по инсайдерам к собственным средствам банка. Максимальное значение норматива Н-10.1 не может превышать 3 %

Норматив использования собственных средств банка для приобретения акций других юридических лиц.

Данный вид норматива регулирует совокупный риск вложений банка в акции других юридических лиц и рассчитывается как процентное соотношение сумм, инвестируемых банком на приобретение акций других юридических лиц к собственным средствам банка. Максимальный размер норматива — 25 %.

Введение данного норматива — дискуссионный вопрос для международной и отечественной практики: в некоторых странах банкам запрещено участвовать в других организациях, и наоборот. Банк России занял нейтральную позицию по данному вопросу и разрешил банкам участвовать в других организациях, ограничив размер участия 25 процентами.

На банки налагается обязанность соблюдения установленных Законом нормативов ежедневно: нарушение банком числового значения обязательного норматива по состоянию на любой операционный день является несоблюдением обязательного норматива.

Центральный Банк наделен правом применять к банкам принудительные меры воздействия в случае несоблюдения обязательного норматива в совокупности за шесть и более операционных дней в течение любых 30 последовательных операционных дней.

Нельзя не отметить несомненную эффективность применения нормативов как инструмента обеспечения устойчивости банковской деятельности: банки обязаны ежедневно соблюдать установленные Законом нормативы, нарушение банком числового значения обязательного норматива по состоянию на любой опе-

рационный день является несоблюдением обязательного норматива. Центральный банк может применить по отношению к такой кредитной организации меры, в том числе и приостановление банковских операций, что является достаточно эффективной мотивацией для банка в соблюдении обязательных нормативов.

В целом, изменения банковского законодательства в сфере обязательных нормативов направлены на совершенствование подходов по ограничению риска, конкретно на примере расширения понятия группы взаимосвязанных заемщиков и введения нового норматива Н-25.

Правовые аспекты внутреннего контроля

Банк России осуществляет пруденциальное регулирование банковской деятельности, что является лишь одним из аспектов минимизации банковских рисков, другой важной ее составляющей выступает саморегулирование банковских рисков кредитной организацией.

Основой саморегулирования на рынке банковских услуг выступает профессиональное (мотивированное) суждение, представляющее собой мнение (заключение) ответственного лица о деталях оценки и признания объекта учета и отчетности и др.

Как подчеркнул Базельский комитет, эффективная система внутреннего контроля является необходимым условием надежного функционирования банков и обеспечения финансовой стабильности в целом.⁵ Для равномерного развития мировой банковской системы в целом и национальной в частности необходима выработка общепризнанных принципов и стандартов в построении управления рисками, как на уровне международного сотрудничества, так и на национальном уровне, поскольку риски приобрели характер глобализма и отныне не ограничиваются масштабами одной страны.

Примером для многих кредитных организаций послужила получившая широкое распространение в мире система внутрен-

⁵ Система внутреннего контроля в банках: основы организации. Базельский комитет по банковскому надзору, Базель, сентябрь 1998

него контроля по Концепции COSO 1992 г., которая была разработана и предложена Комитетом спонсорских организаций — The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission.⁶

Модель системы внутреннего контроля COSO обычно изображается в форме многогранного куба, который состоит из пяти взаимодополняющих компонентов: контрольной среды, оценки рисков, контрольных процедур, информации и коммуникаций, мониторинга. Одновременное функционирование этих компонентов обеспечивает эффективную основу для описания и анализа системы внутреннего контроля компании.

При разработке подходов к организации системы внутреннего контроля в кредитных организациях Банк России принял во внимание положения COSO. Закон о банках и банковской деятельности в ст. 10 и ст. 24 прописывает обязанность кредитной организации создать системы управления рисками и капиталом, внутреннего контроля, соответствующие характеру и масштабу осуществляемых операций, уровню и сочетанию принимаемых рисков, с учетом установленных Банком России требований к системам управления рисками и капиталом, внутреннего контроля кредитной организации. Кроме того, кредитная организация должна принять учредительные документы, предусмотренные федеральными законами для юридического лица соответствующей организационно-правовой формы.

Положение Банка России от 16.12.2003 № 242-П «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах»⁷ (далее — Положение Банка России № 242-П) определяет внутренний контроль как деятельность, осуществляемую кредитной организацией и направленную на достижение определенных целей. Такими целями являются эффективность

⁶ COSO (The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) — организация, созданная в США в 1985 г. и занимающаяся разработкой рекомендаций по системе внутреннего контроля, управления рисками компаний и противодействия мошенничеству.

⁷ Положение Банка России от 16 декабря 2003 г. № 242-П «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах» // ВБР. 2004. № 7.

и результативность финансово-хозяйственной деятельности, достоверность, полнота, объективность и своевременность составления и представления отчетностей, информационная безопасность кредитной организации в информационной сфере, соблюдение законности в деятельности кредитной организации, исключение вовлечения кредитной организации и участия ее служащих в осуществлении противоправной деятельности и своевременное представление сведений в органы государственной власти и Банк России.

Осуществление внутреннего контроля возложено на органы управления кредитной организации, ревизионную комиссию, главного бухгалтера кредитной организации, руководителя и главного бухгалтера филиала кредитной организации, подразделения и служащих. Вовлечены в организацию внутреннего контроля в коммерческой организации службы внутреннего аудита, ответственные сотрудники (структурное подразделение) по противодействию легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, а также иные структурные подразделения и ответственные сотрудники кредитной организации, к которым может относиться контролер профессионального участника рынка ценных бумаг.

Положение Банка России № 242-П выделяет несколько направлений системы внутреннего контроля кредитной организации:

- контроль со стороны органов управления за организацией деятельности кредитной организации
- контроль за функционированием системы управления банковскими рисками и оценка банковских рисков
- контроль за распределением полномочий при совершении банковских операций и других сделок
- контроль за управлением информационными потоками и обеспечением информационной безопасности
- осуществляемое на постоянной основе наблюдение за функционированием системы внутреннего контроля в целях оценки степени ее соответствия задачам деятельности кредитной организации, выявления недостатков, разработки

предложений и осуществления контроля за реализацией решений по совершенствованию системы внутреннего контроля кредитной организации.

Внутренними документами кредитной организации определяется статус, права и обязанности службы внутреннего контроля. В своей деятельности она следует принципам независимости, беспристрастности, неучастия в совершении банковских операций и сделок.

Служба внутреннего контроля осуществляет следующие функции:

- выявление комплаенс-риска, то есть риска возникновения у кредитной организации убытков из-за несоблюдения законодательства Российской Федерации, а также в результате применения санкций и иных мер воздействия со стороны надзорных органов, его мониторинг, участие в разработке комплекса мер, направленных на снижение уровня риска;
- анализ показателей динамики жалоб клиентов и анализ соблюдения кредитной организацией прав клиентов;
- анализ экономической целесообразности заключения кредитной организацией договоров с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями на оказание услуг и выполнение работ, обеспечивающих осуществление кредитной организацией банковских операций;
- участие в разработке внутренних документов, направленных на противодействие коммерческому подкупу и коррупции и соблюдение правил корпоративного поведения, норм профессиональной этики.

Важно подчеркнуть независимость внутреннего контроля от подразделений и служащих кредитной организации, не имеющих отношения к службе внутреннего контроля, и обязанность кредитной организации обеспечить невмешательство этих лиц в работу службы внутреннего контроля.

Нельзя не согласиться с мнением, что служба внутреннего контроля в кредитной организации выполняет защитную функцию — ее деятельность напрямую направлена на минимизацию рисков,

принимающихся банком⁸. Служба внутреннего контроля упорядочивает проведение банковских операций с целью способствования достижению поставленных ориентиров и целей при соблюдении законодательства, нормативных актов Банка России, а также внутренних процедур, стандартов и правил, установленных самим банком.

Соблюдение кредитными организациями правил организации внутреннего контроля является обязательным и подлежит надзору со стороны Банка России. Банк России как орган пруденциального надзора определяет порядок оценки качества системы внутреннего контроля и особенностей надзора за соблюдением требований к системе внутреннего контроля путем:

Предоставления справок о внутреннем контроле в кредитной организации, составляемых и представляемых по форме и в сроки, предусмотренные Указанием Банка России от 12 ноября 2009 года № 2332-У «О перечне, формах и порядке составления и представления форм отчетности кредитных организаций в Центральный банк Российской Федерации»⁹, письменных уведомлений о существенных изменениях в системе внутреннего контроля, направляемых кредитной организацией в Банк России и письменных уведомлений о назначении (освобождении) лиц, исполняющих функции руководителя службы внутреннего аудита, руководителя службы внутреннего контроля кредитной организации, о соответствии указанных лиц квалификационным требованиям и требованиям к деловой репутации, направляемых в соответствии с требованиями Банка России.

Процесс деятельности внутреннего контроля в кредитной организации должен осуществляться постоянно, непрерывно, самостоятельно и на всех уровнях организации¹⁰. Важно подчеркнуть индивидуальный характер системы внутреннего контроля:

⁸ Юденков Ю. Н. Концептуально-правовые основы организации внутреннего контроля в коммерческих банках // Внутренний контроль в кредитной организации. 2009. № 1

⁹ Указание Банка России от 12.11.2009 № 2332-У «О перечне, формах и порядке составления и представления форм отчетности кредитных организаций в Центральный банк Российской Федерации» // ВБР.2009. № 75–76

¹⁰ Положение Банка России от 16.12.2003 № 242-П «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах»

данная система должна соответствовать характеру и сложности деятельности банка и принимаемым им рискам; к банкам, имеющим специфические риски и не создавшим должной системы внутреннего контроля, для их минимизации могут приниматься императивные меры со стороны надзорных органов.

Служба управления рисками.

На данный момент законодательно определено минимальное регулирование службы управления рисками, в частности существуют требования к лицам при назначении на должность руководителя службы управления рисками, которые должны соответствовать установленным Банком России квалификационным требованиям¹¹ и установленным Законом о банках и банковской деятельности требованиям к деловой репутации.

Во исполнение ст. 57.1 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и ст. 11.1–2 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» подготовлен проект указания о требованиях к системам управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы, где устанавливаются требования к системам управления рисками и капиталом в кредитной организации и банковской группе.

Проект Указания Банка России «О требованиях к системам управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы», опубликованный летом 2014 г., не нашел однозначного понимания у банковских специалистов¹². Поскольку само Указание до сих пор не принято, сохраняется возможность широко трактовать его требования, например о необходимости создания в банке службы управления рисками. Неясным остается ее разграничение с органами внутреннего контроля: будет ли она в их составе или будет представлена в качестве самостоя-

¹¹ Указание Банка России от 01.04.2014 № 3223-У «О требованиях к руководителям службы управления рисками, службы внутреннего контроля, службы внутреннего аудита кредитной организации»

¹² Е. А. Сиротина «Служба управления рисками: структура, функции, принципы деятельности» // Внутренний контроль в кредитной организации. 2015. № 1

тельного структурного подразделения банка, в любом случае она должна обеспечивать управление рисками в банковской группе.

В проекте закреплена необходимость создания службы управления рисками, которая функционирует на постоянной основе, и сотрудники которой состоят в штате кредитной организации. Руководитель службы управления рисками находится в непосредственном подчинении единоличного исполнительного органа кредитной организации, контролирует работу всех подразделений, осуществляющих функции управления рисками, а также специальных рабочих органов, отвечающих за управление рисками.

Кредитная организация создает системы управления рисками путем реализации внутренних процедур достаточности капитала. Цели системы управления рисками являются более масштабными по сравнению с деятельностью системы внутреннего контроля: первая выявляет, оценивает, агрегирует наиболее значимые риски, которые могут привести к потерям, существенно влияющим на оценку достаточности капитала, оценивает достаточность капитала для покрытия рисков, занимается дальнейшим планированием капитала путем разработки стратегии развития организации. Таким образом, построение в кредитной организации эффективной системы внутреннего контроля напрямую влияет на успешность проводимых банками операций, их рентабельность и деловую репутацию. С одной стороны, предлагаемые Банком России рекомендательные методики оценки эффективности таких систем дают возможность кредитной организации разрабатывать собственные системы оценки, отражающие индивидуальный характер деятельности организации. С другой стороны, такая диспозитивность приводит к появлению множества внутренних документов кредитных организаций зачастую без эффективной реализации их на практике.

Финансовая неустойчивость кредитных организаций обусловлена главным образом банковскими рисками, под которыми следует понимать возможность случайного непредотвратимого финансово-негативного результата банковских операций

и сделок. Условием, обеспечивающим финансовую устойчивость кредитной организации, является ограничение либо нейтрализация банковских рисков.

Можно выделить два направления минимизации рисков. Это создание системы государственного регулирования и создание системы саморегулирования, то есть управление банками собственными рисками.

Осуществление пруденциального регулирования — одна из важнейших государственных функций, выполняемая от имени государства органом специальной компетенции — Центральным банком и находящая выражение в форме нормативных правовых актов. В свою очередь, создание эффективной системы внутреннего контроля — неотъемлемый компонент управления банка для обеспечения основы минимизации рисков. Повышенное внимание к организации системы внутреннего контроля объясняется тем, что проблемы, вызванные недостаточным уровнем качества внутреннего контроля в кредитной организации, можно было бы избежать при добросовестном отношении банка к построению такой системы. На данный момент до конца не определен статус службы управления рисками как механизма саморегулирования банковских рисков, однако вне зависимости от формы взаимодействия со службой внутреннего контроля, она должна обеспечить эффективность системы управления.

Банковская деятельность как вид предпринимательской деятельности неразрывно связана с рисками, таким образом, необходимо построение такой системы минимизации банковских рисков, которая бы позволяла выявить и оценить внутренние и внешние факторы, влияющие на риски, и свести их к минимуму.

Татьяна Жарикова

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Сравнительный анализ инвестиционного законодательства России и Китая

В настоящее время в России существует множество социально-политических и экономических проблем, которые вызваны как внутренними, так и внешними факторами. Несмотря на то, что основные составляющие экономической и социальной сферы модернизированы и приведены в соответствие с мировыми стандартами, в Российской Федерации наблюдается тяжелый период для развития экономики. Для заполнения существующих пробелов и успешного реформирования экономики необходимо привлечь и задействовать все возможные источники финансовых ресурсов, одним из которых является иностранный капитал. Но для того, чтобы иностранные инвестиции активно поступали в отечественную экономику, нужно создать благоприятный фундамент. Многие исследователи и практики ищут пути привлечения иностранных инвестиций в российскую экономику, но наиболее эффективный путь еще не найден.

Прогрессирующее развитие сфер экономики и торговли, а также науки и культуры обуславливает плотность связей и контактов Китая и России. Китай — граничащее с Россией и имеющее как свои политические интересы, так и особенный менталитет государство Восточной Азии.

Стоит отметить главную особенность понятия «иностранные инвестиции» как в российском, так и в китайском законодательстве. В каждом из государств основным нормативным актом международного инвестиционного права выступает национальный закон: в России — Федеральный закон от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (в ред. от 5 мая 2014 г.) (далее — Закон России), в Китае — Конституция

от 4 декабря 1982 г. (в ред. от 14 марта 2004 г.) (далее — Конституция Китая)¹.

Согласно статье 2 Закона России иностранная инвестиция — вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и российской валюте), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации. Прямая иностранная инвестиция — приобретение иностранным инвестором не менее 10 % доли, долей (вклада) в уставном (складочном) капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории Российской Федерации в форме хозяйственного товарищества или общества в соответствии с гражданским законодательством РФ; вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории Российской Федерации; осуществление на территории Российской Федерации иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования, указанного в разделах XVI и XVII единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС (далее — Таможенный союз), таможенной стоимостью не менее 1 млн. руб.². Стоит отметить, что споры организаций с иностранными инвестициями подведомственны арбитражным судам³.

¹ [Электронный ресурс]: <http://www.consultant.ru>

² Вознесенская Н. Н. Современное понятие «иностранные инвестиции» // Закон. 2012. № 5; Пушкин А. В. Правовой режим иностранных инвестиций в России. М., 2012; Фархутдинов И. З., Данельян А. А., Магомедов М. Ш. Национально-правовое регулирование иностранных инвестиций в России // Закон. 2013. № 1.

³ Постановление Пленума ВС РФ от 18 августа 1992 года № 12/12 «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» [Электронный ресурс]: СПС «Право.ru»

С понятием прямой иностранной инвестиции Закон России связывает понятия инвестиционного проекта и приоритетного инвестиционного проекта. Инвестиционным проектом считается обоснование экономической целесообразности, объема и сроков осуществления прямой иностранной инвестиции, включающее проектно-сметную документацию, которая разработана в соответствии с законодательством РФ. Приоритетный инвестиционный проект — инвестиционный проект, суммарный объем иностранных инвестиций в который составляет не менее 1 млрд. руб. (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Банка России на день вступления в силу настоящего Закона), или инвестиционный проект, в котором минимальная доля (вклад) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале коммерческой организации с иностранными инвестициями составляет не менее 100 млн. руб. (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Банка России на день вступления в силу настоящего Закона), включенные в перечень, утверждаемый Правительством РФ.

Инвестиционные проекты пользуются государственной поддержкой. Так, в регионах РФ определены приоритетные направления развития инвестиционных проектов при поддержке государственных и муниципальных органов. Например, в Казани в настоящее время осуществляется финансовая поддержка инвестиционных проектов в предпринимательской сфере⁴.

В Китае иностранные инвестиции относятся к одним из самых важных факторов экономического роста, примером чему могут служить быстрые темпы экономического развития КНР, который в настоящее время считается одним из мировых лидеров по привлечению иностранного капитала. В соответствии с «Докладом о мировых инвестициях» Конференции ООН по торговле и развитию Китай на протяжении последних девяти лет прочно удерживает первенство среди развивающихся стран по объему иностранных инвестиций⁵.

⁴ Решение от 10 декабря 2004 года № 22–21 «О Программе социально-экономического развития г. Казани на 2005 год» [Электронный ресурс]: СПС «Право.ru»

⁵ Китай — самая привлекательная для иностранных инвестиций страна. // Женьминь-жибао он-лайн [Электронный ресурс]: <http://russian.people.com.cn>

Ни Законодательство России, ни Законодательство КНР понятие инвестиционной деятельности не содержат, хотя перечень объектов инвестиционной деятельности в статье 1 Закона России шире, чем формы инвестиционной деятельности в Китае, которые рассеяны по всему законодательству, регулирующему инвестиционную деятельность.

Согласно статье 3 Закона России правовое регулирование иностранных инвестиций на территории Российской Федерации осуществляется настоящим Законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ, а также международными договорами Российской Федерации. В статье 18 Конституции КНР указано иное положение: «Все находящиеся на территории Китая иностранные предприятия и другие иностранные хозяйственные организации, а также смешанные предприятия, основанные на китайском и иностранном капитале, должны соблюдать законы Китайской Народной Республики. Их законные права и интересы охраняются законами Китайской Народной Республики», в чем можно увидеть протекционистскую политику Китая по отношению к иностранным инвесторам. То есть сложность взаимодействия заключается именно в разных подходах стран — Россия идет по пути к глобализации инвестиционного законодательства, а Китай пока сдерживает регулирование в рамках национального закона.

Сегодня в сфере правового регулирования иностранных инвестиций наблюдаются активные интеграционные процессы, которыми обусловлено тесное взаимодействие национального и международного права, что проявляется в увеличении количества международных договоров и национально-правовых актов. Взаимовлияние этих двух самостоятельных и постоянно взаимодействующих систем права становится мощным фактором правового развития в современном мире⁶.

В развитие этой тенденции между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Респу-

⁶ Глобализация, государство, право, XXI век. Лукашук И. И. М., 2000. С. 203–208; Международно-правовая концепция России. Он же. // International Law. 1998. № 1. Р. 50–55.

блики заключено Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений (вместе с Протоколом от 09.11.2006), которое является профильным двусторонним международным договором в правовом обеспечении инвестиционных отношений между нашими двумя крупнейшими евразийскими государствами.

Двусторонний договор между РФ и КНР о поощрении и взаимной защите капиталовложений был подписан 9 ноября 2006 году в Пекине. В Российской Федерации данный договор был утвержден Распоряжением Правительства РФ (№ 1533-р): «В соответствии с пунктом 1 статьи 11 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» одобрить представленные Минэкономразвития России согласованные с МИДом России, Минфином России, Минюстом России и предварительно проработанные с Китайской Стороной проекты Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений и Протокола к Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений»⁷.

На основе данного двустороннего инвестиционного договора между Россией и Китаем, были созданы международно-правовые условия и гарантии для предпринимательской и инвестиционной деятельности инвесторов Российской Федерации и Китайской Народной Республики. При этом не допускается применение дискриминационных мер. Также определяются рамочные условия привлечения иностранных инвестиций, порядок допуска к капиталовложениям стороны на территории государства другой стороны. Кроме того, в договоре предусмотрена обязанность сторон обеспечивать полную защиту капиталовложений, в частности, не допускается применение мер принудительного изъятия.

ДИД между Россией и Китаем направлен на обеспечение международно-правовой защиты инвестиций на территории друг

⁷ Международно-правовой анализ ДИД между Россией и Китаем. // Евразийский юридический журнал // [Электронный ресурс]: <http://www.eurasialaw.ru>

друга, в первую очередь от некоммерческих (политических) рисков. Взаимные инвестиции стимулируются путем определения четких, открытых и реально реализуемых правил, посредством которых улучшается инвестиционный климат, и тем самым укрепляется доверие между Россией и Китаем. Для увеличения взаимных объемов иностранного капитала важны не только обязанности сторон побуждать свои предприятия инвестировать финансовые средства в другую страну, но и задачи привлечения технологий, ноу-хау, современного менеджмента и т.д.

Во всех договорах имеется преамбула, в которой указываются цели и мотивы соглашения. В КНР, как и в РФ, преамбула рассматривается как составная часть договора. В случае если в соглашении цели и мотив соглашения не предусматриваются или предусматриваются недостаточно четко, чтобы правильно понимать содержание соглашения и четко разъяснить права и обязанности сторон, нужно охватывать контекст, преамбулу и протокол в процессе толкования соглашения.

В преамбуле анализируемого ДИД утверждается, что Правительство Российской Федерации и Правительство Китайской Народной Республики намерены создать благоприятные условия для капиталовложений инвесторов одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны. Стороны уверены, что взаимное привлечение, поощрение и защита таких инвестиций может привести к стимулированию деловой инициативы инвесторов и повысит благосостояние обоих государств, а также повысит эффективность сотрудничества обоих государств на основе равенства и взаимной выгоды.

Реализация инвестиционной деятельности для отдельной правовой системы имеет определенную специфику. В России она осуществляется на основе инвестиционных договоров. В настоящее время нет единого понимания определения инвестиционного договора. Большинство исследователей считают, что инвестиционный договор — это собирательное понятие, к которому можно отнести различные договоры⁸. Квалификация непосред-

⁸ Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. М., 2008 С 556

ственно инвестиционного договора, отнесение его к конкретному, предусмотренному в гражданском законодательстве, осуществляется зачастую судами при рассмотрении споров. Так, при рассмотрении спора о расторжении инвестиционного договора последний был определен как договор купли-продажи будущей вещи⁹.

Некоторые авторы выделяют следующие признаки инвестиционных договоров¹⁰:

- 1) одной из сторон договора является инвестор или лицо, которого инвестор наделил полномочиями по реализации инвестиционного проекта;
- 2) наличие, как правило, инвестиционного проекта в качестве основания для инвестора к заключению договора;
- 3) инвестор в силу наличия инвестиционного риска не может в любое время потребовать выплаты доходов, дивидендов хотя бы потому, что таковые могут быть и не получены принявшей инвестиции стороной; возможность удовлетворения его требований зависит от финансового результата предпринимателя, в объект деятельности которого произведены вложения;
- 4) инвестор, передавший имущество в качестве коммерческих инвестиций непосредственно сам (например, при совместном инвестировании) или опосредованно через посредников в составе органов управления юридическим лицом участвует в процессе получения прибыли; инвестиционные возможности возмещения инвестиционных затрат и получение прибыли определяются результатами предпринимательской деятельности самого инвестора;
- 5) получение в результате заключения договора сначала промежуточного результата — в виде объекта инвестиционной деятельности (например, пакета акций), а затем в случае успешной предпринимательской деятельности акционерного общества — достижения конечной цели — получение прибыли на вложенный капитал;

⁹ Определение ВС РФ от 31 октября 2014 года по делу № А47-5080/2013

¹⁰ Инвестиционное право: учебное пособие / И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова, А. А. Спектор, О. М. Шевченко. — Москва: Проспект, 2014. С. 47

6) долгосрочный, как правило, более года, характер отношений между инвестором и принявшей инвестиции стороной.

Эти признаки характерны и для осуществления инвестиционной деятельности в Китае. Существуют различные правовые формы осуществления инвестиционных вкладов и реализации инвестиционных проектов.

Основой инвестиционной деятельности Китая считаются прямые иностранные инвестиции. В привлечении иностранных инвестиций китайская экономика добилась значительных успехов, что является важным фактором в быстрых темпах роста китайской экономики в последние два десятилетия.

В России ПИИ урегулированы слабее, чем в Китае. Большая доля таких инвестиций приходится на транснациональные корпорации (ТНК), которые имеют историю нескольких поколений с советского периода. К таким относятся Зарубежнефть. В настоящее время наиболее крупными являются следующие корпорации — Газпром, Лукойл, Норникель. Подобно России, Китай также имеет ТНК нескольких поколений. Так, еще в 80-е годы с началом реформ Дэн Сяопина некоторые государственные холдинги начали вывоз капитала с целью поддержки экспорта китайских товаров и расширения доступа к источникам сырья. Появившиеся в Китае ТНК постепенно добивались конкурентных преимуществ в обрабатывающих производствах. Сейчас в Китае к крупнейшим ТНК относятся ТНК производитель компьютерной техники Lenovo Group и специализирующаяся на выпуске телекоммуникационного оборудования ZTE Corp. Они вышли на фондовый рынок, хотя государство по-прежнему владеет самыми большими пакетами их акций¹¹.

В качестве источника притока капитала в экономике Китая роль иностранных инвестиций очень мала. Но вместе с тем, ПИИ стали основным фактором быстрого экономического развития ряда территорий (прежде всего приморских провинций) и ведущих отраслей. ПИИ выступают в качестве важного источ-

¹¹ Transnational Corporations of BRICS Countries, A. Kuznezov, 2012. SSRN [Электронный ресурс]: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2337390

ника поступления новых технологий и передового опыта в КНР, способствуют повышению квалификации рабочей силы, формированию благоприятного делового климата, а также интеграции китайской экономики в мировое хозяйство.

Основной формой осуществления прямых иностранных инвестиций являются различные совместные предприятия. В Китае их более 12 правовых форм.

Традиционными предприятиями с участием иностранных инвесторов являются предприятия с тремя формами капитала: совместное предприятие с уставным капиталом; совместное кооперативное предприятие; предприятие, полностью принадлежащее иностранному инвестору (предприятия со 100 % -ми иностранными инвестициями). Основные положения закона КНР об эксплуатации совместных предприятий 1979 г. и основанных на нем актов сводятся к следующему¹²:

- правительство Китая охраняет вложенный капитал иностранных участников, необходимую долю получаемой прибыли и другие законные права и интересы иностранных участников совместных предприятий;
- совместные предприятия являются китайскими юридическими лицами, находящимися под юрисдикцией китайских законов;
- доля капиталовложений иностранных участников должна составлять не менее 25 %, в то время как верхний предел не ограничивается;
- установлен порядок создания совместных предприятий: получение предварительного согласия, проверка соответствия содержания договора и устава требованиям законодательства КНР, их утверждение, регистрация и выдача соответствующим органом разрешения на осуществление хозяйственной деятельности. Основаниями к отказу в утверждении предложения о создании совместных предприятий являются: причинение ущерба суверенитету Китая; нарушение китайских законов;

¹² Компании в КНР. // 2002–2015 Консалтинговая группа «Окно в Китай» [Электронный ресурс]: <http://chinawindow.ru>

несоответствие требованиям развития китайской национальной экономики; загрязнение окружающей среды; явная несправедливость условий подписанных соглашений, договоров, уставов, ущерб правам и интересам одной из сторон;

- для совместных предприятий предусмотрены налоговые льготы.

Предприятия со 100 % -ными иностранными инвестициями в Китае в основном учреждаются в форме компаний с ограниченной ответственностью. Учредителями (участниками) таких предприятий могут выступать только иностранные (физические либо юридические) лица. Минимальное число учредителей — один.

В Российской Федерации инвестиционная деятельность может осуществляться в следующих правовых формах¹³:

- 1) Организационные договоры, направленные на организацию инвестиционного процесса. Согласно ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности договор может быть заключен между широким кругом участников инвестиционного процесса: инвесторами, заказчиками, подрядчиками, пользователями, поставщиками, банками и другими лицами, содействующими реализации инвестиционного проекта. Благодаря этому договору возникает цепочка взаимодействия участников, устанавливаются сроки реализации инвестиционного проекта и основные обязанности участников. Но зачастую, чтобы достигнуть цели инвестиционной деятельности, исполнить организационный договор, заключаются конкретные договоры, как правило, с участием двух сторон (например, между инвестором и заказчиком, между заказчиком и подрядчиком, заказчиком и поставщиками).
- 2) Договоры о привлечении инвестиций. В соответствии с этим договором одно лицо — получатель средств в качестве инвестиций — обязуется эффективно использовать полученные средства, в том числе для последующих инвестиций, другое лицо — инвестор — обязуется передать имущество, имущественные права, другие права, имеющие денежную оценку получателю

¹³ Инвестиционное право: учебное пособие / И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова, А. А. Спектор, О. М. Шевченко. — Москва: Проспект, 2014. С. 48–59.

инвестиций, приобретая право контроля за использованием переданных средств. Такие договорные отношения возникают по инициативе лица, привлекающего инвестиционные средства. Сторонами этого договора являются инвестор, предающий средства и потенциальный инвестор, получающий инвестиции для последующих инвестиций. К договорам о привлечении инвестиций относятся, например, договор о совместной деятельности, направленный на создание акционерного общества (частичная — 50% оплаты акций производится в течение 3 месяцев после государственной регистрации общества, а остальная часть — в течение года), договоры о приобретении дополнительно эмитируемых акций, долей участия в уставном (складочном) капитале существующих организаций. Можно выделить следующие особенности данных правоотношений:

- долгосрочный характер: правоотношения существуют до тех пор, пока не будет ликвидировано юридическое лицо, принявшее инвестиции, или участник общества не выйдет из его состава;
 - высокий риск утраты средств, которые были вложены в объект предпринимательской деятельности, а также риск неполучения прибыли;
 - затраты инвестора на инвестиции возмещаются ему постепенно, через выплаты дивидендов;
 - в обмен на вложенные в уставной капитал инвестиции инвестор получает доли в уставном (складочном) капитале, акции (соответственно и право на участие в управлении делами организации, имущественные права).
- 3) Инвестиционные посреднические договоры. В соответствии с договором, инвестор уполномочивает посредника действовать от имени инвестора либо от своего имени, но за счет и в интересах инвестора, за что получает соответствующее вознаграждение. К таким договорам можно отнести договоры поручения, комиссии, агентские, договоры доверительного управления. Среди конкретных видов инвестиционных посреднических договоров можно выделить договоры, заключенные между инвестором-застройщиком и техническим заказчиком,

договор поручения между брокером и инвестором, договор доверительного управления между инвестором и управляющим на рынке ценных бумаг.

- 4) Комплексные договоры. Они используются в качестве правовой формы реализации частных и публичных интересов, закрепляют гражданские и управленческие права и обязанности. Такие договоры могут быть заключены между инвесторами и государством, муниципальными образованиями в лице органов государственной власти и местного самоуправления. По своей природе эти договоры являются формами государственно-частного партнерства. К таким договорам можно отнести соглашения о разделе продукции, концессионные соглашения, соглашения о ведении предпринимательской деятельности в особых экономических зонах.
- 5) Договоры об инвестиционном финансировании. На основе этих договоров осуществляется приобретение и возведение объектов — основных средств, нематериальных активов. В отличие от других договоров, они не совсем подпадают под характеристику инвестиционных договоров. Скорее, это правовые средства, которые используются инвестором для осуществления инвестиций в объект собственной предпринимательской деятельности. К таким договорам можно отнести договоры поставки имущества, учитываемого у покупателя в качестве основных средств; договоры строительного подряда объектов производственного назначения, зданий под офисы; договоры о приобретении исключительных прав, учитываемых в качестве нематериальных активов.

Однако наиболее близкой к китайской формой осуществления инвестиционной деятельности, следует признать договоры о совместной инвестиционной деятельности.

В ст. 1041 ГК РФ предусмотрено осуществление совместной инвестиционной деятельности на основе договора простого товарищества (о совместной деятельности). В соответствии с этими договорами стороны объединяют свои средства в общую долевую собственность. Общие дела ведутся каждой из сторон, либо поручаются отдельным участникам, либо всеми участниками дого-

вора. Ведение бухгалтерского учета поручается одной из сторон — юридическому лицу. По общему правилу, полученная в результате совместной деятельности прибыль распределяется между товарищами пропорционально их вкладам. Также в договоре простого товарищества или в ином соглашении товарищей может быть предусмотрено иное, непропорциональное распределение прибыли. Иначе обстоят дела в случае, если участники товарищества имеют целью строительство объекта недвижимости. В этом случае после объединения имущества заключается договор строительного подряда с третьим лицом, которое не участвует в простом товариществе. Хотя возможен вклад в общее дело путем предоставления строительных материалов или выполнения строительных работ. В этом случае объект недвижимости может быть создан самими участниками простого товарищества. В результате независимо от способа строительства (участниками простого товарищества или третьим лицом) результат работ подлежит государственной регистрации как объект общей долевой собственности.

В Российской Федерации наиболее близкой формой к совместным предприятиям, определенным в инвестиционном законодательстве Китая, является договор инвестиционного товарищества, который относится по природе к договорам простого товарищества. Его создание и функционирование предусмотрено нормами ГК РФ и Законом об инвестиционном товариществе.

Целью данного закона является создание правовых условий для привлечения инвестиций в экономику РФ и реализации инвестиционных проектов на основании договора инвестиционного товарищества.

Законом об инвестиционном товариществе регламентируются особенности создания и функционирования инвестиционного товарищества, определяется правовое положение и ответственность участников договора инвестиционного товарищества, порядок установления, изменения или прекращения прав и обязанностей участников договора инвестиционного товарищества.

В соответствии с законами КНР необходимо регистрировать хозяйственную деятельность иностранных компаний на территории Китая. Как показывает опыт, для большинства представи-

тельств зарубежных организаций нет возможности вести предпринимательскую деятельность в Китае, поэтому основными формами реализации иностранной хозяйственной деятельности стоит считать компании со 100 % иностранным капиталом и совместные предприятия. Обратим внимание на основные особенности создания и существования совместных с какой-либо страной предприятий в Китае. В этом состоит первое и основное отличие от компаний в РФ, созданных на основе договора о совместной деятельности, в том числе и от инвестиционных товариществ на основе договора об инвестиционном товариществе. В России эти формы в равной степени используются как исключительно российскими, так и иностранными компаниями.

Подводя итог, можно сделать вывод, что в законодательстве КНР нет конкретного определения прямых иностранных инвестиций, однако существуют три формы реализации инвестиционной деятельности: совместное предприятие, предприятие с иностранным капиталом и представительство. В России есть законодательное определение прямых инвестиций — приобретение иностранным инвестором не менее 10 % доли в уставном капитале коммерческой организации; вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории РФ, осуществление в РФ иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования, таможенной стоимостью не менее 1 млн. рублей. А в законодательстве РФ существуют следующие формы реализации инвестиционной деятельности: организации с иностранными инвестициями, представительство и договорные формы осуществления иностранных инвестиций.

На сегодняшний день появились существенные сдвиги в международном инвестиционном сотрудничестве России с Китаем. Так, в последние годы благоприятно развиваются взаимные инвестиции Китая и России в таких областях как энергетика, минеральные ресурсы, лесное хозяйство, торговля, легкая и текстильная промышленность.¹⁴

¹⁴ Сообщения российских информационных агентств об основных событиях в России и за рубежом // Совет Безопасности РФ, [Электронный ресурс]: <http://www.scrf.gov.ru/news/295.html>

Алена Жигулина

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Реализация права вкладчика в отношениях по страхованию банковских вкладов

В реалиях современной жизни недоверие граждан к банковской системе является основным препятствием для привлечения средств физических лиц в экономику. Большинство населения предпочитает хранить деньги дома, это обуславливается нестабильностью российской банковской системы, а также, как часто это бывает, незащищенностью прав граждан-вкладчиков. Именно поэтому для государства одной из важнейших задач стоит обеспечение доверия населения к банкам в целях привлечения инвестирования сбережений граждан путем предоставления им определенных прав и защиты их интересов. Для решения поставленной задачи используются различные методы, большинство из которых носит правовой характер. Посредством издания различных нормативно-правовых актов государство пытается, и надо отметить, достаточно неплохо, обеспечить надежность российских банков и прав их вкладчиков.

Важное значение с теоретической точки зрения имеет определение места данного института в системе права. Наиболее точным кажется подход отнесения страхования банковских вкладов к подотрасли банковского права. Однако, решение поставленного вопроса осложняется отсутствием единого мнения в российской юридической науке относительно правовой природы отрасли банковского права как таковой. Относятся ли нормы, регулирующие рынок банковских услуг к гражданскому, предпринимательскому, финансовому праву, или же указанный институт представляет собой комплексную отрасль права. На сегодняшний день, последний вариант является наиболее правдоподобным, поскольку, как указывалось выше, институт страхования вкладов как подотрасль банковского права

представляет собой имущественные отношения публично-правового характера.

Страхование вкладов преследует основную цель — чтобы в случае банкротства банка, лицо, вложившее средства по вкладу, получило их обратно полностью или частично (в зависимости от суммы вклада), в максимально короткий срок, а также вне зависимости от достаточности средств банка-банкрота. Источником выплат является фонд, поскольку для реального функционирования системы страхования вкладов ей необходима собственная финансовая основа, т.е. финансовые ресурсы для возврата денежных средств вкладчикам. Такую финансовую основу и составляет специальный денежный фонд — фонд страхования вкладов. Право на получение возврата денежных средств имеют клиенты-вкладчики банков, участвующих в системе страхования вкладов.

Рассмотрим вопрос об объекте данного правоотношения. Как правило, объектом правоотношения является то, по поводу чего оно возникает. Невозможно не согласиться с мнением В. И. Серебровского, который полагает, что объектом страхования выступает имущественный интерес в целости страхуемого имущества, понимаемого как комплекс имущественных прав и обязанностей¹. Указанный объект в полной мере отвечает характеру правоотношений, складывающихся при страховании банковских вкладов. Таким образом, интерес вкладчика сохранить вложенные средства и выступает страховым интересом.

Еще одним важным моментом по реализации своего права вкладчиком является наступление страхового случая — события, наступление которого влечет за собой ответственность страховщика. По общему правилу, право на возмещение возникает у лица со дня наступления страхового случая — дня отзыва лицензии или введения моратория. Однако некоторые авторы не разделяют позицию, закрепленную в законе². Банк России имеет полномочия отозвать (аннулировать) лицензию как у неплатёжеспособ-

¹ Серебровский В. И. Избранные труды. – М., 1997. С. 43

² Долинская В. В. Обязательное страхование: вопросы правового регулирования и классификации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 9.

собных, так и у платежеспособных банков. Ситуация нагрузки на фонд страхования вкладов может ухудшиться, поскольку Центральный Банк в настоящее время проводит жесткую политику в отношении кредитных организаций, применяя к ним достаточно строгие меры, в том числе и лишение лицензии. В связи с этим, нагрузка на фонд постоянно увеличивается, особенно за счет требований вкладчиков платежеспособных банков. Автору настоящей статьи видится необходимым закрепить в законодательстве жесткую зависимость между правом вкладчика на получение возмещения денежных средств и невозможностью банка самостоятельно исполнить обязательства. Следовательно, и страховым случаем должен признаваться не формальный отзыв лицензии, а именно неплатежеспособность банка.

Порядок действий банка, физического лица — вкладчика, а также Агентства по страхованию вкладов подробно описан Федеральном законе от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» (далее — Закон о страховании вкладов). Принятие данного акта стало «прорывом» для банковской системы России. Государство и бизнес пошли на сотрудничество в целях поддержания ее стабильности, укрепления доверия к банкам со стороны населения и привлечения «быстрых» денег в российскую экономику.

Право требования вкладчика на получение возмещения у конкретного банка — участника системы страхования вкладов возникает со дня наступления страхового случая. Необходимо отметить, что данное право никак не связано с уплатой страхового взноса банком. Вкладчик, его наследник или их представители имеют право обратиться в АСВ или утвержденный им банк — агент с требованием о возмещении со дня наступления страхового случая до дня окончания конкурсного производства, а при введении ЦБ РФ моратория — до дня окончания действия моратория. Важным моментом является факт того, что лицо, которое приобрело у вкладчика право требования по вкладам после наступления страхового случая (за исключением наследников) — не имеет права на возмещение по вкладу. Однако, данный факт не влечет за собой никаких правовых оснований для признания

недействительным договора цессии³ (за исключением случаев, когда вкладчику уже отказано в возврате суммы вклада, и он, злоупотребляя своими правами, заключает договор уступки с добросовестным контрагентом)⁴. Новый кредитор может взыскать задолженность с банка в общем порядке путем обращения в суд, а затем взыскания средств на основании исполнительного листа через службу судебных приставов или в рамках процедуры банкротства. Следовательно, лицо, которое приобрело у вкладчика право требования по вкладу, теряет право на получение именно страхового возмещения, но не сумму банковского вклада⁵. Банки-агенты отбираются Агентством по страхованию вкладов на конкурсной основе, подробно урегулированной в специальном акте⁶. Требование о страховом возмещении подается вкладчиком (его наследником) в строго определенный срок — со дня наступления страхового случая до дня завершения конкурсного производства. В случае, если данный срок пропущен гражданином — вкладчиком, он по его заявлению может быть восстановлен по решению Правления Агентства по страхованию вкладов в следующих случаях:

- 1) если обращению препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство (непреодолимая сила);
- 2) если вкладчик (наследник) проходил (проходит) военную службу по призыву или находился (находится) в составе Вооруженных Сил Российской Федерации, переведенных на военное положение, — на период такой службы (военного положения);
- 3) если причина связана с тяжелой болезнью вкладчика (его наследника), беспомощным состоянием вкладчика (его

³ Постановление ФАС Московского округа от 06.06.2013 по делу № А40-77625/12-70-199Б.

⁴ Постановление ФАС Поволжского округа от 20.08.2013 по делу № А65-20358/2012.

⁵ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2013 По делу о взыскании в солидарном порядке по договору уступки права требования страховой выплаты в возмещение ущерба, причиненного в результате наступления страхового случая по договору банковского вклада.

⁶ Порядок конкурсного отбора банков-агентов, утв. решением Совета Директоров Агентства по страхованию вкладов от 17.09.2004 г. // СПС «Консультант Плюс».

наследника), со сроками принятия наследником вкладчика наследства и с иными причинами, связанными с личностью вкладчика (его наследника).

Как мы видим, данный перечень не является исчерпывающим, поскольку причиной пропуска может быть любое обстоятельство, связанное с его личностью. Указанное понятие не раскрывается подробно в законе, обеспечивая при этом вкладчикам возможность злоупотреблять правами, а именно возможность толковать любую причину пропуска срока как тесно связанную с личностью. Данное положение кажется не совсем законным, и в связи с этим автором предлагается убрать противоречивую формулировку, установив исчерпывающий перечень обстоятельств.

Каждый банк — участник системы страхования вкладов обязан вести реестр обязательств перед вкладчиками⁷, который он в течение семи дней со дня наступления страхового случая представляет страховщику. Агентство по страхованию вкладов должно в течение месяца со дня получения такого реестра направить каждому вкладчику отдельное сообщение о времени, месте, форме и порядке приема заявлений о выплате возмещения по вкладам. При обращении с требованием о выплате возмещения в банк — агент, вкладчик представляет заявление по специальной форме, размещенной на сайте Агентства по страхованию вкладов⁸, и документы, удостоверяющие его личность и право на получение выплаты. После предъявления вкладчиком соответствующих документов и заявления, ему выдается выписка из реестра обязательств банка с указанием размера его возмещения. Выплата возмещения производится в течение трех дней со дня поступления документов (как правило, в тот же день), но должна быть не ранее 14 дней со дня наступления страхового случая, в связи с чем вкладчику выдается справка о выплаченных суммах и вкладах, по которым осуществлялось возмещение, копия ее направляется в банк. Если вкладчик не согласен с суммой, ука-

⁷ Указание Банка России от 01.04.2004 № 1417-У (ред. от 26.11.2007) «О форме реестра обязательств банка перед вкладчиками» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 13.04.2004 N 5745) // СПС «Консультант Плюс».

⁸ <http://www.asv.org.ru/>

занной в выписке, он обладает правом представить дополнительные документы, обосновывающие его требования. Требование рассматривается банком в течение 10 дней, после которых принимается решение о внесении изменений или оставлении реестра в прежнем виде. При несогласии вкладчика с данным решением, он вправе обратиться в суд с иском об установлении состава и размера соответствующих требований, а также подлежащего выплате возмещения по вкладам.

Достаточно сложным является вопрос об определении размера страховых выплат. Согласно части 2 статьи 11 Закона о страховании вкладов, возмещение вкладчику выплачивается в полном размере, если сумма не превышает 1 400 000 рублей. Именно эта сумма является страховой, а точнее денежным пределом, в рамках которого страховщик обязуется выплатить страховое возмещение по договору банковского вклада. Необходимо отметить, что изначально данная сумма составляла 100 000 рублей, но в последствие была увеличена до 700 000 рублей. Последнее изменение произошло относительно недавно — 29.12.2014 г. с вступлением в силу Федерального закона⁹, увеличивающего предел страхового возмещения до 1 400 000 рублей. Размер страхового возмещения устанавливается исходя из суммы обязательств по вкладам банка, в отношении которого наступил страховой случай перед этим вкладчиком. Таким образом, вкладчик оказывается в более выгодной ситуации, если у него один вклад в банке, не превышающий данный предел. Если размер вклада составляет более 1,4 млн. — оставшаяся сумма может быть взыскана вкладчиком в общем порядке. При взаимных обязательствах (банк выступал кредитором по отношению к вкладчику), происходит зачет встречных требований и размер возмещения по вкладам составляет разницу между суммой обязательств банка перед вкладчиком и суммой долга вкладчика перед данным банком, возникших до дня наступления страхового случая.

⁹ Федеральный закон от 29.12.2014 № 451-ФЗ «О внесении изменений в статью 11 Федерального закона "О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации" и статью 46 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)"» // СПС «Консультант Плюс».

Если у вкладчика несколько вкладов в одном банке, то применяется вышеуказанный принцип — возмещение по вкладам рассчитывается исходя из суммы обязательств по вкладам банка перед вкладчиком. Следовательно, вкладчик с несколькими вкладами в одном банке получит, как и вкладчик с одним вкладом, не более 1 400 000 руб. Правило действует и в том случае, если суммарный размер вкладов составляет более 1 400 000 тыс. руб. В этой ситуации возмещение будет выплачиваться по каждому из вкладов пропорционально их размерам (часть 3 статьи 11 Закона о страховании вкладов). Иными словами, действует не «привязка» страхового возмещения к каждому договору, заключенному банком с одним и тем же лицом, а именно личность вкладчика является ключевым моментом при определении размера выплаты по вкладу. По мнению автора, это является ущемлением интересов вкладчиков с несколькими вкладами.

Основанием возникновения данных правоотношений является договор банковского вклада (и банковского счета как факультативный). Соответственно, при заключении одним вкладчиком нескольких договоров, по поводу каждого из них возникает самостоятельное правоотношение. По этой причине размер страхового возмещения должен быть установлен по поводу каждого вклада отдельно, защищая тем самым права и законные интересы отдельных вкладчиков.

В настоящее время, система страхования вкладов решает проблему обеспечения возвратов по вкладам лишь частично, поскольку за ее пределами остаются вклады граждан, оформленные сберегательными книжками на предъявителя, срочные вклады (в том числе тех же граждан), удостоверенные сберегательным (депозитным) сертификатом, вклады юридических лиц. Важным моментом является факт того, что подлежат страхованию не всякие денежные средства, находящиеся на вкладах физических лиц. Так, не подлежат страхованию денежные средства, размещенные на банковских счетах (во вкладах) физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, если такой вклад открыт и связан с осуществлением указанной деятельности. Вклады предпринимателей не подлежат страхо-

ванию по причине того, что в ГК РФ предусмотрен на этот случай другой вид страхования — страхование предпринимательского риска (статья 933 ГК РФ).

То же касается и денежных средств, размещенных на банковских счетах (во вкладах) адвокатов, нотариусов и иных лиц, если такие счета (вклады) открыты для осуществления профессиональной деятельности (часть 2 статьи 5 Закона о страховании вкладов физических лиц в банках РФ).

Также не являются «защищенными» денежные средства, переданные физическими лицами в доверительное управление банку. Система страхования вкладов работает только в пределах территории Российской Федерации, поскольку физические лица, разместившие свои денежные средства в филиалах российских банков, но находящихся на территории другого государства (например, филиал Сбербанка в г. Вене), не смогут претендовать на страховое возмещение Агентством.

И, наконец, Закон не применяется к частям 5 и 6 статьи 5, добавленным относительно недавно (2011 и 2014 гг.). Они касаются электронных денежных средств, поскольку по своей правовой природе они не относятся к банковскому вкладу — их зачисление происходит без заключения договора банковского вклада, а также к средствам, размещенным на номинальных счетах, за исключением отдельных номинальных счетов, которые открываются опекунам или попечителям и бенефициарами по которым являются подопечные, залоговых счетах и счетах эскроу.

Законом предусмотрена суброгация — переход к Агентству, выплатившему возмещение по вкладам, в пределах выплаченной суммы права требования, которое вкладчик имел к банку (пункт 1 статьи 13 Закона о страховании вкладов). Таким образом, возникает новое правоотношение между Агентством по страхованию вкладов и банком. Основание возникновения данного правоотношения — выплата Агентством страхового возмещения. Предмет данного правоотношения — денежная сумма, выплаченная вкладчикам в качестве страхового возмещения.

По вкладам в банках, не включенных в систему страхования банковских вкладов или исключенных из нее, если они призна-

ются банкротами, возмещение производится Банком России в соответствии с ФЗ «О выплатах Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»¹⁰. Определение понятия и размера вклада в данном случае используются по аналогии с Законом о страховании вкладов физических лиц. Порядок осуществления выплат устанавливается в отдельных актах Банка России¹¹. После произведения выплат к Центральному Банку также переходят права требования вкладчиков к банку — банкроту в размере выплаченных средств. Данные требования удовлетворяются в ходе конкурсного производства в первой очереди кредиторов.

Таким образом, система страхования вкладов, а также выплаты Банка России позволяют предотвратить кризисные ситуации для банков и обеспечивают защиту прав и законных интересов вкладчиков в эпоху существующей нестабильности в Российской Федерации.

Продуманная и законодательно закреплённая система страхования банковских вкладов является необходимым элементом здоровой финансовой системы всего государства. Доверие вкладчиков к кредитным организациям имеет исключительно важное значение для обеспечения стабильного функционирования системы финансового посредничества. Изученный мировой

¹⁰ Федеральный закон от 29.07.2004 № 96-ФЗ (ред. от 22.12.2014) «О выплатах Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

¹¹ Указание Банка России от 17.11.2004 № 1517-У (ред. от 16.11.2012) «Об осуществлении Выплат Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации, и о порядке взаимодействия банков-агентов с Банком России»; Указание Банка России от 17.11.2004 № 1516-У (ред. от 27.08.2009) «О порядке конкурсного отбора банков-агентов для осуществления выплат Банка России по вкладам физических лиц»; Указание Банка России от 28.03.2005 № 1568-У «О порядке бухгалтерского учета в банках-агентах и признанных банкротами банках операций, предусмотренных Указанием Банка России от 17 ноября 2004 года № 1517-У «Об осуществлении выплат Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации, и о порядке взаимодействия банков-агентов с Банком России» // СПС «Консультант Плюс».

опыт показывает, что одним из основных слагаемых высокой степени доверия к кредитным организациям выступает страхование депозитов. При этом цель такого страхования состоит не только в защите интересов вкладчиков, но и в предотвращении банковских банкротств, способных дестабилизировать экономику в целом. Также система страхования вкладов необходима для аккумуляирования свободных денежных средств как источника инвестирования в экономику — крупные инвестиции возможны только при условии надежности и устойчивости банковской системы. Если население не доверяет, это негативно отражается не только на кредитных организациях, но и на государстве в целом. Хорошо построенная система страхования вкладов в совокупности с эффективным банковским надзором, «чистой» системой отчетности и отлаженной законодательной и подзаконной нормативной базой — ключевые элементы финансовой стабильности государства и населения.

Ашхен Казарян

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

The legal side of art market and the question of its existence in Russia

This article attempts to highlight the main characteristics and issues of legal regulation of the art market (especially in Russia), of its infrastructure and the legal status of its members, the legal regime of art and government regulation of the market.

Keywords: art law, work of art, cultural valuables, art market, auction houses, Russian legislation.

This paper surveys from a social and economic standpoint a number of legal issues that influence the market for art, which include the creation, sale, evaluation, maintenance and protection of works of art during the time of war. We show that not all of the legal doctrines applied in this area can best be understood as rough efforts to promote efficiency in the art market. The paper focuses on Russian and U.S. legal doctrines and occasionally mentions foreign law.

The legal regulation of the art market in Russia is characterized by a lack of elaboration, the large number of gaps in the law, a number of contradictions related to restriction on works of art in the Soviet era, as well as the laws passed during the adjustment period in 80s. The issue of protection of monuments of history and culture also adds a lot of gaps and conflicts in law that combine to create the pre-conditions for the crimes on the illegal market of cultural values. This also turns into the unregulated market of cultural values government agencies, designed to take care of the cultural heritage to the prevention of such a bona fide member of the market actively deal in works of art, including import these items purchased abroad.

Task to define the notion of “art” gets complicated at the moment when we realize that “work of art” is a part of the broader category of movable and immovable objects, sometimes called cultural property

or cultural value. These categories are often in the legislation of individual countries and in the international instruments are superimposed on each other and have identical definitions, so a clear distinction between them is essential for the effective regulation of the art market. The term “art” has many meanings, depending on the context in which it is used.

“Art” in the broad sense of the term includes “the arts” (music, film, theater, literature, et cetera), art law as traditionally defined concerns only works of fine art and/or the visual arts. Additionally, art law is closely related to, and often overlaps with, the area known as cultural property law. Aesthetic, moral, and social value of art and history defines its role in international relations. Cultural heritage has economic value, and therefore are subject to regulation by private, not just constitutional and administrative law. Their material grade is determined by many factors — artistic merit, a unique monument, known for its creator. It may seem sacrilegious, but any monument or art history to have financial evaluation — for example insurance appraisal masterpiece required in the Russian Federation during the international exhibitions. Cultural valuables are the subject of international sales and investment¹. In the market the world of art, antiques are goods, which are available exclusively to those who have a lot of funds. Can be considered a symbol of the elitism of the “goods” the fact that in a recent very high quality TV commercials that filled all the magazines, an international corporation to use the image painting “The Kiss” by Gustav Klimt. German scientist Frank Fechner believes that as objects of cultural property rights (in the Russian context — cultural valuables) may act only physical objects. Other objects should not, according to Fechner, be recognized objects cultural property rights².

In Russia, first of all, there is a problem arising from the fact that there is no legal definition of “art” or “work of art”. The closest in Russian law is the term “object with cultural value” and it is defined as

¹ Lind R. C., Jarvis R. M., Phelan M. E. *Art and Museum Law, Cases and Materials*. Carolina Academic Press. 2002. P. 367

² Fechner F. G. The Fundamental Aims of Cultural Property Law // *International Journal of Cultural Property*. Vol. 7. №2. 1998. PP. 376–394

“cultural values are the moral and aesthetic ideals, norms and behavior patterns, languages, dialects and sub-dialects, national traditions and customs, historical place names, folklore, crafts and works of art and culture, methods and results of scientific studies of cultural activity with historical significance of buildings, structures, objects and technology, unique in historical and geographical aspect.”

Without proper definition of the main object of the art market there is no full legal regulation of it. In Russian academia there have been voices in favor of abandoning the use of the law of the term “cultural valuables”³. The arguments for this position are as follows. First, it is only about material objects, respectively, the content of the legal concept differs from the content of philosophical concepts. Secondly, the terminology used by the Russian legislator, is still heterogeneous. So, in addition to the term “cultural valuables” in legal acts, Russian legislator has used other terms, such as “valuable items”, “cultural objects”, “objects of special value”, etc⁴. Third, as noted earlier, the concept of “value” has subjective coloring. According to opponents of the use of the term “cultural property”, it said circumstance pre-determines that in practice, the question of the classification or other items to the category of cultural values given today at the mercy exclusively subjective opinion of experts. Indeed, law enforcement practice shows many examples of how the amorphous nature of the legal definition of “cultural valuables” and systemic deficiencies of legal regulation of the specified field of public relations lead to abuse by experts and, in general, do not let the experts normally carry out examination of the respective object. In this regard, some authors propose to introduce to the Russian soil a new term for indicating that we have studied objects — “cultural property”. This term is borrowed from international law. The terminology used in international legal instruments, in general, nonuniformly. Thus, in some acts of using

³ *Galenskaya L. N.* Convention's regulation of international cooperation in the field of cultural heritage preservation // Paper presented at the scientific-practical conference "Cultural property: problems of legal regulation." St. Petersburg. The State Hermitage Museum. November 3, 2004.

⁴ *Mikhheeva I. V.* On the problem of the formation of the concept of "historical and cultural" in the legislation of the Russian Empire. // Lawmaking machinery of modern Russia: status, problems and improvement. V.1., Nizhny Novgorod. 2001. P. 530

the concept of “cultural heritage” — “das Kulturerbe” — “patrimoine culturels”, usually translated into Russian as “cultural heritage”⁵. In other international documents used a relatively new term “cultural objects” or “objects of culture”⁶. Very common in international law has been the term “cultural property” — “das Kulturgut” — “biens culturels” (literally — “cultural property”)⁷. Depending on the context and because of the absence of such legislation in our design this term is usually translated into Russian as “cultural heritage” and “cultural values”. In the English legal literature, indeed, the term “property” is constantly used in the sense of “object”, “thing”⁸. Modern Russian legal scholars also often use the term “property” in a variety of meanings. However, in the literature, this approach is criticized⁹. Furthermore, the Russian and Anglo-American law notions of the concept of “property” (“ownership”) are significantly different¹⁰. All definitions of cultural values are formulated in blanket norm way, that does not give the essential idea of the difference in cultural property from the object or objects, and from the values in general. More admissible and relevant in emerging market is the concept of “works of art”. However, to disclose this concept in the first place, it is necessary to reveal the end of the notion of cultural value. But back to the coverage of the definition of the legal concept of “cultural values”. We came to the conclusion that the above concept applies only to material objects. Next you need to determine what are the relevant criteria for the recognition of material objects in cultural property. The most interesting selection criteria cultural values, in our view, have

⁵ UNESCO Convention for the Protection of World Cultural and Natural Heritage 1972. <http://whc.unesco.org/en/conventiontext/>

⁶ UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects, 1995. <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>

⁷ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁸ Smith J. C. Rewards for the return of lost or stolen property: the civil and criminal law // The recovery of stolen art. A collection of essays edited by N. Palmer. London. 1998. P. 171.

⁹ Averchenko N. N. The ratio of the term “thing” and related concepts in the civil law // Lawyer. 2003. № 11. P. 2

¹⁰ Vasilieva E. A., Komarova A. S. Civil and commercial law of foreign countries. V.1. M., 2004. P. 312

been proposed A. P. Sergeyev. First, according to the author, the real objects under consideration are the result of universal labor, creates a bond between people through the production of a specific work of a specific subject. Secondly, they have a sign of universality, the external manifestation which is normally the uniqueness of those objects that are recognized cultural property. Third, usually, the realization of the true values of the objects takes place only later. And finally, fourth, cultural values carried out a very important social function: they are the link between generations and nations, and play a crucial role in shaping the society needed personality type¹¹.

Thus, the analysis of Russian legislation dealing with the regulation of relations that are emerging about the cultural valuables, showed that the existing legal definition of the concept does not meet current legal realities and needs revision. Overview of international legal norms dealing with the definition of “cultural valuables“, revealed the presence of only-lists of definitions, formulated for the purpose of making the relevant international legal instruments. Russian legal doctrine, unfortunately, is also not yet developed a clear set of criteria for classification of various objects in the category of cultural property.

In American law, there are two definitions of art. One drafted and adopted by Congress and enshrined in the federal copyright laws (17 USC § 101), and other decisions of the courts enshrined in decisions on the disputes arising from the customs relations¹². This is explained by the fact that the artwork can be imported into the United States without customs duty. Deciding what is a work of art, the courts have focused on the criteria of the external component of the object, occupation person who created the work of art, the purpose for which the work was created, the fact of whether the work is completed something (e.g. words or bronze...), how to create such a work or those component parts in it. Definitions that occur are given in a particular case the result is not only politicians, but also the changing nature of art and the emergence of new forms of art and media. First deci-

¹¹ Sergeyev A. P. Civil-law protection of cultural property in the USSR, Leningrad, 1990, P. 29–32

¹² Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the *United States Code* // US Copyright Office URL.: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#101>

sions on customs matters should be differentiated by its definition of art, fine art of mechanical and industrial arts. In *United States v. Perry* (1892), United States Supreme Court ruled that the stained glass windows containing images of saints and other biblical images for use in the church can not be imported free of duty, as a fine art, since by definition are not court them¹³.

At the same time, by copyright law enshrines the concept of “works of art”, which is (1) paintings, drawings, work in print or sculpture, existing in a single copy, created a limited edition of 200 copies or lower, which are signed and numbered sequentially author or, in the case of sculptures created, carved, stuck together with 200 copies or less, which are sequentially numbered and signed by the author, or have other distinctive sign that identifies the author.

(2) a photographic image created for exhibition purposes, existing in a single copy that is signed by the author and there is a limited edition of 200 copies or less that are signed and consecutively numbered by the author¹⁴.

Work of fine art is not:

(A) (i) any poster / listing, map, globe, diagram, technical drawing, diagram, model, arts and crafts, film or other audiovisual work, book, magazine, newspaper, periodical, database, e-information service, electronic publication, or similar publication;

(ii) any merchandising or advertising, promotional, descriptive, covering, or packaging materials or containers;

(iii) any part or element of the objects set forth in item (i) or (ii);

(B) any work made for hire, or

(C) any work which is not subject to copyright protection¹⁵.

In the UK, the work of art can only be protected by copyright if included in the exhaustive list of law (s4 Copyright, Designs and Patents Act 1988) classes artwork copyrighted: graphic works (regard-

¹³ *Perry v. United States* — 294 U.S. 330 (1935) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/>

¹⁴ Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the *United States Code, Section 101* // US Copyright Office URL.: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#101>

¹⁵ The Visual Artists Rights Act of 1990 amended section 101 by adding the definition of “work of visual art.” Pub. L. No. 101–650, 104 Stat. 5089, 5128

less of the artistic quality), including paintings, drawings, diagrams, maps, charts or plans; engravings, etchings, lithographs, woodcuts, etc. operation; photographs, sculptures or collages (irrespective of artistic quality); works of artistic craftsmanship and architectural works¹⁶. Will there be art works made of “atypical artistic genre”, a much more complicated question. In recent years, the English case law suggests that, when the work is not easy to fit into a certain class of artistic work, the judge can make a decision, basing it on the intention with which the work was created, and whether the creator is an “artist.” In France, the most widely interpreted works of art. In accordance with the Code général des impôts, annexe 3, under a work of art refers to “pictures, collages and similar decorative plaques, paintings and drawings, executed entirely by the artist's hand except for architectural, engineering and other industrial, commercial, topographical or similar images even if they their items are made by hand, and painted canvas being theatrical scenery, etc¹⁷. As well as engravings, prints and lithographs in limited quantities, made entirely by hand by the artist, irrespective of the technique used, or materials, except for any mechanical or photo-mechanical equipment. Except jewelry, silver and gold jewelry, works of art are considered original works of sculpture in any material, provided that they are executed entirely by the artist, the only restriction in the amount of up to eight copies and led by the artist or his apprentices”. The same rule applies to tapestries and textiles handmade, created with up to 8 pieces. As a work of art are ceramic works, as well as photographs taken by the artist, printed and numbered, if their number does not exceed 30 copies. Unlike France, the Italian Republic in the legislation does not define a work of art in the law on copyright protection refers to any creations “creative nature”¹⁸. The Constitutional Court of Germany has of the opinion that giving a work of art a definition is limiting.

¹⁶ UK Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 4, // Legislation UK URL.: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/4>

¹⁷ Code de droit civil général des impôts, annexe 3//USPA URL.: http://www.uspa.fr/public/actus/doc/Credit_impot.pdf

¹⁸ Law no. 633 of 22 April 1941, Art. 1 Civil Code of 1942, Arts. 2575 // Normativa <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1941-04-22;633!vig=>

In our opinion a universal definition of works of art should include man-made or subjected to its unique targeted impact inanimate objects, capable of meeting the spiritual needs of the people, because of their aesthetic qualities. This concept is much broader definition of art that personalizes adjustment to the market, which at the same time is part of the wider concept of cultural value. Identification of cultural value as works of art sets its value, simultaneous monetary and aesthetic. In his article about the properties of culture and political aspects of identity Rosemary Coombe establishes several dichotomies in legal systems that should be explored in the study as works of art and cultural property. One of these dichotomies is the difference in the assessment of the same object in western culture and in other parts of the world¹⁹. For example, copyright (in Western legal systems) was established to protect the material value, which is the result of artistic / artistic genius. And so to achieve recognition of the value of the intangible cultural objects difficult, although it is recognized in other jurisdictions. This conflict is exacerbated when ethno-archaeological objects out of context culture in which they were treated as works of art and placed in museums and private collections, and thus become part of the market²⁰. Therefore, we suggest that the determination of the form of the adjustment in the art market must be used in addition to other two key criteria — identity of the object in its separate culture and how it is defined in the legal system, which is adjustable. The question of what concept, and regulation — “cultural value” or “work of art” is more important for use as a key to change the market.

We believe that the new Russian legislation for “work of art”, has great potential as a terminological category that defines the legal status of the market. Much tougher regulation applied to the “cultural values” in the Russian Federation shall not apply to works of art, which the state does not consider “national treasure”. In our opinion,

¹⁹ Coombe R. Tenth Anniversary Symposium: New Direction: Critical Cultural Legal Studies, Yale Journal of Law & the Humanities, 1998. // Academia URL.: https://www.academia.edu/755078/_Critical_Cultural_Legal_Studies_

²⁰ *Id.*

this update in the regulation will positively effect the Russian art market and bring it into line with its international regulation.

Turning to international art market it is important to highlight its main features. It is organized as a system of international fairs, involving companies from dozens of countries. With the buyers are the citizens and organizations of various countries making systematic and meaningful transaction value abroad.

Purchase of works of art often has not so much to do with personal cultural preferences, as with investment purposes. A significant part of the monuments is an injection of capital, and in this case, as a general rule — the investment in the world today are international²¹. Terms of trade are determined by the rules of private international law, international trade practices, corporate policies of multinational firms. Sellers and buyers must also take into account the transnational law. International infrastructure of the art market isn't well-build. World leaders are the two auction houses — Christie's and Sotheby's, in which the vast majority of transactions are done with art²². International trade in art and antiques has a positive effect on other areas of the economy. First, we note as insurance and transportation, which are essential for transportation and storage of works of art. Art exhibitions and fairs promotes tourism. Characteristic of the importance attached to the economically developed countries works of contemporary artists, sculptors and designers. They work actively exhibited in museums and major shopping and tourist centers²³.

Professor John Henry Merriman, one of the world's leading experts on art law has suggested that there are two ways of analyzing cultural property: the first — art, archaeological, ethnological and historical objects are part of the same, basic "human culture", regardless of where their origin, present location, ownership and jurisdiction in which they reside; second — cultural values are part of the national culture, which gives the right of each nation, respectively,

²¹ Duboff L. D. & King C. O. *Art Law in a Nutshell*. St. Paul. Minn. 2000. P. 258

²² Skate's Art Market Research of 2012, Part 2 <http://skatesart.files.wordpress.com/2013/02/skates-annual-art-investment-report-2012-part-2.pdf>

²³ Skate's Art Market Research of 2012, Part 2 <http://skatesart.files.wordpress.com/2013/02/skates-annual-art-investment-report-2012-part-2.pdf>

in their defense, special regulations trafficking and so on²⁴. The first point of view, the above in various literature called "cultural internationalism" pro-market concept according to which market mechanisms are the best means of protection and the protection of cultural objects, as these objects will move and is in collections and museums have enough financial resources to their conservation and protection. The second concept, called contextual perspective — "cultural nationalism," argues that cultural objects can be fully understood and appreciated in the socio-historical environment where they have arisen or which they represented. Researcher John Moustakas, highlighting as a shining example of ancient Greek art (including statues and metopes of the Parthenon), located in the UK, offers a special highlight cultural property, which defines the historical and cultural identity of the people and to restrict and ban them in circulation²⁵.

Legal doctrine generally leans to the recognition that the movement of works of art and cultural objects in the international arena and at the same time, their protection and defense — two issues are closely intertwined and require a special approach, which includes categories of different concepts for their regulation. These difficulties are increased even more if, for example, the archaeological site, which was originally created for everyday tasks, recognized by society "work of art" — valuable enough to find in a museum or private collection. So how do we assess who is better able to protect and preserve these objects? How can we promote cultural education at the same time not restricting the international circulation of works of art? How can we apply both international and national regulations on the art market? These questions lead to conflict among competing groups who claim their rights to scientific, historic, sacred, aesthetic and monetary components of works of art and cultural property as a whole. One of the key issues in the discussion of the free circulation of works of art on the market is how, if it is possible, in principle, public authorities of one country will place legal restrictions on the circu-

²⁴ Merryman John H. Two Ways of Thinking about Cultural Property. 80 Am. J. Int'l L. 831, 831-32, 1986

²⁵ Moustakas J. Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability. Cornell Law Review, 74, 1989. P. 1179

lation of works of art of another state. No one disputes the right of the Italian Republic to ban exports of cultural property from its territory. But the question arises whether other states forcibly carry the Italian law? Traditional position arising from the principles and norms of international law on the independence and equality of states, such that no State shall be obliged to apply the Italian law²⁶.

Legal opinions on the impact that the State should give the other legal norms are contradictory and are more ideological than legal grounds. After World War II, the international movement to free trade, which has made a reality among others, the GATT and the Treaty of Rome, called for the removal of all barriers standing in the way to the free circulation of goods in the international market²⁷. This is the first concept for trafficking in cultural property. Acquirers (museums, collectors, galleries and other) formed a coalition unstructured. Their argument is based on the free circulation of reasoning also added that market conditions cultural objects will move and fall into the hands of those who appreciates and thus will provide the highest degree of care and protection. The only significant contradiction between supporters of free circulation and “coalition of purchasers” that they support in the most exceptional cases, restrictions on trafficking in cultural property. UNESCO Convention of 1970 and the 1995 UNIDROIT support this part of the discourse²⁸.

The third discourse — called “cultural internationalism”, and in the XX century, we can find it in the Preamble to the 1954 Hague Convention: “Being convinced that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to world

²⁶ *Bator Paul M.* An Essay on International Trade in Art, *Stanford Law Review*, 34th, 275, 1982. P. 317

²⁷ General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1947, http://www.wto.org/english/tra-top_e/gatt_e/gatt_e.htm Treaty establishing the European Economic Community (TEEC), January 1, 1958, <http://www.gleichstellung.uni-freiburg.de/dokumente/treaty-of-rome>

²⁸ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property — 1970, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/> UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome, 1995), <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>

culture.”²⁹. Within UNESCO, only a small number of participants support cultural internationalism explaining his need for cultural exchange and dialogue. In the Preamble to the 1970 Convention states that “cultural exchanges between the two countries for the purposes of education, science and culture extends knowledge of human civilization, enriches the cultural life of all peoples and causes mutual respect and understanding between nations”³⁰. And though at first glance the above quote may seem supporting free circulation of cultural values, they are taken from the international agreements that express rejection of the market and fix that will be sufficient turnover between museums.

The fourth discourse — the discourse producing cultural values of the country, these countries insist on the use of the terms “cultural values” and “cultural property” and that states should mutually apply rules restricting the export of cultural objects. Last, the fifth discourse, called “archaeological” and it supports most stringent of all possible restrictions trafficking in cultural property, especially antiques. Museums, private collectors, auction houses, most archaeologists associated with the destruction or the wrong attitude to antiques³¹.

Improved regulation of the international art market as an international and Russian law is needed for the sake of its development. We must take into account the economic factors of foreign policy decisions in the field of culture, expressed in the tax and customs benefits, investment management, import and export of cultural property rights to the historical heritage and art.

Naturally, the question, if there is a free art market (or market in general) in Russia at all, comes to the surface. The answer is much more complicated than a yes/no one, but one thing is clear — there is no free, unrestricted circulation of goods in art market. Any market is a complex

²⁹ Preamble to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

³⁰ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property — 1970, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/>

³¹ *Merryman, John H., Elsen Albert E., Urice Stephen K.* Law, Ethics, and the Visual Arts, 5th ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International. 2007. P. 240

system, which has a simple function of balancing the interests of buyers and sellers. This system is traditionally described as a combination of legislation (including tax) environment, trading and settlement infrastructure, and information field. The international market of works of art and history is one of the most notable components of the system of the international market. It certainly cannot be compared with sectors such as oil or gas business, but the mistake is to ignore it in the formulation of economic policy in the international arena.

All countries, with the creation of a national export control system have focused on their own characteristics and priorities. The Cultural Heritage Act to protect cultural property and prevent their diversion from the country. This statement can be interpreted in different ways. You can apply it to the work created in the country or by the artist from this country; the subject of art pertaining to the important historical character, documents or objects of special interest to the nation.

As an example, we can specify that in the UK the objects are evaluated on three criterias — Waverley Criterias, named after the chairman of the committee set up in 1952 for the purpose of classification and definition of cultural property export policy:

- 1) Whether or not the subject is so closely linked to the history of the country and the life of the nation, that its removal would be a great loss?
- 2) Does the subject have an outstanding aesthetic value?
- 3) Whether the subject has a particular significance for the study of some areas in the field of art, science or history?³²

Sweden restricts the export of cultural values created in Sweden or Swedish citizen (no matter in which country). Irish rules on export limit export of art objects created in Ireland. Both countries restrict the movement of cultural objects that are in the country, regardless of who and where they are created³³.

³² The Waverley Criterias // Department of Culture URL.: <http://www.eui.eu/Projects/InternationalArtHeritageLaw/Documents/NationalLegislation/UnitedKingdom/waverleycriteria.pdf>

³³ Picel Julio, Staines Judith, Moving Art, a guide to the export and import of cultural goods between Russia and European Union, European Communities, 2007 // Delegation of European Commission to Russia. URL: <http://www.delrus.ec.europa.eu>

The Russian market of art and antiques is interconnected with the world market. The brightest feature of the modern art market is its mobility and dynamic development. Characteristically, the leading trade house address their proposals not only Russians, but also to foreigners — their sites and catalogs — not only in Russian, and English.

State regulation of private and public interests in the study area has a lot to be known internationally. Of state policy in the sphere of international art trade, import and export of cultural heritage is directly dependent on the position of the country internationally. Regulations require such specific issues as the definition of the law applicable in disputes on cultural property within the jurisdiction of two or more states³⁴.

Russian Federation has adopted a series of acts, which determined the fate of cultural property removed to the territory of the Russian Federation as a result of the Second World War. Summarizing legislation on this issue, we should say that these objects cannot be returned to their former owners and their heirs (successors). The general principle of the Russian law is that all such cultural property imported into the territory of Russia is in federal ownership. An exception is made for the cultural values:

other states forcibly confiscated and illegally removed from their former enemies territories of the USSR;

which are the property of religious organizations or private charities, used exclusively for religious or charitable purposes and does not serve the interests of militarism and (or) Nazism (fascism);

which individuals who may be deprived of these values because of their active struggle against Nazism (fascism), including in connection with their participation in the national resistance against the occupation regimes of former enemy states and collaborationist regimes, and (or) because of their race, religion, or nationality³⁵.

³⁴ Kaufman Roy S. *Art Law Handbook*, Aspen Law & Business, 2001. P. 100

³⁵ The Federal Law of Russian Federation of 15.04.1998 № 64-FZ "On Cultural Treasures Transferred to the USSR during World War II and in the territory of the Russian Federation", the Government Decree of 11.03.2001 № 174 "On measures for implementation of the Federal Law and On cultural Objects displaced in the USSR during world War II and in the territory of the Russian Federation"

So, main questions to be asked at this point of art market development in Russia are — how we define cultural valuable and how it differs from work of art. What legal regulation of art market should the state have — a free market without any restrictions on export of works of art, or a market, where national interests are protected? With answers to them we could find a key to a simple understanding and effective regulating of art market.

In conclusion I should mention that today different conventions and international agreements exist to help regulate the art market³⁶, but for creating a legal, free economy driven art market a lot of changes in Russian legislation should be made, as Russia was and always will be an important player on it.

³⁶ Agreement for Facilitating the International Circulation of Visual and Auditory Materials of an Educational, Scientific and Cultural Materials (signed 10/12/1948), the Agreement on the Importation of Educational, Scientific and Cultural Materials (Lake Success, New York, November 22, 1950), European Cultural Convention (ETS N° 18, concluded in Paris 19/12/1954), the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Adopted in Paris on 14/11/1970 at 16th General Conference of UNESCO), Convention on the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (Adopted in Paris on 11/16/1972 at 17th General Conference of UNESCO, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (concluded in Vienna 04/11/1980), the UNIDROIT Convention (International Institute for the Unification of Private Law) on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (concluded in Rome 24/06/1995) Model Law on Cultural Heritage Objects (Adopted in St. Petersburg 13/06/2000 Decision at the 15th plenary meeting of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States)

Роман Калугин

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Правовое регулирование защиты конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности по законодательству РФ

Статья посвящена отдельным вопросам конкуренции в сфере исключительных прав, правовым проблемам монополизации в указанной области, а также правовым средствам защиты прав участников конкурентных отношениях

Ключевые слова: конкуренция, исключительные права, монополистическая деятельность, средства защиты

В основе развития рыночных отношений главной движущей силой является именно конкуренция, поскольку именно она позволяет установить баланс интересов между производителями и потребителями. Так справедливо отметил С. А. Парашук, который указывает, что: «Конкуренция выступает необходимым способом осуществления предпринимательской деятельности. Поэтому эффективное правовое регулирование конкуренции и монополии способствует нормальному функционированию экономики и предпринимательства»¹. Указанный механизм регулирования вызывает интерес не только среди юристов, но и экономистов, поскольку указанная категория, прежде всего, экономическая. Так Макконелл К. Р. отмечает: «В условиях чистого капитализма — орудием обеспечения технического прогресса — наряду со свободой выбора и личным интересом в качестве побудительной силы — служит конкуренция. В условиях чистого капитализма рыночная система является организационным

¹ Парашук С. А. Конкурентное право. «Городец», 2002. С. 24

механизмом, а конкуренция служит механизмом управления»². Законодательное определение конкуренции дано в п.7 ст. 4 Федерального Закона «О защите конкуренции» (далее — Закон)³, в соответствии с которым под конкуренцией следует понимать соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Рассматривая понятие конкуренции, необходимо обратить внимание на противоположное состояние рынка, при котором всячески ограничивается доступ иных участников, а также их возможность в одностороннем порядке влиять на потребительский спрос. Речь идет, прежде всего, о монополиях и стоит отметить, что в отечественном законодательстве отсутствует легальное определение указанного понятия. Данное явление носит во многом экономический характер и рассматривается экономистами как определенная структура рынка, характеризующаяся преобладанием на нем единоличного продавца или покупателя продающего (приобретающего) товар, на который не имеется близких заменителей⁴. Под указанным термином в «общеправовом» значении, подразумевается исключительное, привилегированное положение субъекта при осуществлении им предпринимательской деятельности. Стоит отметить, что указанный термин не имеет законодательного закрепления и носит утилитарный характер применения для обозначения доминирующего положения субъекта на рынке, или особых полномочий (привилегий, прав). Институт доминирующего положения играет центральную роль в составной конструкции монополизма, поскольку он является детерминирующим критерием в определении доли преобладания указанного хозяйствующего субъекта

² Кэмпбелл Р., Макконелл К.Р., Стэнли Л. Брю. Экономикс: Учебник. Инфа-М. 1999. С. 76

³ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. 21.07.2014) «О защите конкуренции» КонсультантПлюс.

⁴ Албегова И. М., Емцова Р. Г., Холопов А. В. Государственная экономическая политика. М., 1998. С. 254

в данной сфере⁵. Исходя из законодательного определения, данного в п.1 ст. 5 Закона, можно выделить следующие признаки, в соответствии с которыми субъект может быть признан доминантом: возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товаров, устранять иных субъектов с рынка, затруднять доступ новым участникам на рынок. От монополии стоит отличать смежное с ним понятие монополистическая деятельность, поскольку именно последнее является нарушением в смысле антимонопольного законодательства. Согласно п. 10 ст. 4 Закона под монополистической деятельностью понимается злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействия) признанные в соответствии с законами монополистической деятельностью. Стоит отметить, что в указанном определении содержатся все существенные признаки данного института: наличие доминирующего положения и реализация указанного блага в ущерб другим субъектам, а также иные действия, которые имеют своей целью причинить вред другим лицам. Рассматривая вопрос монополий и монополистической деятельности, стоит акцентировать внимание на монополеобладателях исключительных прав⁶. По своей сущности, исключительное право, как и всякое абсолютное право, представляет собой монополию правообладателя, поскольку включает в себе позитивную функцию (право использования и распоряжения РИД) и негативную (возможность требовать от всех третьих лиц воздержаться от использования РИД без разрешения правообладателя). Так указанное право, в силу своей абсолютной природы, позволяет правообладателю не только вводить принадлежащий ему РИД в гражданский оборот, но и предоставляет монопольную возможность по контролю за использованием указанного права, что может повлечь нарушение правил конкуренции в рамках отдельных

⁵ Паращук С. А. Доминирующее положение субъекта как базовая категория законодательства о защите конкуренции // Предпринимательское право. 2014. № 2

⁶ Паращук С. А. Конкурентное право. М., 2002. Учебник. «Городец». 2002

сегментов рынка. Так указанная проблематика заслуживает к себе серьезного внимания, поскольку область конкуренции в сфере исключительных прав остается неурегулированной и по сей день. Стоит отметить наличие существенного законодательного пробела, а именно ч. 4 ст. 10 Закона, согласно которой законодателем прямо закреплено, что запрет на злоупотребление доминирующим положением не распространяется на сферу исключительных прав. В условиях отсутствия эффективных мер защиты, единственным инструментарием, применяемым судом, является конструкция злоупотребления правом. Следует отметить точку зрения, согласно которой наличие запрета на злоупотребление доминирующим положением в ст. 10 ГК РФ не свидетельствует о том, что действия, перечисленные в ч. 1 ст. 10 Закона, выступают злоупотреблением правом⁷. Данная позиция представляется обоснованной, поскольку п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»⁸ указывает, что суд или антимонопольный орган вправе признать нарушением антимонопольного законодательства и иные действия (бездействия), кроме установленных ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, поскольку приведенный, в названной части перечень не является исчерпывающим. При этом как указывает Пленум ВАС РФ, необходимо производить квалификацию с учетом положений ст. 10 ГК РФ. Возможно, судебная практика могла бы следовать этому пути, однако следует обратить внимание, что практика немногочисленна, чему способствует Постановление Пленума ВАС и ВС № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ»⁹, а именно п. 5, который указывает,

⁷ Предпринимательское право Российской Федерации // Отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. М., 2006

⁸ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» Доступно в СПС КонсультантПлюс

⁹ Постановление Пленума ВС РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса РФ» Доступно в СПС КонсультантПлюс

что отказ со стороны суда в защите права допускается, когда материалы дела свидетельствуют о совершенных гражданином или юридическим лицом действиях, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом, в частности действиях, имеющих своей целью причинить вред другим лицам. При этом в мотивировочной части соответствующего решения должны быть указаны основания квалификации действий истца как злоупотребление правом. Из вышеуказанного следует, что практика ориентирует суды квалифицировать в качестве злоупотребления правом действия, которые имеют основной целью причинить вред другому лицу («шикана»), при этом не представляя четких критериев для квалификации. Между тем стоит обратить внимание на опыт зарубежных правовых порядков, в частности США, поскольку именно там начало свой отсчет законодательство о защите конкуренции в сфере исключительных прав. Основополагающее влияние в практике США оказывает, прежде всего, система прецедентного права, и в рамках каждого конкретного спора судья должен исходить из принципа взвешенного подхода (rule of reason)¹⁰, т.е. оценить баланс положительных и отрицательных последствий на конкуренцию. Так в тех случаях, когда имеется антиконкурентный эффект, но при этом он не образует состава нарушения, он должен рассматриваться с точки зрения данного подхода. Так согласно Антимонопольным разъяснениям о лицензировании интеллектуальной собственности от 1995, данным Федеральной торговой комиссией США (Далее — Антимонопольные Разъяснения),¹¹ нарушением антимонопольного законодательства в сфере интеллектуальной собственности будут считаться действия, если они носят характер:

- Осуществление послепродажного контроля на запатентованную технологию
- Установление цены перепродажи в отношении запатентованных продуктов

¹⁰ Ghosh E., «Competition Law and intellectual Property Rights with Special Reference to the TRIPs Agreement» (Research Paper for The Competition Commission of India, February-March, 2010) P. 10

¹¹ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property [U. S. DОводит J, FTC, 1995].

- Ограничение продажи незапатентованных продуктов, изготовленных запатентованным способом
- Ограничение производства, которое препятствует развитию инноваций или приводит к поддержанию цен на рынке.

Иной подход применяется в практике ЕС, согласно которому все соглашения, ограничивающие свободу лицензиара, подпадают под действие ст. 101 ДФЕС (*per se*). Согласно ст. 101 и 102 ДФЕС¹² устанавливаются две группы нарушений антимонопольного законодательства:

- Соглашения субъектов хозяйственной деятельности, которые имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции
- Злоупотребление доминирующим положением.

Необходимо обратить внимание на исключения из указанных положений, предусмотренные положением «О применении ст. 81(3) Договора к отдельным категориям соглашений о передаче технологий», принятым Европейской комиссией в 2004 г.¹³ Указанным актом была закреплена неприменимость (так «называемого группового исключения») положений ст. 81 ДФЕС в отношении двусторонних соглашений на объекты интеллектуальной собственности при условии, если: стороны договора — конкуренты, то их общая доля на рынке не должна превышать 20 % ; если стороны таковыми не являются, то доля каждой из сторон не должна превышать 30 % ¹⁴. Указанные концепции ярким образом характеризуют подходы правового регулирования одного вопроса разными правовыми системами. В рамках указанного анализа, необходимо акцентировать внимание на конкретных формах злоупотребления положением при осуществлении лицом своих исключительных прав. Одной из возможных форм нарушения антимонопольного законодательства может являться **отказ от заключения сделки («refusal to deal»)**. В качестве

¹² Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012) OJ C 326, 26.10.2012

¹³ Comission regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004

¹⁴ Ворожевич А. С. Вызовы современным патентным системам и правовые ответы на них // Вестник гражданского права. 2014. № 2

нарушения могут квалифицироваться как действия по прекращению уже существующих отношений, так и ограничение возможности третьих лиц на присоединение к договору. В основе практики судов лежит доктрина «необходимой инфраструктуры» (EC) («essential facilities» — США), согласно которой отказ правообладателя от заключения лицензионного договора приведет к ограничению конкуренции на рынке, если указанная технология является необходимым средством к развитию инноваций. Характерным примером может служить дело *Microsoft vs. Sun Microsystems*¹⁵, в рамках которого компания Майкрософт обвинялась в отказе предоставить информацию, необходимую для обеспечения совместимости программного обеспечения, разрабатываемого конкурентами, для продукции Майкрософт. Указанное поведение компании позволило ей распространить свое доминирующее положение не только на рынок компьютерной техники, но и на рынок серверов рабочих групп. Применительно к указанной доктрине, следует обратиться к делу *Volvo*¹⁶, в котором суд устанавливает пределы для применения указанного подхода. Так суд ЕС постановил, что обвязывание лица на выдачу принудительной лицензии на промышленный дизайн за разумную плату третьим лицам лишает указанного правообладателя сущности его исключительного права. В связи с этим, сам факт отказа выдачи лицензии будет являться злоупотреблением доминирующим положением только при наличии исключительных обстоятельств. К ограничениям лицензионной практики также относится, так называемый «**Grantback Clause**». Grantback — положение лицензионного договора, согласно которому лицензиат обязуется предоставить лицензиару эксклюзивную лицензию на усовершенствованные изобретения, или которые будут созданы в той же области¹⁷. В рамках опыта США и ЕС прослеживается сходная линия подхода: указанное положение не признается незаконным, в случае прочих нарушений антимонопольного законодательства. В качестве злоупотре-

¹⁵ Microsoft v Comission (Case T-201/04) // European Court reports. 2007. P. II-3601

¹⁶ AB Volvo v. Erik Veng (Case 238/87) // European Court Reports. — 1988. — P. 6211

¹⁷ http://www.aidea2013.it/docs/248_aidea2013_management-organization.pdf

блений в указанной области также признается **необоснованное завышение роялти**, о чем свидетельствует позиция суда справедливости по делу *Basset v. Sacem*¹⁸. Так, предметом судебного разбирательства стала сумма роялти, взыскиваемая союзом правообладателей (*Sacem*) за публичное воспроизведение аудиокomпозиции, что впоследствии было изучено Европейским судом справедливости на предмет соответствия положениям ст. 105, 106 ДФЕС. В п.20 решения суд указал, что сумма роялти была признана необоснованной, поскольку размер суммы требований не подтверждается теми основаниями, в соответствии с которыми она была установлена. Таким образом, сумма роялти, установленная лицензиаром-доминантом, будет признана допустимой при условии, что она оправдана экономическим эффектом и ценностью услуг или товаров. Следующей группой злоупотреблений следует считать **навязывание несправедливых условий договора**. В рамках указанной формы наиболее типичным и одновременно наиболее распространенным нарушением следует признать **пакетное лицензирование** или «связывание» (*tying arrangements*). Речь идет о случаях, когда правообладатель навязывает лицензиату включение в лицензию не только прав использования конкретного патента, но и права на иные разработки, необходимость в получении которых у лицензиата отсутствует¹⁹. Основное ограничение представляет собой то, что заключение основного соглашения обусловлено принятием указанных дополнительных услуг или патентов. Примером является дело *Microsoft*²⁰, где суд штата установил, что Microsoft в нарушение ст. 2 Закона Шермана, поддерживая монопольное положение на рынке операционных систем с Intel, пытался распространить своё влияние и на рынок интернет-браузеров, в результате чего связывала продажи двух разных продуктов: Windows ОС и Internet Explorer. В своем решении суд постановил разделить линейное производство компании на два ветви: разработка операционных систем

¹⁸ Case 402/85 *Basset v Sacem* (1987) ECR 1747 P. 20

¹⁹ Гаврилов Д. А.: Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса. // Конкуренция и право № 3. 2013

²⁰ *Microsoft v. Commission* (Case T-201/04) // European Court Reports. — 2007. — P.II-3601

и программных приложений. На сегодняшний день, в текущей редакции Закона, а именно ч. 4 ст. 10, прямо указано, что запрет на злоупотребление доминирующим положением не распространяется на действия по осуществлению исключительных прав. Таким образом, правоприменитель лишается возможности на полноценную защиту своих прав в указанной области, а между тем необходимо отметить, что сфера обращения исключительных прав на РИД составляет рынок интеллектуальной собственности, который остается без должного внимания законодателя²¹.

Следующей категорией нарушений в сфере монополизации рынка признаются антиконкурентные соглашения. В указанной области отечественный законодатель еще более отделился от общемирового уровня. Так в п.2 ч. 2 и ч.9 ст. 11 Закона указывается, что запрет на антиконкурентные соглашения не распространяется на сферу исключительных прав. Вместе с тем стоит обратиться к ст.40 соглашения ТРИПС, которая прямо указывает на признание того факта, что некоторые виды лицензионных практик могут нести антиконкурентный эффект, а также содействуют ограничению инновационного развития технологий²². Наиболее характерными формами злоупотреблений в указанной области являются кросс-лицензирование и патентные пулы. В современной практике **«кросс-лицензирование»** используется для создания оптимальных условий обмена правообладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в рамках лицензионной практики, а также преодоления, так называемых «патентных дебрей», что существенно позволяет снизить транзакционные издержки и затраты на проведение длительных переговоров²³. Однако такого рода соглашение будет признано противоречащими антимонопольному законодательству

²¹ Гаврилов Д. А.: Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере осуществления исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности. «НОРМА», «ИНФА-М». 2014

²² Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Заключено в г. Марракеше 15.04.1994

²³ Shapiro, C. (2001). Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting. University of California at Berkeley. California. US. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf> по состоянию на 11.05.13

в случае, если оно снижает антиконкурентный эффект от взаимодействия участников между собой. Под «**патентным пулом**» принято понимать объединение правообладателей (точнее принадлежащих им исключительных прав на указанные изобретения) с целью предоставления «патентного портфеля» по лицензионному договору третьему лицу. Создание «патентного пула» может происходить двумя способами: учреждение венчурного фонда, которому передаются или отчуждаются исключительные права на патенты (Joint Venture, SPV); организация патентного пула путём заключения соглашений между правообладателями. Однако зачастую, целью указанных объединений может являться ограничение конкуренции на товарном рынке иным участникам. Одним из ярких примеров является дело Hartford-Empire Co²⁴, которому принадлежали патенты на технологии по производству стеклянных контейнеров. В результате, судом было установлено, что пул ограничивал конкуренцию путём выдачи эксклюзивных лицензий и установления квоты производства продукции лицензиатами. В Антимонопольных рекомендациях по лицензированию ОИС, выпущенных Департаментом Юстиции США,²⁵ были указаны следующие обстоятельства, при которых кросс-лицензирование и патентные пулы будут считаться нарушением в сфере ограничения конкуренции:

- коллективное установление цен, ограничения по выходу из пула, коллективное управление исключительными правами, если такое управление не способствует повышению эффективности от интеграции экономической активности участников
- если соглашение между правообладателями является средством регулирования цен или разделения рынка
- если при перекрестном лицензировании соглашение, заключённое между конкурентами, снижает интенсивность конкуренции

²⁴ Hartford-Empire Co. v. United States, 323 U.S. 386 (1945)

²⁵ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property [U. S. DOJ, FTC, 1995]. P. 28–29

Поскольку нарушение антимонопольного законодательства влечет за собой нарушение не только частных, но и публичных интересов, указанные отношения требуют привлечения широкого спектра защиты. Так законодатель устанавливает дифференцированную возможность защиты нарушенных прав субъектов в судебном и административном порядке, справедливо указывая, что к нарушителям может быть применены как меры гражданско-правовой, так и административной ответственности. Указанный перечень включает в себя как средства защиты исключительного права, носящий восстановительный характер, так и меры ответственности за нарушенное право (требование о возмещении убытков, требование о выплате компенсации), т.е., прежде всего, штрафные меры. Так в соответствии с п. 2 ст. 1515 ГК РФ, правообладатель вправе одновременно требовать уничтожения контрафактного товара и выплаты компенсации вследствие незаконного использования товарного знака²⁶. Аналогичный подход применяется и в отношении такого способа защиты, как «пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу их нарушения» (п.2 ст. 1252 ГК РФ). Однако помимо гражданско-правового инструментария, конкурентные отношения также используют административные механизмы защиты. В п.14 Постановления от 30.06.2008 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» указывается, что в соответствии с п.2 ст. 11 ГК РФ и гл. 9 Закона «О защите конкуренции», допускается возможность защиты гражданских прав в административном порядке, в случаях предусмотренным законом. Так Д. И. Серегин²⁷ справедливо указал на «смешанную природу» норм о конкуренции, поскольку они направлены на удовлетворение не только интересов отдельных лиц, но и публичных интересов. В контексте применения административных средств защиты следует отметить порядок рассмотрения возражений и заявлений в Палате по патентным спорам. Так в соответствии с п.4.1Приказа Роспа-

²⁶ Гаврилов Д. А.: Указ. соч.

²⁷ Серегин Д. И. Недобросовестная конкуренция как правовая категория: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

тента «О правилах подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам»²⁸ дела по возражениям и заявлениям рассматриваются коллегиально в составе трех членов на заседании палаты. Рассмотрение возражения происходит при неизменном составе (при замене одного из членов рассмотрение начинается заново). При рассмотрении возражений коллегия ограничивается материалами информационного поиска, указанными в отчете экспертизы. При рассмотрении возражения на решение об отказе в выдаче патента коллегия вправе предложить лицу, подавшему заявку, внести изменения в формулу изобретения, полезной модели, перечень существенных признаков промышленного образца, если эти изменения устраняют причину отказа в выдаче патента. В контексте выбора способов защиты, стоит также обратить внимание на широкий спектр полномочий ФАС России. Прежде всего, стоит отметить возможность ФАС возбуждать и расследовать дела о нарушении антимонопольного законодательства по собственной инициативе, что следует из подп.3 п. 2 ст. 39 Закона «О защите конкуренции». Одним из инструментов для выявления в действиях субъектов признаков нарушения антимонопольного законодательства, является возможность проведения инициативных плановых и внеплановых проверок. Так в соответствии с п.3.46 Регламента ФАС «По возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ»²⁹ решение о возбуждении дела принимается при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства, а также прекращения действий и непринятия мер, послуживших основанием для выдачи предписания.

Таким образом, ФАС вне зависимости от поступления материалов или заявлений о нарушениях антимонопольного законодательства, вправе самостоятельно выявлять в действиях субъ-

²⁸ Приказ Роспатента от 22.04.2003№ 56 «О правилах подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам». Доступно в СПС КонсультантПлюс

²⁹ Приказ ФАС России от 25.05.2012 № 339 «Об утверждении Административного регламента Федеральной Антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации». Доступно в СПС КонсультантПлюс.

ектов признаки недобросовестной конкуренции, возбуждать дела в отношении указанных субъектов, а также применять к нарушителям меры принуждения³⁰. В соответствии со ст. 23 антимонопольный орган вправе выдавать предупреждения о прекращении действий (бездействий), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства; предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства должностным лицом хозяйствующего субъекта, публично заявляющим о планируемом поведении на товарном рынке. Согласно 3.1 Регламента ФАС РФ «О подготовке и ведении дел об административных правонарушениях»³¹ дела об административных правонарушениях в сфере антимонопольного законодательства возбуждаются должностными лицами, уполномоченными составлять протокол об административных правонарушениях. Производство по делу возбуждается путем составления протокола (в том случае, когда материалов дела достаточно для установления правонарушения), либо вынесения определения о возбуждении дела и проведении административного расследования. Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства осуществляется на заседании комиссии. Дело рассматривается с участием лиц, участвующих в деле, и иных лиц, привлеченных комиссией. По результатам рассмотрения дела на основании решения комиссия выдает предписание ответчику по делу.³² Как указывает Пленум ВАС в п.23 постановления «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» неисполнение предписания в установленный срок влечет возможность привлечения лица к административной ответственности по ст.19.5 КоАП РФ. Право на обращение в суд предполагает не только возможность привлечь лицо к админи-

³⁰ Гаврилов Д. А. Указ. соч.

³¹ Приказ ФАС России от 21.10.2008 № 415 «Об утверждении регламента подготовки ведения дел об административных правонарушениях в центральном аппарате ФАС России». Доступно в СПС КонсультантПлюс

³² Приказ ФАС России от 25.05.2012 № 339 «Об утверждении Административного регламента Федеральной Антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации». П. 3.148. Доступно в СПС КонсультантПлюс.

стративной ответственности, но и требовать исполнения решения в части предотвращения и устранения нарушения антимонопольного законодательства. Так по итогам рассмотрения дела антимонопольной комиссией, выдаваемое на основании решения предписание хозяйствующему субъекту, является мерами по пресечению недобросовестной конкуренции. Данная возможность корреспондирует указанному в подп. 2 п. 1 ст. 1252 такому гражданско-правовому способу защиты как требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Таким образом, в случае применения судебной формы защиты, необходимо отметить, что судебный порядок действенен, однако не стоит забывать о дополнительных контрольных функциях, которыми располагает ФАС и Роспатент, что призвано служить дополнительной гарантией обеспечения прав потерпевшего.

Дарья Козлова

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Виды потребительского кредитования в России и за рубежом

В Российской Федерации сектор потребительского кредитования является одним из наиболее стремительно развивающихся направлений в банковской практике. В настоящее время на рынке банковских услуг в секторе потребительского кредитования представлено большое количество разнообразных кредитных продуктов, а сам рынок характеризуется высоким уровнем конкуренции между кредитными организациями. Потребительское кредитование имеет огромное социально-экономическое значение в любом государстве и обществе.

В российской науке и практике существует ряд общих классификаций кредитов, которые применяются в том числе к потребительским кредитам. Так, по сроку предоставления кредиты подразделяются на: краткосрочные (до одного года), среднесрочные (от одного до трех лет), долгосрочные (свыше трех лет). По наличию обеспечения выделяются кредиты: имеющие прямое обеспечение, косвенное обеспечение, либо предоставляемые без обеспечения. По наличию цели использования кредитных средств — целевые и нецелевые.

Видовое разделение кредитов имеет важное практическое значение с точки зрения особенностей правового регулирования, применения различного юридического инструментария. Так, по мнению В. В. Витрянского, практический смысл выделения целевых и обеспеченных кредитных договоров состоит в дифференцированном правовом регулировании, предусмотренном в Гражданском кодексе (ст.ст. 813, 814 ГК РФ)¹. А Ю. В. Романец отмечает, что именно правильная квалификация создает основу

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. Кн. 5. Т. 1. М., 2006. С. 491.

для применения к договору тех правовых норм, которые предназначены для его регулирования².

А. Я. Курбатов в качестве видов потребительского кредитования называет:

- кредиты с обеспечением (залогом, поручительством) и без обеспечения;
- кредиты строго целевые и без определения конкретных целей;
- экспресс-кредиты (оформляемые в магазине при приобретении товара) и получаемые в банке;
- бумажные кредиты (выдаваемые на основании договора потребительского кредитования) и «карточные» (выдаваемые с использованием кредитной карты)³.

Исходя из содержания Положения Банка России от 26.03.2004 г. № 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности»⁴ потребительские кредиты можно классифицировать **по образовавшейся задолженности** (кредиты с образовавшейся задолженностью и кредиты без задолженности), **по категориям качества** (высшей категории качества (стандартные); второй категории качества (нестандартные); третьей категории качества (сомнительные); четвертой категории качества (проблемные); пятой категории качества (безнадежные)), **по кредитному риску** (с отсутствующим (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения 0%), умеренным (от 1 % до 20 %), значительным (от 21 % до 50 %), высоким кредитным риском (от 51 % до 99 %) или со 100 % -ным кредитным риском), **по созданию резервов на возможные потери по ссудам**⁵.

² Романец Ю. В. Направленность договора как основа его квалификации // Право и экономика. 1999. № 9. С. 64.

³ Курбатов А. Я. Правовые проблемы потребительского кредитования // Банковское право. 2007. № 3. С. 15.

⁴ Вестник Банка России. № 28. 07.05.2004.

⁵ Следует отметить, что классификации, содержащиеся в рассматриваемом Положении Банка России, даны по отношению к ссудам, ссудной и приравненной к ней задолженности. Применение их к потребительским кредитам возможно при рассмотрении потребительских кредитов как задолженностей, приравненных к ссудной.

Л. Г. Кисурина по целевой направленности выделяет потребительские кредиты, направленные на: инвестиционные нужды, приобретение товаров длительного пользования, образование, лечение, неотложные нужды и т.д. По типу заемщика — потребительские кредиты, предоставляемые всем слоям населения, VIP-клиентам, студентам, молодым семьям и т.д.⁶ Подобную классификацию потребительских кредитов (по направлениям использования (объектам кредитования) и по субъектам кредитной сделки (по заемщику)) приводят и С. А. Даниленко с М. В. Комиссаровой⁷. На наш взгляд, такая классификация представляется слишком «обыденной», хотя в целом и верной по содержанию.

Зачастую предлагается выделять целевые потребительские кредиты (на инвестиционные нужды, на приобретение товаров, работ и услуг, на образование, на неотложные нужды и т.п.) и потребительские кредиты без цели использования⁸. Однако такой подход к классификации представляется весьма условным и не совсем верным по сути. Ибо заемщик, вступая в кредитные правоотношения, всегда преследует какую-то цель. Сложно представить, чтобы гражданин обратился в банк за предоставлением кредита, не имея в этом никакой надобности и не представляя цели использования заемных средств. Поэтому следует полагать, что цель в получении кредита у заемщика есть всегда. Другой вопрос в том, интересуется ли эта цель банк. И именно это основание должно быть положено в классификацию потребительских кредитов на целевые и нецелевые. В первом случае заемщик должен будет подтвердить банку использование заемных средств по целевому назначению, во втором — банк не интересуется дальнейшее движение предоставленного капитала.

В российском банковском праве, как уже было показано, принято классифицировать потребительские кредиты по сроку

⁶ Кисурина Л. Г. Кредиты и займы. // Экономико-правовой бюллетень. 2008. № 4.

⁷ Даниленко С. А., Комиссарова М. В. Банковское потребительское кредитование: Учебно-практическое пособие. М.: Юстицинформ. 2011.

⁸ См. напр.: Даниленко С. А., Комиссарова М. В. Указ. соч.; Курбатов А. Я. Правовые проблемы потребительского кредитования // Банковское право. 2007. № 3. С. 15 и др.

на: краткосрочные (до одного года), среднесрочные (от одного до трех лет), долгосрочные (свыше трех лет). Однако весьма интересно рассмотреть так называемые кредиты с неопределенным сроком (open-end), широко распространенные в зарубежных правовых порядках. За рубежом, как отмечает О. М. Иванов, одной из наиболее важных классификаций кредитов является именно деление на срочные потребительские кредиты (closed-end) и кредиты с неопределенным сроком (open-end)⁹. На первый взгляд кажется, что конструкция кредита с неопределенным сроком противоречит самой сущности кредита как срочного обязательства. Однако суть такого кредита сводится к тому, что в пределах установленного кредитного лимита заемщик имеет право требовать предоставления денежных средств, а кредитор обязан предоставлять такие денежные средства по требованию заемщика. И поскольку заемщик самостоятельно выбирает срок (сроки) получения кредитных траншей и график его погашения, то срок самого кредита на момент заключения договора оказывается неопределенным¹⁰.

Отдельный интерес представляет вопрос об отнесении к потребительским кредитам ипотечных кредитов, выдаваемых гражданам на покупку жилья. В российском законодательстве отсутствует легальное определение понятия ипотечный кредит. По сути такие кредиты представляют собой кредит, обеспеченный залогом приобретаемого недвижимого имущества, однако имеющий ряд особенностей по сравнению с обычными обеспеченными кредитами. Согласно п. 1 ст. 77 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» жилое помещение, приобретенное либо построенное полностью или частично с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа, предоставленного другим юридическим лицом на приобретение или строительство указанного жилого помещения, находится в залоге с момента государственной регистрации ипотеки в Едином госу-

⁹ Иванов О. М. Стоимость кредита: правовое регулирование. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 107–108.

¹⁰ Там же. С. 108.

дарственным реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним¹¹. Согласно п. 2 этой же статьи к залогу жилого дома или квартиры, возникающему на этом основании, соответственно применяются правила о залоге недвижимого имущества, возникающем в силу договора.

Если исходить из понимания потребительского кредита как кредита (денежных средств), предоставленного кредитной организацией гражданам для удовлетворения личных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, то ипотечные кредиты, предоставляемые гражданам на покупку жилья, можно вполне отнести к числу потребительских по первому критерию (субъектному составу), ибо они также предоставляются только кредитными организациями (что вытекает из положений п. 1 ст. 77 ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»). Однако применение второго критерия — целевого назначения кредита — в случае ипотеки весьма дискуссионно, ибо приобретаемое жилое помещение может вполне использоваться в целях ведения предпринимательской деятельности¹², равно, в принципе, как и любое другое имущество, приобретаемое гражданами на денежные средства, полученные как потребительский кредит. Тем не менее, здесь есть важное отличие: во втором случае банк интересуется целевым назначением кредитных средств в момент заключения кредитного договора, после предоставления кредитных средств дальнейшая их судьба как бы выбывает из-под видения банка. В случае ипотеки ситуация иная, ибо приобретаемое недвижимое имущество на протяжении всего срока существования кредитных отношений находится в залоге у кредитной организации.

Таким образом, с одной стороны можно сказать, что ипотечные кредиты на приобретение гражданами недвижимого имуще-

¹¹ Собрание законодательства РФ. 20.07.1998. № 29. Ст. 3400.

¹² Так, согласно п. 2 ст. 17 Жилищного кодекса РФ допускается использование жилого помещения для осуществления профессиональной деятельности или индивидуальной предпринимательской деятельности проживающими в нем на законных основаниях гражданами, если это не нарушает права и законные интересы других граждан, а также требования, которым должно отвечать жилое помещение // Собрание законодательства РФ. 03.01.2005. № 1 (часть 1). Ст. 14.

ства для целей, не связанных с ведением предпринимательской деятельности (то есть лишь часть ипотечных кредитов), можно отнести к числу потребительских и рассматривать как их разновидность. И такая позиция представлена в юридической литературе. Так, например, О. В. Сгибнева выделяет разновидности потребительского кредитования в зависимости от целевого назначения: кредиты на цели личного потребления, на приобретение автомобилей, а также ипотечные кредиты¹³.

Однако с формально-юридической точки зрения, выраженной российским законодателем в декабре 2013 г. с принятием Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», есть основания утверждать, что ипотечные кредиты не относятся к числу потребительских, так как согласно п. 2 ст. 1 указанный Федеральный закон не применяется к отношениям, возникающим в связи с предоставлением потребительского кредита (займа), обязательства заемщика по которому обеспечены ипотекой¹⁴.

На наш взгляд, такая позиция все же не совсем верна, ибо тот факт, что действие Федерального закона «О потребительском кредите (займе)» не распространяется на ипотечные кредиты на приобретение гражданами недвижимого имущества для целей, не связанных с ведением предпринимательской деятельности, еще не говорит о том, что такие кредиты нельзя рассматривать в качестве потребительских. Этот факт говорит лишь о том, что для регулирования таких кредитов применяются другие правовые средства и методы. Поэтому представляется, что с экономической и теоретико-юридической точек зрения указанные ипотечные кредиты можно рассматривать как вид потребительских, однако с практической точки зрения с учетом специфики их правового регулирования и применения особого юридического инструментария и правовых средств (в том числе иных договорных моделей) такие кредиты необходимо выделять в отдельную группу и рассматривать их обособленно от потребительских кредитов.

¹³ Гражданское право: Учебник. Том II / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. О. Н. Садикова. М.: Контакт; ИНФРА-М, 2007. С. 187.

¹⁴ Собрание законодательства РФ. 23.12.2013. № 51. Ст. 6673.

В российской правовой науке было выражено мнение, что «потребительский кредит — это общее понятие, обозначающее денежные средства, предоставляемые физическому лицу в целях удовлетворения потребительских нужд. Поэтому, кредит на покупку автомобиля, ипотечный кредит, образовательный кредит и другие кредиты, предоставляемые физическим лицам, должны признаваться видами потребительского кредита»¹⁵. С первой частью следует согласиться, ибо в ходе предыдущего изложения данный тезис был нами также подтвержден. В отношении принадлежности автомобильных и образовательных кредитов к числу потребительских безусловно следует, как и в случае с ипотечными кредитами, согласиться с экономической и теоретико-юридической точками зрения. Однако зачастую такие кредиты сопряжены со специальными государственными программами и соответствующими льготными условиями (например, программы софинансирования, субсидирования и пр.), что вносит специфику в их правовое регулирование. Поэтому в этих случаях, на наш взгляд, их нужно рассматривать отдельно. В остальных же случаях их следует рассматривать в качестве полноценных видов потребительского кредита.

В Европейском союзе потребительские кредиты, обеспеченные ипотекой, выделяются в отдельную группу, и европейский законодатель не распространяет на них действие Директивы 2008/48/ЕС о потребительском кредитовании (наряду с другими исключениями)¹⁶. Однако, например, в Германии на кредиты, обеспеченные правами на недвижимость (ипотекой и поземельным долгом), частично распространяются общие правила о потребительском кредите.

С позиций сравнительно-правового подхода интересно рассмотреть классификации потребительских кредитов, имеющиеся в зарубежных правовых порядках. Рассмотрим несколько классифи-

¹⁵ Демченко С. С. Правовое регулирование потребительского кредитования в Российской Федерации. Автореф. дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. СПб, 2012.

¹⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates. Amtsblatt der Europäischen Union. 22.5.2008. L 133/66 — L 133/92.

каций потребительских кредитов на примере европейского государства с наиболее близким к российскому правопорядком — Федеративной Республики Германия.

В германском праве имеется широкая классификация потребительских кредитов, согласно которой выделяется три больших группы: контокоррентный кредит (Kontokorrentkredit), срочный кредит (Darlehen) и договор об открытии кредита (Krediteröffnungsvertrag).

Также в германском праве традиционно различают т.н. «финансируемые сделки» (finanzierten Rechtsgeschäften), которые представляют собой денежные кредиты, выдаваемые кредитной организацией для конкретной цели — финансирования определенной сделки (в основном по покупке потребительских товаров повышенного качества), и кредиты, выдаваемые наличными¹⁷. В первом случае покупатель и продавец заключают договор купли-продажи под условием недействительности согласно §§ 158 Abs. 2, 159 BGB (Германского гражданского уложения), по которому банк предоставляет покупателю кредит для финансирования стоимости приобретаемого товара¹⁸. При этом в качестве обеспечения по кредиту покупатель предоставляет право удержания большей части заработной платы или право на ее списание, кроме этого банку предоставляется обеспечительное право собственности на имущество, приобретаемое по сделке¹⁹.

Таким образом, в России, как и за рубежом, существуют многочисленные классификации потребительских кредитов по различным основаниям. Вместе с тем в рамках одного вида потребительского кредита могут предоставляться совершенно разные кредитные продукты, которые, в основном, ориентированы на конкретные, определенные группы клиентов и характеризуются определенными условиями (например, беспроцентный целевой кредит на приобретение определенных товаров (в рамках маркетинговых акций и пр.), целевой образовательный

¹⁷ Clausen, Bank- und Börsenrecht. 5. Auflage. C.H. Beck. 2014. S. 310.

¹⁸ BGBl. I S. 42.

¹⁹ Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 2014, Buch, Kommentar zum § 495 Rn. 210 ff.

кредит на обучение по специальностям, соответствующим приоритетным направлениям модернизации и технологического развития российской экономики и т.п.). Классификации потребительских кредитов имеют важное значение с позиций правильного, дифференцированного применения различных методов и средств правового регулирования, соответствующих целям тех или иных видов кредита.

Сергей Козлов

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Производственно-хозяйственная структура и правовой статус субъектов российского рынка природного газа

Одной из важнейших составляющих рынка как объекта правового регулирования является правовой статус субъектов рынка, а также структура производственно-хозяйственных связей между ними, характеризующаяся преимущественно неправовыми аспектами (экономическими, технико-технологическими, организационными и иными), без учета и понимания которых невозможно функционирование и правовое регулирование рынка газа.

В газовой отрасли по аналогии с общепринятой в нефтяной отрасли классификацией можно выделить три стадии производственно-сбытовой деятельности:

- 1) Upstream (геологоразведка и добыча газа);
- 2) Midstream (транспортировка газа);
- 3) Downstream (сбыт газа).

При этом необходимо сделать оговорку о том, что к стадии downstream в нефтяной отрасли также традиционно относят переработку нефти и сбыт нефти и нефтепродуктов¹. В отношении газовой отрасли переработка природного и попутного нефтяного газа происходит перед транспортировкой газа (например, сжижение или сжатие природного газа), тогда как нефть перерабатывается на НПЗ как правило после ее транспортировки по магистральным нефтепроводам с мест добычи. Для каждой из стадий в силу специфики возникающих общественных отношений при-суще применение особых правовых средств и методов правового регулирования.

¹ См.: Д. Ергин. Добыча: Всемирная история борьбы за нефть, деньги и власть. М.: «Альпина Паблишер», 2011; Гаврилина Е. А. Система договорных связей на рынке нефти и нефтепродуктов. Дис. канд. юридич. наук по спец.: 12.00.03; 12.00.07. М., 2014 и др.

Сбыт газа (поставка) и его транспортировка неразрывно связаны. Без транспортировки газа, по крайней мере по распределительным газопроводам, невозможно его конечное потребление. Поэтому рассмотрение вопросов транспортировки газа имеет важное значение при правовом анализе производственно-хозяйственных связей, складывающихся в процессе функционирования рынка газа.

Сфера транспортировки газа по трубопроводам, как и транспортировка нефти в соответствии с п. 1 ст. 4 Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» является естественной монополией². Основным способом транспортировки природного газа в настоящее время является транспортировка посредством системы магистральных газопроводов — наиболее экономически выгодный и быстрый способ транспортировки на средние и дальние расстояния.

Магистральный газопровод представляет собой комплекс технических сооружений для транспортировки под высоким давлением природного или попутного нефтяного газа от газовых промыслов (мест добычи) до мест (узлов) распределения. С правовой точки зрения магистральный газопровод следует понимать как единый недвижимый комплекс в смысле ст. 133.1 Гражданского кодекса РФ, однако легальное определение понятия «газопровод» и его правового статуса отсутствует в российском законодательстве. Интерес представляет определение, приведенное в «СТО Газпром 2-3.5–454-2010. Стандарт организации. Правила эксплуатации магистральных газопроводов», утв. и введен в действие Приказом ОАО «Газпром» от 24.05.2010 № 130, согласно которому магистральный газопровод есть «технологически неделимый, централизованно управляемый имущественный производственный комплекс, состоящий из взаимосвязанных объектов, являющихся его неотъемлемой технологической частью, предназначенных для транспортировки подготовленной в соответствии с требованиями национальных стандартов продукции (природного газа) от объектов добычи и/или пунктов приема до пунктов

² Собрание законодательства РФ. 21.08.1995. № 34. Ст. 3426.

сдачи потребителям и передачи в распределительные газопроводы или иной вид транспорта и/или хранения»³. В несколько упрощенном виде систему транспортировки газа (поставки от производителя к потребителю) по системе трубопроводного транспорта можно представить в схематически-графическом виде⁴.

Для целей правового регулирования в качестве стандартных параметров природного газа принимаются следующие:

- температура: +20 градусов Цельсия;
- давление: 760 мм. рт. ст.;
- влажность: 0 процентов⁵.

В газовой отрасли России большинство газовых компаний осуществляют свою деятельность на всех стадиях, то есть по всей цепочке производственно-сбытовой деятельности — от разведки и добычи до реализации газа.

Газоснабжение — то есть деятельность по обеспечению потребителей газом⁶, осуществляется в рамках федеральной системы газоснабжения, которая, согласно ст. 5 Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» (далее — Закон о газоснабжении), представляет собой совокупность действующих на территории Российской Федерации систем газоснабжения: Единой системы газоснабжения, регио-

³ СТО «Газпром» 2-3.5-454-2010. Стандарт организации. Правила эксплуатации магистральных газопроводов. М.: ОАО «Газпром», 2010.

⁴ По магистральным газопроводам транспортируется только сухой газ, прошедший предварительную обработку на установках комплексной подготовки газа и газоперерабатывающих заводах. Для подачи в магистральные газопроводы природный газ должен содержать не более 20 г/куб. м сероводорода и иметь относительную влажность до 60–75 %. Подробнее о природном газе см.: Информаторий ОАО «Газпром»: <http://www.gazprominfo.ru>

⁵ См.: Постановление Правительства РФ от 29.12.2000 № 1021 «О государственном регулировании цен на газ, тарифов на услуги по его транспортировке и платы за технологическое присоединение газоиспользующего оборудования к газораспределительным сетям на территории Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 08.01.2001. № 2. Ст. 175;

⁶ Согласно ст. 2 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации» газоснабжение — одна из форм энергоснабжения, представляющая собой деятельность по обеспечению потребителей газом, в том числе деятельность по формированию фонда разведанных месторождений газа, добыче, транспортировке, хранению и поставкам газа // Собрание законодательства РФ. 05.04.1999. № 14. Ст. 1667.

нальных систем газоснабжения, газораспределительных систем и независимых организаций⁷. Федеральная система газоснабжения является одной из федеральных энергетических систем Российской Федерации. Согласно п. «и» ст. 71 Конституции РФ федеральные энергетические системы находятся в исключительном ведении Российской Федерации⁸.

Основными субъектами российского рынка природного газа являются:

- производители газа;
- газоснабжающие организации (поставщики);
- операторы инфраструктуры (газотранспортные организации);
- газораспределительные организации;
- потребители газа.

Производители газа представлены на сегодняшний день двумя группами хозяйствующих субъектов — с одной стороны ОАО «Газпром» и его аффилированными лицами, с другой — независимыми производителями газа, к числу которых следует отнести:

- ОАО «Новатэк», являющееся крупнейшим российским независимым производителем природного газа. На долю ОАО «Новатэк» приходится около 9,7 % общероссийской добычи природного газа⁹;
- вертикально-интегрированные нефтяные компании (ОАО «Роснефть», ОАО «Лукойл», ОАО «Сургутнефтегаз»);
- независимые организации, которыми согласно ст. 2 Закона о газоснабжении являются организации, осуществляющие производство и поставки газа и являющиеся независимыми от организаций — собственников систем газоснабжения и организаций — собственников газораспределительных систем (например, ОАО «Якутская топливно-энергетическая компания»);

⁷ Собрание законодательства РФ. 05.04.1999. № 14. Ст. 1667.

⁸ Собрание законодательства РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.

⁹ См.: Официальный сайт ОАО «Новатэк»: <http://www.novatek.ru/ru/about/company>. Дата обращения: 10.04.2015.

- операторы соглашений о разделе продукции. По модели СРП в настоящее время ведется добыча газа (совместно с нефтью) на шельфовых месторождениях «Сахалин-1» и «Сахалин-2». Операторами проекта «Сахалин-1» являются: ОАО «Роснефть» (20 %), ExxonMobil (30 %), Sodeco (30 %) и ONGC (20 %). Оператором проекта «Сахалин-2» является компания «Сахалин Энерджи Инвестмент Компани Лтд», контрольный пакет акций которой с 2007 г. принадлежит ОАО «Газпром»;
- региональные газодобывающие организации, являющиеся собственниками систем газоснабжения и (или) газораспределения (Например, ОАО «Норильскгазпром», ОАО «Таймыргаз», ОАО «Якутгазпром» и др.);
- газодобывающие организации с особым правовым статусом. К их числу следует отнести ГУП Республики Крым «Черноморнефтегаз», осуществляющее добычу природного газа и нефти на шельфе Черного и в акватории Азовского морей, а также на суше Крымского полуострова на 9 месторождениях (2 газоконденсатных, 6 газовых и 1 нефтяном), а также разведку, транспортировку и хранение нефти и газа. Особенностью ГУП РК «Черноморнефтегаз» является то, что оно не является собственником имущества. Газотранспортная система Крыма и иные объекты газоснабжения находятся в собственности Республики Крым и города федерального значения Севастополь.

Основной задачей производителей является разведка, разработка месторождений и добыча газа, его переработка, поставка и сбыт на оптовом рынке. Производители газа продают газ по оптовым ценам (регулируемым или свободным).

Газоснабжающие организации. Согласно ч. 9 ст. 2 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации» поставщик (газоснабжающая организация) — это собственник газа или уполномоченное им лицо, осуществляющие поставки газа потребителям по договорам. Как правило, газоснабжающие организации являются аффилированными лицами компаний-производителей газа, либо в качестве газоснабжающих органи-

заций выступают непосредственно газодобывающие компании (например, ГУП РК «Черноморнефтегаз»). В группе «Газпром» основной газоснабжающей организацией является ООО «Газпром межрегионгаз», которая через 48 своих дочерних компаний обеспечивает газом как население, так и промышленных потребителей в 68 регионах России¹⁰. Реализация газа газоснабжающими организациями может осуществляться по оптовым регулируемым или свободным ценам (в зависимости от конкретного поставщика) на оптовом рынке газа путем заключения договоров поставки газа, в соответствии с Правилами поставки газа в Российской Федерации, утв. постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162¹¹. Газоснабжающие организации продают газ либо непосредственно потребителям газа, либо другим организациям для дальнейшей продажи потребителям газа.

Потребители газа. В соответствии со ст. 2 Закона о газоснабжении потребителем газа является лицо, приобретающее газ для собственных бытовых нужд, а также собственных производственных или иных хозяйственных нужд. До апреля 2013 г. определение потребителей газа в Законе излагалось в иной редакции: потребителем газа признавалось юридическое или физическое лицо, приобретающее газ у поставщика и использующее его в качестве топлива или сырья. Кроме этого, к потребителям приравнивались абоненты, субабоненты газоснабжающих организаций. Главным отличительным признаком потребителей газа от иных покупателей газа является использование газа для собственных производственных, бытовых или иных хозяйственных нужд. То есть организации, осуществляющие перепродажу газа, по-прежнему не могут признаваться потребителями газа¹².

¹⁰ См.: Официальный сайт ООО «Газпром межрегионгаз»: <http://mrg.gazprom.ru>. Дата обращения: 16.03.2015.

¹¹ Собрание законодательства РФ. № 6. 09.02.1998. Ст. 770.

¹² Применительно к предыдущей редакции Закона о газоснабжении в части определения понятия потребитель газа Президиум ВАС РФ в Постановлении от 12 июля 2005 г. № 3007/05 по делу № А32-7490/2004-58/3 не признал приобретателя газа потребителем газа в смысле Закона о газоснабжении, поскольку газ предполагалось использовать для перепродажи, а не для собственного потребления // См.: Вестник ВАС РФ. 2005. № 11.

Важнейшими субъектами рынка газа, наряду с поставщиками и потребителями, являются газотранспортные и газораспределительные организации, осуществляющие транспортировку газа по магистральным и газораспределительным газопроводам. Они являются связующим звеном между поставщиками и потребителями.

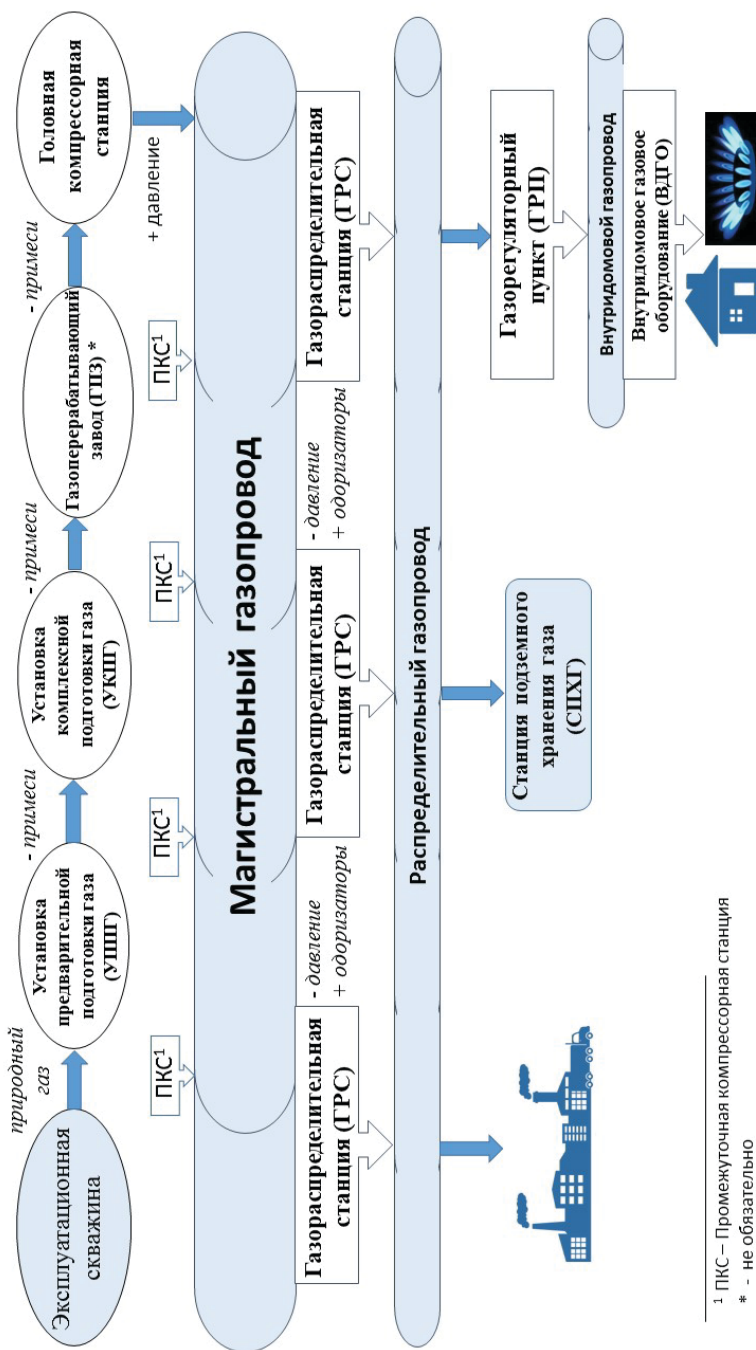
Газотранспортные организации. Легальное определение понятия газотранспортной организации содержится в ст. 2 Закона о газоснабжении, согласно которому газотранспортной является организация, осуществляющая транспортировку газа и у которой магистральные газопроводы и отводы газопроводов, компрессорные станции и другие производственные объекты находятся на праве собственности или на иных законных основаниях. Интересно отметить, что в другом важнейшем нормативном правовом акте — Правилах поставки газа, утв. Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162, закреплено более узкое понимание газотранспортной организации. Согласно п. 3 Правил газотранспортной является организация, обеспечивающая транспортировку газа, организация, у которой магистральные газопроводы и газопроводы-отводы находятся в собственности или на иных законных основаниях¹³. Таким образом, следует полагать, что у газотранспортной организации в собственности (или на ином законном основании) должны находиться как минимум магистральные газопроводы и газопроводы-отводы, эксплуатацию которых она осуществляет. Также неясно, что в Законе о газоснабжении понимается под «другими производственными объектами». Могут ли сюда с позиции законодателя относиться газораспределительные газопроводы, и в таком случае возможно ли отождествление газотранспортной и газораспределительной организации, с учетом того, что определения последней Закон не содержит.

Крупнейшей газотранспортной организацией России — единоличным собственником Единой системы газоснабжения (к которой относится подавляющее количество российских маги-

¹³ Собрание законодательства РФ. № 6. 09.02.1998. Ст. 770.

стральных газопроводов) является ОАО «Газпром». Также газотранспортными организациями являются организации-собственники региональных систем газоснабжения. Кроме этого, на рынке газа существуют независимые газотранспортные организации, под которыми, согласно п. 2 Постановления Правительства РФ от 29.12.2000 № 1021 «О государственном регулировании цен на газ, тарифов на услуги по его транспортировке и платы за технологическое присоединение газоиспользующего оборудования к газораспределительным сетям на территории Российской Федерации» понимаются организации, оказывающие услуги по транспортировке газа по газопроводам, принадлежащим им на праве собственности или на ином законном основании, а также являющиеся независимыми от организаций — собственников систем газоснабжения (ЕСГ и РСГ) и организаций — собственников газораспределительных систем. Весьма интересен тот факт, что в данном определении речь не идет только о магистральных газопроводах и газопроводах-отводах, которые как минимум должна эксплуатировать газотранспортная организация, и что является одним из ее дифференцирующих признаков, речь идет обо всех типах газопроводов. В связи с этим, как и в Законе о газоснабжении также происходит смешение понятий газотранспортная организация и газораспределительная организация. Об этом также свидетельствует практика ФСТ России, в Приказах которой относительно утверждения тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам (газопроводам-отводам), принадлежащим независимым газотранспортным организациям, к числу газотранспортных организаций относится большое количество газораспределительных организаций¹⁴.

¹⁴ См.: Приказ ФСТ России от 21.10.2014 № 231-э/2 «Об утверждении тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам, принадлежащим независимым газотранспортным организациям» // Российская газета. № 269. 26.11.2014; Приказ ФСТ России от 27.05.2014 № 125-э/10 «Об утверждении тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам (газопроводам-отводам), принадлежащим независимым газотранспортным организациям» // Российская газета. № 160. 18.07.2014; Приказ ФСТ России от 27.12.2011 № 431-э/8 «Об утверждении тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам, принадлежащим независимым газотранспортным организациям» // Российская газета. № 32. 15.02.2012 и др.



¹ ПКС – Промежуточная компрессорная станция

* - не обязательно

С другой стороны, говоря о транспортировке газа по газораспределительным системам, следует обратить внимание на отсутствие единого понимания состава объектов, входящих в состав газораспределительных систем. Согласно ст. 2 Закона о газоснабжении газораспределительная система — это имущественный производственный комплекс, состоящий из организационно и экономически взаимосвязанных объектов, предназначенных для транспортировки и подачи газа непосредственно его потребителям. То есть согласно буквальному толкованию к составу газораспределительной системы можно отнести все типы газопроводов (ибо распределительные газопроводы могут отсутствовать в схеме поставки газа конечному потребителю). В таком случае к числу газораспределительных организаций, эксплуатирующих газораспределительные системы, следует относить и газотранспортные организации. А вспоминая о том, что газотранспортные организации, согласно определению Закона о газоснабжении могут эксплуатировать по сути любые производственные объекты, то можно сделать вывод о синонимичном использовании терминов газотранспортная и газораспределительная организация.

В то же время в подзаконных актах зачастую все наоборот. Так, в п. 2 Постановления Правительства РФ от 17.05.2002 № 317 «Об утверждении Правил пользования газом и предоставления услуг по газоснабжению в Российской Федерации» дается определение газотранспортной системы, под которой понимается «система газопроводов, соединяющая производителя и потребителя газа, включающая в себя магистральные газопроводы, отводы газопроводов, газораспределительные системы, находящиеся у газотранспортной, газораспределительной организации или у иных организаций в собственности или на иных законных основаниях»¹⁵. То есть газораспределительные системы включаются в состав газотранспортной системы, наряду с магистральными газопроводами и отводами газопроводов, которые в свою очередь не входят в состав газораспределительных систем. Дума-

¹⁵ Собрание законодательства РФ. 20.05.2002. № 20. Ст. 1870.

ется, что такое понимание соотношения газотранспортной и газораспределительной систем является более логичным и соответствующим действительности. В то же время, например, в определении газотранспортной системы, приведенном в уже упомянутом Приложении № 22 к Договору о ЕАЭС, газораспределительные сети прямо исключены из состава газотранспортной системы. Согласно п. 2 Приложения № 22 газотранспортные системы — это сооружения для транспортировки газа, включающие магистральные газопроводы и связанные с ними единым технологическим процессом объекты, кроме газораспределительных сетей. Скорее всего, это было сделано в связи с тем, что Протоколом регулируются правила доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере транспортировки газа по газотранспортным системам, а транспортировка по газораспределительным системам исключена из сферы регулирования Протокола (так как основная задача — регулирование транзита газа), ибо технологически транспортировка газа к потребителю без использования газораспределительных сетей в большинстве случаев попросту невозможна.

На наш взгляд в качестве решения данной проблемы можно предложить следующее разграничение газотранспортных и газораспределительных организаций по производственно-функциональному назначению — газотранспортными следует признавать организации, осуществляющие транспортировку газа по магистральным газопроводам и отводам газопроводов, с использованием компрессорных станций и других технологически связанных производственных объектов, находящихся на праве собственности или на иных законных основаниях. В свою очередь к числу газораспределительных организаций следует относить организации, осуществляющие транспортировку газа по газораспределительным системам непосредственно потребителю. В отличие от газотранспортных организаций, которые могут транспортировать газ не только на внутренний рынок, но и на экспорт с дальнейшей перепродажей, газораспределительные организации осуществляют транспортировку газа конечному потребителю и используют только газораспределительную систему. Кроме

этого, требуется уточнение терминов «газотранспортная система» и «газораспределительная система», путем указания ключевых производственных объектов, входящих в их состав. Представляется необходимой унификация подходов к пониманию газотранспортных и газораспределительных организаций в различных нормативных правовых актах и подробная регламентация правового статуса данных субъектов рынка.

Газотранспортные организации, как и газораспределительные организации, заключают с поставщиками и потребителями договоры транспортировки газа по принадлежащим им газотранспортным системам. Тарифы на транспортировку газа регулируются государством. Согласно п. 10 Правил поставки газа, предложение о заключении договора транспортировки газа направляется газотранспортной или газораспределительной организацией поставщику (покупателю) одновременно с разрешением на доступ к газотранспортной системе, выданным в соответствии с установленным Правительством Российской Федерации порядком. При этом договоры транспортировки газа, заключаемые газораспределительными организациями с поставщиками (газоснабжающими организациями), не являются публичными, что было подтверждено в судебной практике¹⁶. Думается, что подобный вывод можно сделать применительно и к договорам, заключаемым газотранспортными организациями.

Газораспределительные организации. Газораспределительные организации (ГРО) осуществляют поставку газа конечным потребителям посредством газораспределительных и внутридомовых газопроводов, занимаются развитием и обслуживанием газораспределительных систем и ВДГО. Тем не менее, правовой статус газораспределительных организаций, что частично уже было показано, весьма неоднозначен.

Прежде всего, в российском законодательстве отсутствует легальное определение понятия «газораспределительная организация» и перечень полномочий ГРО. В ч. 1 ст. 7 Закона о газос-

¹⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 05.04.2005 № 11857/04 по делу № А06-2960-8/03 // Вестник ВАС РФ. 2005. № 7.

набжении речь идет об организациях — собственниках газораспределительной системы, которые представляют собой специализированные организации, осуществляющие эксплуатацию и развитие на соответствующих территориях сетей газоснабжения и их объектов, а также оказывающие услуги, связанные с подачей газа потребителям и их обслуживанием. При этом как в самом Законе о газоснабжении, так и в многочисленных подзаконных актах термин «газораспределительная организация» используется многократно.

Отождествление «организаций-собственников газораспределительной системы», о которых речь идет в ч. 1 ст. 7 Закона о газоснабжении и газораспределительных организаций невозможно, так как газораспределительная организация может не быть собственником газораспределительной системы. В пп. «б» п. 2 Правил пользования газом и предоставления услуг по газоснабжению в РФ, утв. Постановлением Правительства РФ от 17.05.2002 № 317 под газораспределительной организацией понимается специализированная организация, осуществляющая эксплуатацию газораспределительной системы и оказывающая услуги, связанные с подачей газа потребителям. Как видно, в данном определении речь не идет об обслуживании и развитии сетей газоснабжения и других объектов, а функции ГРО ограничены лишь эксплуатацией ГРС и оказанием услуг по подаче газа потребителям.

Вследствие пробельности законодательного регулирования статуса ГРО также неясно соотношение понятия «газораспределительная организация» не только с понятием «газотранспортная организация», но и с понятиями «эксплуатационная организация» и «специализированная организация», которые упоминаются в различных нормативных правовых актах. Например, как уже отмечалось выше, в Постановлении Правительства РФ от 20.11.2000 № 878 речь идет об эксплуатационных организациях, которыми могут быть как организации — собственники газораспределительных систем, так и организации, заключившие с организацией — собственником ГРС договор на ее эксплуатацию. В то же время в Правилах пользования газом и предоставления услуг по газоснабжению в РФ указанные организации

именуются газораспределительными. Отсутствие единого понятийно-терминологического аппарата и неурегулированность статуса ГРО в Законе о газоснабжении порождают огромное количество практических проблем.

Нет единой позиции относительно правового статуса газораспределительных организаций и в судебной практике. Так, в деле А46-10398/2011 арбитражные суды рассматривали заявление об установлении факта, имеющего юридическое значение относительно признания организации, с которой у истца был заключен договор на техническое обслуживание ВДГО, газораспределительной организацией¹⁷. По договору ТО ВДГО исполнитель обязался по заданию заказчика и за вознаграждение осуществлять техническое и аварийное обслуживание внутридомового газового оборудования, в том числе бытового газового оборудования, ведение эксплуатационно-технической документации внутридомового газового оборудования, относящегося к общему имуществу собственников помещений в многоквартирных домах, находящихся в управлении заказчика. Сложность заключалась в том, что объекты газоснабжения, эксплуатируемые и обслуживаемые в рамках договора ТО ВДГО, не относятся к газораспределительным системам и перед судами встал вопрос, могут ли ГРО осуществлять ТО ВДГО. Суды, рассматривающие данное дело, абсолютно справедливо указали, что в настоящее время порядок допуска специализированных организаций к ТО ВДГО не определен и нормативно не урегулирован¹⁸.

¹⁷ См.: Определение Арбитражного суда Омской области от 28.09.2011 по делу № А46-10398/2011; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 11.11.2011 по делу № А46-10398/2011; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.02.2012 по делу № А46-10398/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 16.02.2012 по делу № А46-10398/2011 постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда, которым заявление о признании за контрагентом статуса ГРО было удовлетворено, отменено и оставлено в силе определение Арбитражного суда Омской области от 28.09.2011, которым заявление об установлении факта, имеющего юридическое значение, оставлено без рассмотрения, поскольку заявленные требования связаны с последующим разрешением спора о праве, вытекающего из правоотношений по техническому обслуживанию внутридомового газового оборудования.

По мнению автора, следует выделять основные и вспомогательные функции газораспределительных организаций:

- 1) к числу основных относятся: эксплуатация газораспределительных систем и оказание услуг по подаче газа конечным потребителям посредством этих систем;
- 2) к вспомогательным (сопутствующим) функциям ГРО относятся: развитие, строительство и техническое обслуживание объектов газораспределительных систем и иных объектов, технологически и организационно связанных с газораспределительными системами (промышленного и внутридомового газового оборудования), подключение газоиспользующего оборудования к газораспределительным сетям, осуществление иных функций. Однако следует помнить о том, что к числу ГРО относятся как организации-собственники ГРС, так и организации, не являющиеся собственниками и осуществляющие эксплуатацию газораспределительных систем по договору с собственником. Поэтому возникает вопрос, могут ли газораспределительные организации-несобственники осуществлять строительство, ремонт и обслуживание чужого имущества, не принадлежащего им на праве собственности. На наш взгляд этот вопрос должен решаться в договоре, заключаемом эксплуатирующей организацией с организацией-собственником газораспределительной системы.

Разрешение проблемы неопределенности статуса газораспределительных организаций, на наш взгляд, может быть решено только путем закрепления в ст. 2 «Основные понятия» Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации» определения понятия «газораспределительная организация». Также в целях совершенствования законодательства представляется необходимым переименование главы IV «Правовые основы функционирования и развития единой системы газоснабжения» Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации» в «Правовые основы функционирования и развития систем газоснабжения» и дополнение ее статьями, посвященными полномочиям организаций, эксплуатирующих региональные системы газоснабжения и газораспределительных организаций.

Никита Низкоус

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Правовое регулирование деятельности банковских групп

Как правило, финансовые и экономические кризисы уничтожают маленьких и слабых, а сильных делают еще сильнее. В целом, кризис 2008 года убедил наблюдателей в том, что проблемы становятся фатальными для маленьких банков, крупные банки пользуются этим для расширения, поглощая тех, кто не справляется с вызовами рынка, либо включая их в свои холдинговые объединения.

Однако данный кризис продемонстрировал и другую сторону медали, крах LemonBrothers, который считался типичным представителем категории «toobigtofail»¹, показал, что падение даже очень крупного банка возможно, и последствия такого падения гораздо серьезнее разорения множества небольших самостоятельных кредитных организаций.

Чрезвычайные и беспрецедентные усилия государственных органов США, регулирующих финансовую систему, спасли рынок от цепной реакции, угрожавшей многократным усилением кризиса. Данные события заставили изменить подход к крупным игрокам финансовых рынков, продемонстрировали необходимость дополнительного внимания и более пристального контроля над деятельностью крупных банков и банковских групп.

Банковские группы в России консолидируют колоссальные финансовые активы, прямо и косвенно принимают участие во многих сферах экономики, риски данных групп во многом проецируются на риски российской финансовой системы. Правовое регулирование банковских групп динамично, постоянно совер-

¹ Sorkin A. R. Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System-and Themselves. Viking Adult, 2009. С. 13.

шенствуется, появляется первая практика применения Банком России, предоставленных ему в данной сфере полномочий.

Понятие банковской группы закреплено в ст. 4 Федерального закона от 02.12.1990 № 395–1 «О банках и банковской деятельности»² (далее — Закон о банках и банковской деятельности, ФЗ № 395-1). В июле 2013 года был принят Федеральный закон от 02.07.2013 № 146-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее — ФЗ № 146-ФЗ от 02.07.2013), установивший действующее сегодня понятие банковской группы.

Впервые понятие, ставшее прототипом понятия банковской группы, появилось в российском законодательстве в 1996 году⁴, в статье 4 ФЗ № 395–1 говорилось о группах кредитных организаций: *«Группы кредитных организаций образуются для решения совместных задач (совместного осуществления банковских операций) путем заключения соответствующего договора между двумя или несколькими кредитными организациями»*⁵. Законодателем было установлено, что цель её образования — совместное осуществление банковских операций, основание — договор, а субъекты — только кредитные организации. Таким образом, под группой кредитных организаций, как понятийным предшественником банковской группы, понимались кредитные организации, связанные договором о совместном осуществлении банковских операций.

Следующим изменением в ст. 4 ФЗ № 395-1⁶ законодатель впервые ввёл понятие банковской группы, группа стала иерархически построенной, из понятия была исключена цель образования банковского объединения, договор, как основание возникновения, был отвергнут. Дополнительным важным нововведением

² «Собрание законодательства РФ», 05.02.1996, № 6. С. 492.

³ «Собрание законодательства РФ», 08.07.2013, № 27. С. 3438.

⁴ Федеральный закон от 03.02.1996 № 17-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР»»

⁵ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395–1 (ред. от 03.02.1996) «О банках и банковской деятельности»

⁶ Федеральный закон от 19.06.2001 № 82-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О банках и банковской деятельности"»,

стало указание на то, что банковская группа не является самостоятельным юридическим лицом, но в качестве возможных субъектов, входящих в банковскую группу, законодатель всё еще рассматривал только кредитные организации.

Последними изменениями, во-первых, круг субъектов, составляющих банковскую группу, был расширен от кредитных организаций до всех юридических лиц, осталось лишь требование о том, что головной должна быть кредитная организация. Во-вторых, вместо объёмного и казуистичного основания возникновения банковской группы, законодатель ввёл более ёмкие и короткие: существенное влияние и контроль, что демонстрирует возросший уровень юридической техники.

Историческая эволюция понятия банковской группы представляет собой и качественную эволюцию. Понятие стало более ёмким и широким, возрос уровень юридической техники, точность определяемых им правоотношений возросла.

Исходя из актуального понятия банковской группы, данного в ст. 4 ФЗ № 395-1, можно выделить её следующие признаки:

- Объединяет несколько юридических лиц;
- Не является самостоятельным юридическим лицом;
- Все юридические лица группы находятся под контролем или значительным влиянием головной кредитной организации.

Банковскую группу стоит отличать от банковского холдинга⁷⁸. Данное понятие эволюционировало вместе с понятием банковской группы, и его современная версия имеет следующие черты:

- Включает в себя несколько юридических лиц, одно из которых обязательно является кредитной организацией (как и банковская группа);
- Не является самостоятельным юридическим лицом (как и банковская группа);
- Все юридические лица, в том числе кредитные организации, входящие в холдинг находятся под контролем или

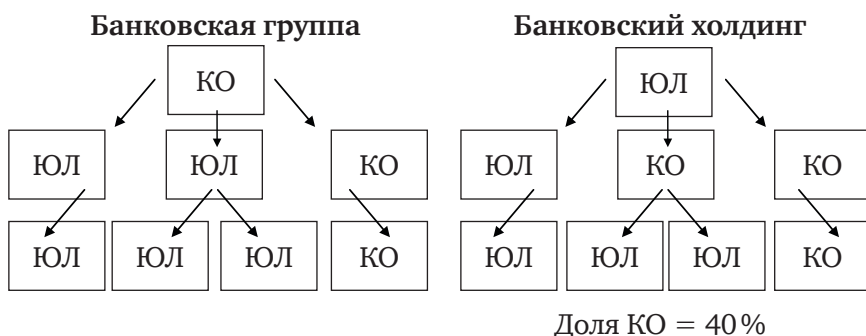
⁷ Банковское дело: учебник / под ред. д. э. н. проф. Г. Г. Коробовой, 2-е изд., перераб. и доп. — М: Магистр, ИНФРА-М, 2012. С. 185.

⁸ Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В., Хоменко Е. Г. Банковское право. Учебное пособие. — 4-е издание. — М., 2010. С. 212.

значительным влиянием головной организации, не являющейся кредитной (в отличие от банковской группы);

- Банковские группы могут входить в состав банковского холдинга;
- Доля банковской деятельности в составе холдинга составляет не менее 40 %.

Банковскую группу и банковский холдинг можно представить в виде следующей схемы, где КО — это кредитная организация, ЮЛ — иное юридическое лицо:⁹



Оба понятия описывают объединения коммерческих организаций, основанные на отношениях контроля и значительного влияния. Невозможность одинакового регулирования со стороны Банка России, детерминированная разным статусом головных организаций, потребовала разделения понятий на холдинги и группы, что не означает того, что отношения в банковской группе не являются холдинговыми. Сущность отношений, возникающих в банковской группе и банковском холдинге одинакова, она заключается в контроле и/или значительном влиянии, определяемых с использованием единых для холдингов и групп стандартов МСФО, таким образом, признавая объединение, возглавляемое некредитной организацией, холдингом, нет оснований не признать холдингом банковскую группу.

⁹ Схемы подготовлены с использованием материалов Лекции Лаутс Е. Б. «Банковские группы и банковские холдинги на рынке банковских услуг» // «Право и бизнес». Приложение к журналу «Предпринимательское право». 2014. № 4.

Изучение сущности банковской группы требует некоторого внимания к теоретическим основам холдинговых отношений. Наличие экономического контроля одного участника над другими является основополагающим признаком холдингового объединения. Под экономическим контролем стоит понимать право оказывать подавляющее влияние на принятие решений этой организацией^{10 11}.

Помимо признака экономического контроля холдинги обладают признаком организационного единства. Холдинг не является «случайным» явлением, в отличие от отношений дочерности хозяйственных обществ, которые могут быть установлены судом применительно к каждой конкретной сделке¹². Наличие признака организационного единства означает, что участники холдинга осуществляют согласованную деятельность, выступают как один субъект рынка¹³.

Представляется обоснованным утверждение профессора Шиткиной И. С. о том, что квалифицирующий признак организационного единства, присущий холдингу, не позволяет констатировать наличие холдинговых отношений между преобладающим и зависимым хозяйственными обществами, поскольку отношения зависимости обусловлены наличием существенного влияния, но не контроля, как это характерно для холдинговых отношений¹⁴.

Наиболее урегулированным в российском законодательстве оказался банковский холдинг/банковская группа.

Согласно п. 1.4 Положения Банка России от 19.09.2002 № 197-П «О порядке представления информации о банковских холдингах»¹⁵, контроль и значительное влияние определяется

¹⁰ Корпоративное право. Учебный курс. / Отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2011. С. 246.

¹¹ Кулагин М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. М., 1987. С. 144.

¹² Пункт 31 Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // «Российская газета» («Ведомственное приложение»), № 151, 10.08.1996.

¹³ Корпоративное право. Учебный курс. / Отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2011. С. 246.

¹⁴ Корпоративное право: учебник / Е. Г. Афанасьева, В. Ю. Бакшинский, Е. П. Губин и др.; отв. ред. И. С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. М: КНОРУС, 2015. С. 136.

¹⁵ «Вестник Банка России». 2002. № 57.

в соответствии с МСФО (IFRS) 10 «Консолидированная финансовая отчетность» и МСФО (IAS) 28 «Инвестиции в ассоциированные и совместные предприятия». Указанные стандарты введены в действие на территории РФ Приказом Минфина России от 18 июля 2012 года № 106н «О введении в действие и прекращении действия документов Международных стандартов финансовой отчетности на территории Российской Федерации»¹⁶.

В соответствии с п. 7 МСФО (IFRS) 10 «Консолидированная финансовая отчетность»¹⁷, инвестор обладает контролем над объектом инвестиций только в том случае, если он:

- обладает полномочиями в отношении объекта инвестиций (в первую очередь это обладание долями или акциями в количестве, позволяющем установить контроль над объектом инвестиций, но МФСО допускает и другие основания полномочий);
- подвергается рискам, связанным с переменным доходом от участия в объекте инвестиций, или имеет право на получение такого дохода;
- имеет возможность использовать свои полномочия в отношении объекта инвестиций с целью оказания влияния на величину дохода инвестора. Инвестор, обладающий правом принимать решения, должен определить, является он принципалом или агентом. Инвестор, который является агентом, не контролирует объект инвестиций, осуществляя делегированное ему право принимать решения.

Таким образом, контроль, в соответствии с МСФО состоит из полномочий, доходов и связи между полномочиями и доходами.

¹⁶ http://www.minfin.ru/ru/search/?q_4=%D0%9F%D1%80%D0%B8%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%BE%D0%BC+%D0%9C%D0%B8%D0%BD%D1%84%D0%B8%D0%BD%D0%B0+%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%81%D0%B8%D0%B8+%D0%BE%D1%82+18.07.2012+N+106%D0%BD&source_id_4=6.

¹⁷ Международный стандарт финансовой отчетности (IFRS) 10 «Консолидированная финансовая отчетность» (введен в действие на территории Российской Федерации Приказом Минфина России от 18.07.2012 № 106н) // <http://www1.minfin.ru/>, 27.08.2012.

В соответствии с п. 3 МСФО (IAS) 28 «Инвестиции в ассоциированные и совместные предприятия»¹⁸, осуществление значительного влияния есть правомочность участвовать в принятии решений по финансовой и операционной политике объекта инвестиций, но не контроль или совместный контроль над этой политикой.

Прямое или косвенное обладание двадцатью и более процентами прав голоса в отношении объекта инвестиций означает наличие значительного влияния, если нет убедительных доказательств обратного.

Учитываться должны также потенциальные права голоса, то есть инструменты, которые в случае исполнения или конвертации могут обеспечить предприятию дополнительные права голоса или сократить права голоса другой стороны в отношении финансовой и операционной политики объекта инвестиций.

Потенциальные права голоса не являются реализуемыми или конвертируемыми на текущий момент, если они, например, не могут быть реализованы или конвертированы до определенной даты в будущем или до наступления определенного события.

Наличие у предприятия значительного влияния обычно подтверждается одним или несколькими из следующих фактов:

- представительство в совете директоров или аналогичном органе управления объектом инвестиций;
- участие в процессе выработки политики, в том числе участие в принятии решений о выплате дивидендов или ином распределении прибыли;
- наличие существенных операций между предприятием и его объектом инвестиций;
- обмен руководящим персоналом;
- предоставление важной технической информации.

¹⁸ Международный стандарт финансовой отчетности (IAS) 28 «Инвестиции в ассоциированные и совместные предприятия» (введен в действие на территории Российской Федерации Приказом Минфина России от 18.07.2012 № 106н) // <http://www1.minfin.ru/>, 27.08.2012.

Таким образом, согласно МСФО для установления контроля и значительного влияния используются критерии, направленные на выявление сущности отношений, в которых состоят компании.

Близкие и полезные в рамках рассматриваемого вопроса понятия группы лиц, консолидированной группы налогоплательщиков и взаимозависимых лиц устанавливаются, соответственно, ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁹ (далее — ФЗ № 135-ФЗ, Закон о защите конкуренции) и ст.ст. 25.1, 105.1 «Налогового кодекса Российской Федерации» от 31.07.1998 № 146-ФЗ²⁰ (далее — НК РФ).

Консолидированное объединение налогоплательщиков представляет собой добровольное объединение юридических лиц на основе договора, не имеющее строгой иерархии, объединяемое ответственным налогоплательщиком, предоставляющим общую отчётность. Банк может участвовать в консолидированном объединении только в том случае, если все участники объединения являются банками. Таким образом, пересечение понятий «банковская группа» и «консолидированная группа налогоплательщиков» возможно только в том случае, если банковская группа образована только банками.

Группой лиц, в соответствии с антимонопольным законодательством, признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким признакам, определённым ст. 9 ФЗ № 135-ФЗ. Взаимозависимые лица, описанные в Налоговом кодексе РФ, также представляют собой совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, отношения между которыми соответствуют хотя бы одному из критериев, обозначенных в статье 105.1. В отличие от банковской группы, данные объединения не являются иерархическими, допускают включение физических лиц и возникают при основаниях, отличающихся от тех, которые определены Международными стандартами финансовой отчетности (далее — МСФО).

¹⁹ «Российская газета», № 162, 27.07.2006.

²⁰ «Собрание законодательства РФ», № 31, 03.08.199, С. 3824.

Предпосылка регулирования холдинговых отношений в Законе о защите конкуренции, Налоговом кодексе РФ и в банковском законодательстве одна — необходимость оценивать группы лиц с точки зрения единого субъекта рыночных отношений, распространения на такие группы правил, разработанных для единого участника рынка и получение информации о них как о таковом.

Основания возникновения банковской группы по МСФО и основания возникновения группы в смысле Закона о защите конкуренции и НК РФ заметно пересекаются, и стандарты предлагают более широкий их перечень. Данные понятия пересекаются таким образом, что группа лиц, возглавляемая кредитной организацией, всегда будет считаться банковской группой, при этом не любая банковская группа образует группу в смысле названных законов.

Отличающиеся в разных нормативно-правовых актах основания возникновения холдинговых отношений не способствуют единому пониманию института в рамках национальной правовой системы, такое отличие демонстрирует невысокий уровень юридической техники и должно быть максимально упразднено. При этом учёт особенностей налоговых, антимонопольных и банковских правоотношений не должен игнорироваться. Чрезвычайно расширенное поле оснований возникновения банковской группы по МСФО, в сравнении с НК и ФЗ № 135-ФЗ, служит необходимой для Банка России гиперинформированности, которая служит максимально внимательному и ответственному контролю рисков финансовой системы РФ.

Наиболее рациональным выходом из сложившейся ситуации представляется разработка единого понятия холдинговых отношений, которое должно стать ядром регулирования таких отношений в разных отраслях законодательства. При этом для целей конкретных отраслей объект регулирования может быть расширен дополнительными основаниями, что позволит, помимо упрощения восприятия и совершенствования юридической техники, ярко выделить особенности каждого вида отношений.

Банковская группа является предпринимательским объединением, обладающим признаками организационного единства,

и согласованно осуществляет банковскую деятельность. По этой причине российское законодательство предъявляет к нему требования как к частично правосубъектному элементу банковской системы.

Международные банковские кризисы показали роль банковских групп в обеспечении стабильности национальных финансовых систем. Господствовавший раньше подход о нерушимости крупных банков и банковских объединений продемонстрировал свою несостоятельность, мировые банковские регуляторы взглянули на крупных игроков по-новому. Стало очевидно, что такие сложные предпринимательские структуры являются заложниками значительных банковских рисков. Помимо рисков, возникающих в деятельности любого банка, его участие в банковской группе влечет возникновение консолидированных рисков группы, которые падают на каждого ее участника.

Как справедливо отмечается в литературе,²¹ наиболее существенными рисками банковской группы являются кредитный, процентный, валютный риски, риск потери ликвидности и риск деятельности группы в целом²². Их возникновение обусловлено наличием зависимости одних участников группы от других, что с одной стороны, влечет предоставление услуг на более льготных условиях, а с другой стороны, лишает участников независимости в принятии решений. Особое место занимает риск деятельности группы. Данный риск может оказаться весьма существенным, если финансовые трудности или потеря деловой репутации одного из участников (не являющегося банком) угрожают финансовой устойчивости других участников группы — кредитных организаций²³.

Поскольку основной целью банковского регулирования и надзора является минимизация банковских рисков, законодатель, учитывая опасность консолидированных банковских рисков,

²¹ Абдулаева С. А., Алиев З. М. Консолидация отчетности банковских (консолидированных) групп и некредитных организаций // *Налоги*. 2012. № 21. С. 9–15.

²² Орехова Т. В. Контроль банковских рисков в целях повышения эффективности функционирования коммерческих банков // *Банковское право*. 2009. № 1. С. 49.

²³ Там же

предъявляет особенно строгие требования к банковским группам и холдингам.

Головная кредитная организация банковской группы обязана уведомить Банк России в 8-дневный срок с момента образования такой группы по форме 0409801, установленной Указанием Банка России от 12.11.2009 № 2332-У «О перечне, формах и порядке составления и представления форм отчетности кредитных организаций в Центральный банк Российской Федерации»²⁴.

В случае выявления Банком России в ходе осуществления надзора за деятельностью кредитных организаций признаков банковской группы, уведомления об образовании которой он не получал, Банк России направляет головной кредитной организации банковской группы предписание с требованием исполнить обязанность, установленную Законом о банках и банковской деятельности. Головная кредитная организация располагает 30 днями, если иной срок не предусмотрен предписанием, для его исполнения.

Согласно рекомендациям Базельского комитета²⁵ по банковскому надзору наиболее адекватным отражением финансового положения кредитных организаций в рамках современной банковской системы, основанной на наличии многоуровневых связей ее субъектов, является их консолидированная отчетность, которая составляется и представляется в Банк России головной организацией банковской группы о деятельности такой группы²⁶.

Как справедливо отмечается в литературе, вопрос консолидированного надзора за банковской группой становится сегодня

²⁴ «Вестник Банка России», № 75 — 76, 25.12.2009.

²⁵ Базельский комитет по банковскому надзору является комитетом органов банковского надзора, который был создан управляющими центральными банками стран "большой десятки" в 1975 году. Он состоит из представителей высших должностных лиц органов банковского надзора и центральных банков Бельгии, Канады, Франции, Германии, Италии, Японии, Люксембурга, Нидерландов, Швеции, Швейцарии, Великобритании и США. Как правило, заседания Комитета проходят в Банке Международных Расчетов в Базеле, где расположена штаб — квартира постоянного Секретариата Комитета (Письмо Банка России от 10.07.2001 № 87-Т «О рекомендациях Базельского комитета по банковскому надзору» // «Вестник Банка России», № 44–45, 19.07.2001.

²⁶ Рождественская Т. Э. Правовой механизм реализации базельских принципов банковского надзора в РФ: Монография. — М.: Юридическое издательство ЮРКОМПАНИ, 2011.

актуальным в связи с процессами интеграции в банковском секторе. Так, «в результате слияний появляются банковские группы и холдинги, объединяющие несколько банков, развивается «разделение труда» — одни привлекают, другие размещают, происходит перенос рисков», вследствие чего реальную ситуацию может выявить только консолидированный надзор»²⁷.

Целью составления консолидированной отчетности является установление характера влияния на финансовое состояние кредитных организаций, их вложений в капиталы других юридических лиц, операций и сделок с этими юридическими лицами, возможностей управлять их деятельностью, а также определение совокупной величины рисков и собственных средств банковской или консолидированной группы.

Головная кредитная организация банковской группы по формам, в порядке и сроки, которые определяются Банком России, составляет и представляет в Банк России отчетность, необходимую для осуществления надзора за кредитными организациями на консолидированной основе, а также иную информацию о деятельности банковской группы в соответствии с перечнем, установленным Советом директоров Банка России.

Раскрытию подлежит консолидированная отчетность и аудиторское заключение по ней, а также информация о принимаемых рисках, процедурах их оценки, управления рисками и капиталом.

Обладание максимально полным объемом оперативной информации является необходимой предпосылкой своевременного реагирования регулятора на ситуацию, складывающуюся как на рынке банковских услуг в целом, так и на деятельность банковских групп в частности. Качество и объем имеющейся у регулятора информации определяют эффективность применяемых им мер.

Объединение банков в группу имеет как положительные, так и отрицательные стороны. Это позволяет снижать стоимость кредитных ресурсов, кредитовать более крупных заемщиков, повы-

²⁷ См.: Поздышев В. А. Проект TACIS «Банковской надзор и отчетность» // Деньги и кредит. 2005 № 10. С. 16.

шает уровень информированности кредиторов и снижает риск невозврата займов. С другой стороны, консолидация банков приводит к снижению конкуренции на рынке²⁸, обостряет консолидированные риски банковских групп.

Цели минимизации негативных последствий реализации банковских рисков служат обязательные экономические нормативы. Обязательные экономические нормативы — один из основных инструментов пруденциального банковского регулирования, которым наделён Банк России. Обязательные экономические нормативы можно определить как «требования публичного характера, направленные на поддержание кредитной организацией определенных пропорций показателей деятельности»²⁹.

В ст. 62 Закона о Банке России установлен закрытый перечень экономических нормативов, которые могут быть установлены Банком. Все нормативы из данного перечня применяются и для банковских групп.

Норматив Н 6 рассчитывается с учётом собственных средств банковской группы, её участников. Так, максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков устанавливается для банковской группы в процентах от размера собственных средств (капитала) банковской группы и не может превышать 25 % размера собственных средств (капитала) банковской группы.

Объём требований к участникам банковской группы, в соответствии с нормативом Н 9.1, не должен превышать 50 % размера собственных средств (капитала) банковской группы.

Важнейшим для банковских групп является норматив использования собственных средств (капитала) для приобретения акций (долей) других юридических лиц (Н 12). Для целей такого приобретения банковская группа не может использовать больше 25 % собственных средств. Распространение данного норматива на банковские группы существенно ограничило возможности банков-

²⁸ Носова И. В. Консолидация банковского сектора России // Банковское право. 2014. № 1. С. 47–51.

²⁹ Ерицян А. В. Пруденциальное регулирование и контроль // Банковское право. 2001. № 2. С. 41.

ских групп по финансированию крупных проектов, обеспеченных приобретением участия в создаваемых для проекта юридических лиц. Перераспределение рисков при проектном финансировании с головной кредитной организации на остальных участников группы теперь ограничено данным нормативом, и общий риск группы не может превышать 25 % собственных средств.

Распространение обязательных нормативов на банковские группы имеет огромное значение в придании банковским группам статуса самостоятельного участника рыночных отношений, это значительный шаг в совершенствовании регулирования банковской системы. Ведение учёта и отчётности на консолидированной основе в совокупности с применением обязательных нормативов к банковской группе, как единому субъекту, образуют единую проработанную систему банковского регулирования. Однако пока на банковские группы не распространён запрет на осуществление торговой, производственной и страховой деятельности, предусмотренный ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности данную систему нельзя считать завершённой. Альтернативой предложенному решению может быть отказ от такого ограничения в отношении банков, или разумное его смягчение с одновременным распространением на банковские группы.

Международный опыт и транснациональный банковский надзор

В США около 84 % банков, включая все крупные банки, входят в банковские холдинговые компании^{30 31}. Основными источниками регулирования деятельности банковских холдинговых компаний являются Закон о банковских холдинговых компаниях 1956 г. (далее — Закон 1956 г.), Закон о модернизации финансовых услуг 1998 г. (далее — Закон Грэмма — Лича — Блайли), Закон Додда — Франка «О реформе Уолл-стрит и защите потре-

³⁰ Кураков Л.П., Тимирязов В.Г., Кураков В.Л. Современные банковские системы. Учебное пособие. М., 2000. С. 62–63, 65, 196.

³¹ Шамраев А. В. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США, ЕС и отдельных европейских стран // Банковское право. 2012. № 3. С. 25–37.

бителей» 2010 г.³² и Положение Y ФРС «Банковские холдинговые компании и изменение банковского контроля»³³, которое содержит детализированные правила деятельности банковских и финансовых холдинговых компаний.

Объектом регулирования в праве США выступает не банковская группа в целом, а банковская холдинговая компания, под которой понимается головная организация, прямо или косвенно контролирующая акции банков или других холдинговых компаний, соответствующих определённым признакам³⁴.

Основным регулятором банковских холдинговых компаний в соответствии с Законом 1956 г. является ФРС. Регулирование представляет собой предъявление к холдинговым компаниям требований быть «хорошо капитализированными» (well-capitalized) и "хорошо управляемыми" (well-managed), что коррелирует с российскими методами введения обязательных нормативов и оценки рискованной политики банков.

Примечательно, что в США применяются многие способы осуществления банковского надзора, используемые и в России, а в отношении наиболее крупных холдинговых компаний провозглашается принцип более строго пруденциального регулирования. Так ФРС доступно право на выдачу предписания о реорганизации банковской холдинговой компании путём прекращения собственности или контроля в отношении другой компании. Важным институтом контроля деятельности банковских холдинговых компаний является ограничение на занятие определёнными видами деятельности.

В России такие ограничения используются, однако только в отношении самостоятельных кредитных организаций и важным является вопрос о распространении правила о запрете кредитным

³² Thomas P. Vartanian and Gordon L. Miller, Systemic Regulation of Large Bank Holding Companies Under the Dodd — Frank Act, Bank Accounting & Finance, December 2010 — January 2011. С. 3–7.

³³ Regulation Y, Bank Holding Companies, and Change in Bank Control. URL: www.federalreserve.gov.

³⁴ Шамраев А. В. Правовое регулирование международных банковских сделок на международных финансовых рынках: научное издание. 2-е изд. — М.: КНОРУС; ЦИПСИР, 2010. С. 23.

организациям заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью, и о наложении административной ответственности за нарушение данного правила на банковские группы. Оснований для такого расширения сферы действия данного правила сегодня не имеется, однако представляется логичным распространение такого запрета на банковские группы, с учётом сближения их правового положения с положением отдельных кредитных организаций. Логично предположить, что рассматриваемый запрет был введён для ограничения объёма предпринимательских рисков, которые может принять на себя кредитная организация. Распространение рисков внутри банковской группы таково, что риск одного из участников, в той или иной степени, становится риском другого, риски объединяются и принимают кумулятивный эффект. Неприменение ограничений по допустимым видам деятельности к банковским группам позволяет кредитным организациям с лёгкостью обходить рассматриваемый запрет, а изначальная воля законодателя остаётся нереализованной.

Для Европы характерно регулирование деятельности банковских групп на двух уровнях. На уровне общего регулирования в формате Евросоюза действует Директива Европейского Парламента и Совета 2002/87/ЕС от 16 декабря 2002 г. «О дополнительном надзоре за кредитными, страховыми учреждениями и инвестиционными компаниями в финансовом конгломерате»³⁵ (далее — Директива 2002 г.) и самостоятельный орган — Банковская комиссия. На национальном уровне существует собственное законодательство, соответствующее общим правилам, установленным Директивой 2002 г. и собственное нормативно-правовое регулирование. В Австрии это Закон о банках, во Франции — положения ст.ст. L511-20, L511-34, L511-41 Валютного и Финансового кодекса и Положение Банковской комиссии № 2000-03

³⁵ Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertakings and investment firms in a financial conglomerate and amending Council Directives 73/239/EEC, 79/267/EEC, 92/49/EEC, 92/96/EEC, 93/6/EEC and 93/22/EEC, and Directives 98/78/EC and 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council, O.J. L 035, 11.02.2003. P. 0001 — 0027.

от 6 сентября 2003 г. «о пруденциальном надзоре на консолидированной основе», в Германии — Закон о кредитном деле, а в Италии — Закон о банках³⁶. Интернациональный характер банковских групп и свободное экономическое пространство Европейского союза позволяют делегировать полномочия по осуществлению Банковского надзора от Банковской комиссии национальным органам исполнительной власти и наоборот, а также между национальными органами исполнительной власти³⁷.

В рамках Европейского союза активно используется обмен информацией и содействие в её получении между регуляторами банковских отношений, в том числе в сфере надзора за осуществлением деятельности банковских групп^{38 39}. Данная тенденция была воспринята российским законодательством, и Закон о банках и банковской деятельности, а также Закон о Банке России делают попытку устранить препятствия для обмена информацией между головными организациями (управляющими компаниями) банковских групп (банковских холдингов) и их участниками, а также законодательно закрепить основы взаимодействия Банка России и федеральных органов исполнительной власти, осуществляющих функции по надзору за финансовыми организациями, при осуществлении надзора за деятельностью банковских групп и банковских холдингов. В том числе речь идет и о взаимодействии с иностранными регуляторами.

Теперь Банк России вправе обратиться в центральный банк или иной орган надзора иностранного государства, в функции которого входит банковский надзор, с запросом о предоставлении информации и документов, в том числе содержащих сведения,

³⁶ Некрасов А.И., Прокудина Н.В. Правовое регулирование политики Европейского Союза в области финансовых услуг: монография / — М.: ООО «НБ-Медиа», 2013. С. 108.

³⁷ Понаморенко В.Е., Четвериков А.О., Карпов Л.К. Банковская интеграция в ЕС и ЕЭП: возможности правовой трансплантации / отв. ред. С.Ю. Кашкин. М.: Юстицинформ, 2014. С. 54.

³⁸ Ершов М.В. Мировая финансово-банковская система: риски и проблемы развития // Банковское право. 2013. № 3.

³⁹ Вишневский А.А. Банковское право Европейского Союза. Учебное пособие — М.: Статут, 2000. С. 213.

составляющие банковскую тайну, которые получены ими от кредитных организаций, банковских групп, банковских холдингов и иных объединений с участием кредитных организаций в ходе исполнения ими надзорных функций, включая проведение проверок их деятельности. В отношении информации и документов, которые получены от иностранного регулятора, Банк России обязан соблюдать требования к раскрытию информации и предоставлению документов, установленные законодательством Российской Федерации, с учетом требований, установленных законодательством иностранного государства. Информация и (или) документы, полученные Банком России от иностранного регулятора, могут быть предоставлены третьим лицам, в том числе правоохранительным органам, только с согласия лиц, предоставивших такую информацию, или суду на основании судебного решения, вынесенного при производстве по уголовному делу. Аналогично Банк России вправе предоставить иностранному надзорному органу необходимые им для осуществления банковского надзора информацию и документы, в том числе содержащие сведения, составляющие банковскую тайну, которые получены от кредитных организаций, банковских групп, банковских холдингов и иных объединений с участием кредитных организаций, за исключением сведений, составляющих государственную тайну. Необходимым условием предоставления информации или документов является наличие по законодательству иностранного государства необходимого уровня защиты (соблюдения конфиденциальности) предоставляемых Банком России информации и документов. Он должен быть не меньше, чем предусмотренный законодательством Российской Федерации (ст. 51 Закона о Банке России).

Более того, Закон о Банке России дополнен и надзорными полномочиями Банка России в сфере информационного обмена с регуляторами иностранных юрисдикций (ст. 73 Закона о Банке России). Так, Банк России вправе проверять деятельность расположенных на территориях иностранных государств кредитных организаций, входящих в состав банковских групп и банковских холдингов. В свою очередь иностранный регулятор может полу-

чить доступ в помещения расположенных на территории России кредитных организаций — участников банковских групп, головными организациями которых являются иностранные банки, и к информации об их деятельности при условии письменного согласия данных кредитных организаций — участников банковских групп. О результатах таких посещений указанные органы информируют Банк России.

Анализ международного опыта позволяет сделать некоторые выводы о системе регулирования деятельности банковских групп в РФ. Нельзя сказать, что опора на МСФО является популярной в международной среде при определении оснований возникновения банковских групп, что усиливает позицию о возможности разработки единого понятия холдинговых отношений в РФ. США и исследованные европейские страны осуществляют надзор и применяют меры принудительного воздействия в отношении головных организаций холдинговых объединений, что представляется эффективным, и достойным рассмотрения в качестве проекции на российскую правовую систему. Развитые страны, применяющие такой способ банковского надзора, как запрет на осуществление определённых видов деятельности, распространяют данные нормы на банковские объединения, что также представляет логичным.

Яна Чадаева

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Правовое регулирование минимизации банковских рисков в рамках банковского кредитования

Банковская деятельность является видом предпринимательской деятельности. Вместе с тем, кредитные организации как хозяйствующие субъекты имеют важные особенности, которые позволяют отнести их в отдельную категорию с особым правовым регулированием.

Основным направлением предпринимательской деятельности банка является кредитование. При кредитовании банк принимает на себя риски неисполнения контрагентом своих обязательств по возврату выданных средств и выплате вознаграждения банку. Чрезмерно высокий уровень таких рисков способен, в случае их реализации, вызвать у банка финансовые трудности, вплоть до финансового краха.

В современном мире, где все взаимосвязано, в том числе (и прежде всего) — финансовые системы различных государств, финансовая несостоятельность крупных финансовых институтов может повлечь цепь банкротств других игроков по всему миру, как это случилось в 2008 году. Причиной глобальной финансовой катастрофы 2008 года, как известно, стала высокая рискованность кредитной (ипотечной) банковской деятельности. Кредитный риск можно считать основным риском банковской деятельности, как по его масштабам, так и по высокой вероятности его реализации.

Вопросы идентификации и минимизации банковских рисков (кредитного риска — как основного) год от года набирают актуальность. Но детальное правовое регулирование банковских рисков вызывает трудности, связанные, в первую очередь, с тем, что риски являются экономической категорией и проблемы их определения, оценки и минимизации лежат именно в экономи-

ческой области. Правовое регулирование предполагает определенность, строгость применения и стабильность положений. В то время как риски, являясь экономической категорией, могут менять свои характеристики, состав, систему управления ими, ориентируясь на потребности рынка и развитие экономики.

В таких условиях вряд ли можно говорить о возможности исчерпывающего правового регулирования управления кредитным риском. Тем не менее, правовая работа в этом направлении идет.

Прежде всего, следует уделить внимание формированию понятийного аппарата в области риск-менеджмента, без которого невозможна дальнейшая разработка этого вопроса.

С целью четкого понимания кредитного риска, его содержания и границ, необходимо иметь однозначное определение банковского кредитования для целей управления кредитным риском.

На сегодняшний день в российском законодательстве отсутствует понятие банковского кредитования. Существует гражданско-правовое понятие кредитного договора, где на стороне кредитора может выступать только кредитная организация. Таким образом, с позиций Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) под банковским кредитованием следует понимать лишь те отношения, которые оформлены кредитным договором.

Однако такое «узкое» определение не сможет выполнить свои задачи в регулировании кредитных рисков. В банковском праве в категорию «банковское кредитование» включается более широкий спектр отношений.

Во-первых, в определении банка (ст.1 Закона о банках и банковской деятельности¹) говорится о том, что банк осуществляет не кредитование в узком смысле, а размещает денежные средства, привлеченные во вклады от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, срочности и платности. Термин «размещение денежных средств» имеет широкую экономическую при-

¹ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (с изм. и доп.) // СЗ РФ 05.02.1996, № 6 ст. 492

роду, не ограничиваясь только отношениями, оформленными кредитным договором.

Во-вторых, Положение Банка России от 26.03.2004 № 254-П² (далее — Положение 254-П) устанавливает перечень денежных требований и требований, вытекающих из сделок с финансовыми инструментами, признаваемых ссудами. К ссудам, помимо кредитов (займов) относятся, например:

- размещенные депозиты;
- учтенные векселя;
- суммы, уплаченные кредитной организацией бенефициару по банковским гарантиям, но не взысканные с принципала;
- денежные требования кредитной организации по сделкам финансирования под уступку денежного требования (факторинг);
- требования кредитной организации по приобретенным по сделке правам (требованиям);
- требования кредитной организации (лизингодателя) к лизингополучателю по операциям финансовой аренды (лизинга).

Таким образом, банковский регулятор под ссудой понимает не столько кредит в смысле ст. 819 ГК РФ, сколько различные финансовые операции, осуществляемые банком, которые представляют собой то или иное размещение денежных средств, привлеченных во вклады.

Представляется верным закрепить в банковском законодательстве понятие банковского кредитования с целью исключения терминологического несоответствия между гражданско-правовым понятием кредитования и понятием банковского кредитования, которое несет в себе специфическую смысловую нагрузку. Таким образом, отношения, опосредованные кредитным договором, станут частью банковского кредитования. Определение банковского кредитования целесообразно дать в общем виде со ссылкой

² Положение Банка России от 26.03.2004 № 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности» (ред. от 30.05.2014) // Вестник Банка России, 2004, № 28

на нормативный акт Банка России с перечнем видов банковского кредитования, чтобы при появлении новых или модификации существующих видов банковского кредитования была возможность оперативного внесения изменений в правовое регулирование.

Банк может принимать на себя риски, связанные с финансированием субъектов предпринимательства, выступая, в частности, лизингодателем, гарантом в пользу принципала, финансовым агентом в пользу клиента. Широкое понимание законодателем банковского кредитования выражается в том, что в понятие ссуды, относительно которой банку необходимо сформировать резерв, входят вышеперечисленные денежные требования, так как в каждом случае они являются своеобразным способом финансирования клиента и несут в себе риски потери денежных средств вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения контрагентом своих обязательств.

Вместе с тем, дать иное название (вместо «банковского кредитования») такому размещению денежных средств банком затруднительно. Невозможно, например, применение термина «банковское финансирование», так как финансирование не обязательно осуществляется на условиях срочности, возвратности, платности и может иметь своим источником иные (помимо привлеченных во вклады) средства.

На сегодняшний день в Российской Федерации отсутствует нормативно-правовое определение банковского риска и кредитного риска, в частности.

До апреля 2014 года определение банковских рисков содержалось в нормативном документе Банка России — Положении «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах»³ (далее — Положение Банка России 242-П). Однако теперь абзац, в котором давалось определение банковского риска, утратил силу (Указанием Банка России от 24.04.2014 № 3241-У). Временное отсутствие нормативного

³ Положение Банка России от 16.12.2003 № 242-П «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах» (ред. от 24.04.2014) // Вестник Банка России, 2004, № 7

определения, возможно, связано с планами банковского регулятора принять в ближайшее время нормативный правовой акт, устанавливающий важнейшие понятия банковского риск-менеджмента.

На сегодняшний день определение банковского риска содержится в Письме Банка России «О типичных банковских рисках»⁴ (далее — Письмо Банка России № 70-Т), которое не является нормативным документом. В соответствии с Письмом Банка России № 70-Т под банковским риском понимается присущая банковской деятельности вероятность понесения кредитной организацией потерь и/или ухудшения ликвидности вследствие наступления неблагоприятных событий, связанных с внутренними факторами (сложность организационной структуры, уровень квалификации служащих, организационные изменения, текучесть кадров и т.д.) и/или внешними факторами (изменение экономических условий деятельности кредитной организации, применяемые технологии и т.д.).

В Письме приводятся «типичные» банковские риски, то есть риски, изначально присущие самой банковской деятельности: кредитный риск, страновой, рыночный, фондовый, валютный, процентный, риск ликвидности, операционный риск, правовой, риск потери деловой репутации и стратегический риск.

Возможной причиной отсутствия законодательного перечня банковских рисков является широкое экономическое содержание категории банковского риска. Каждый отдельный вид банковской деятельности, являясь предпринимательской, несет в себе риск. Банковская деятельность включает в себя не только закрытый перечень **банковских операций**, но и разрешенные законодательством **банковские сделки**, в числе которых лизинговая деятельность, доверительное управление, выдача поручительств. Банковские сделки так же, как и банковские операции, носят рисковый характер, но их осуществление не является исключительно банковской деятельностью. Возникает вопрос: банковский

⁴ Письмо Банка России от 23.06.2004 № 70-Т «О типичных банковских рисках»// Вестник Банка России, 2004, № 38

риск — лишь такой риск, который возникает из осуществления банковских операций или банковских сделок тоже?

Решая вопрос о закреплении в законе понятия банковского риска, необходимо определить критерий разграничения банковских рисков и иных. Распространение понятия «банковский риск» на всю предпринимательскую деятельность кредитной организации (и на банковские операции и на банковские сделки) представляется верным, потому что ухудшение финансового положения банка влечет одинаковые последствия для стабильности финансовой системы вне зависимости от природы реализовавшегося риска.

Целесообразно придать законную силу существующему ненормативному определению банковского риска, приведенному выше, и закрепить на законодательном уровне основные системные риски банковской деятельности. Перечень рисков необходимо сделать открытым в связи с тем, что тот или иной банковский риск, являясь экономической категорией, может менять свои характеристики в зависимости от состояния экономики, а закон должен стремиться к стабильности и удобству в использовании.

Если на законодательном уровне необходимо дать перечень основных рисков, сопровождающих банковскую деятельность, то их более подробную характеристику и расширенный перечень банковских рисков необходимо привести в нормативном документе Банка России, например, в виде приложения к документу об установлении правил управления банковскими рисками.

Представляется верным закрепить определение **кредитного риска** в нормативном документе Банка России (наряду с понятиями иных системных рисков) и понимать его в широком смысле: как риск **неисполнения** должником финансовых обязательств перед кредитной организацией, взятых на себя по соответствующему договору.

Наличие широкого разнообразия рисков банковской деятельности требует от банка целенаправленной, планомерной деятельности, не разрозненного набора отдельных мероприятий, а определенной системы управления риском.

В экономической литературе под системой управления рисками понимается совокупность приемов (способов и методов) работы персонала банка, позволяющих обеспечить положительный финансовый результат при наличии неопределенности в условиях деятельности, прогнозировать наступление рискового события и принимать меры к исключению или снижению его отрицательных последствий. Система предполагает выделение следующих элементов управления:

- 1) субъекты управления;
- 2) идентификация риска;
- 3) оценка степени риска;
- 4) мониторинг риска (включает в себя анализ показателей степени риска и методы, направленные на его минимизацию)⁵.

Законодательного определения системы управления банковскими рисками на сегодняшний день нет. Ранее в нормативном акте Банка России (Положении Банка России № 242-П) раскрывалось содержание управления банковскими рисками. Указанием Банка России от 24.04.2014 № 3241-У соответствующая норма утратила силу. Так, под управлением рисками в Положении Банка России № 242-П понималось:

- 1) выявление, измерение и определение приемлемого уровня банковских рисков;
- 2) выявление внутренних и внешних факторов банковской деятельности, влекущих наступление неблагоприятных событий;
- 3) постоянное наблюдение за банковскими рисками;
- 4) принятие мер по поддержанию банковских рисков на уровне, не угрожающем финансовой устойчивости банка.

Таким образом, система управления банковскими рисками должна решать задачу, во-первых, установления приемлемого для банка уровня рисков (основываясь, в том числе, на экономическом положении и финансовой устойчивости банка), во-вторых,

⁵ Банковские риски: учебное пособие / кол.авторов; под ред. О.И. Лаврушина и Н.И. Валенцовой — М.: КНОРУС, 2007, С. 22

отслеживания рисков с использованием приемов их мониторинга и оценки и, в-третьих, минимизации выявленных рисков, сохранения их на приемлемом уровне.

Исключение положений о системе управления из нормативного регулирования Банка России, вероятно, обусловлено планами банковского регулятора на принятие отдельного нормативного правового акта об управлении банковскими рисками.

С недавнего времени законодатель наделил Банк России полномочиями по оценке качества системы управления рисками. Федеральным законом от 02.07.2013 № 146-ФЗ была введена ст. 57.1 в Федеральный закон «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)»⁶ (далее — Закон о Банке России), согласно которой Банк России устанавливает требования к системам управления рисками и капиталом, внутреннего контроля кредитных организаций, а также квалификационные требования к руководителю службы управления рисками, службы внутреннего аудита и службы внутреннего контроля.

Таким образом, Банк России наделен полномочиями по установлению требований к системе управления рисками. В связи с этим в ближайшем будущем можно ожидать появления нормативного документа Банка России, посвященного регулированию системы управления банковскими рисками. В настоящий момент есть лишь проект Указания Банка России «О требованиях к системам управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы», который был опубликован на официальном сайте Банка России 24.07.2014⁷ (далее — Проект Указания, Проект Указания Банка России о системе управления рисками). Управление рисками и капиталом должно осуществляться кредитной организацией путем реализации внутренних процедур оценки достаточности капитала (ВПОДК), направ-

⁶ Федеральный закон «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)» от 10.07.2002 № 86-ФЗ (ред. 29.12.2014) [«Парламентская газета» № 131–132, 13.07.2002]

⁷ Проект Указания Банка России «О требованиях к системам управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы», который был опубликован на официальном сайте Банка России 24.07.2014 // www.cbr.ru [электронный источник]

ленных на всестороннюю оценку кредитной организацией принятых или потенциальных рисков и обеспечение достаточности капитала для их покрытия на постоянной основе. В соответствии с Проектом Указания (п.1.4) кредитная организация разрабатывает ВПОДК, соответствующие характеру и масштабу осуществляемых ей операций, уровню и сочетанию принимаемых рисков. С 2011 года для крупнейших российских банков на уровне рекомендаций Банка России существуют аналогичные положения. Теперь эти подходы будут обязательны для выполнения (в случае издания соответствующего Указания)⁸.

В Приложении к Указанию устанавливаются требования к содержанию внутренних документов банка по управлению рисками. На основании изложенных требований можно сделать вывод о том, что система управления банковскими рисками должна включать:

1. организацию системы лимитов принимаемых рисков и уровень принятия решений по установлению таких ограничений (этап выявления приемлемого для банка уровня риска);
2. идентификацию риска (выявление зон высокой степени риска), а также его количественную оценку и определение потребности в капитале;
3. проведение мониторинга (анализ показателей) принятых рисков и установление методов их снижения;
4. порядок осуществления контроля со стороны органов управления за соблюдением установленных правил, включая систему отчетности по рискам.

Таким образом, система управления банковскими рисками представляет собой совокупность разрабатываемых самой кредитной организацией правил и методик, а также приемов работы соответствующих органов управления, служб и подразделений банка по выявлению приемлемого уровня рисков, идентификации фактических и потенциальных рисков, их надлежащей

⁸ Козлова В., Дементьева С. Банки поставили перед рисками. Контроль за ними станет тотальным и обязательным // Газета «Коммерсантъ», www.kommersant.ru/doc/2534077 [электронный источник]

оценке и применению мер по минимизации рисков. В систему управления рисками целесообразно также включить подготовку и анализ соответствующей отчетности, на основе которой принимаются дальнейшие решения по проведению рискованных банковских операций и сделок и относительно стратегии дальнейшей банковской деятельности.

Банк России в своем Проекте Указания устанавливает общие требования к организации системы управления рисками и их минимизации. Причем кредитным организациям предоставляется свобода установления специальных правил управления рисками.

Кредитный риск является неотъемлемым риском банковской деятельности. Как было отмечено ранее, кредитный риск представляет собой не просто риск невозврата выданных в кредит денежных средств и процентов по ним, но также и риск ненадлежащего исполнения иных финансовых обязательств контрагентов перед кредитной организацией.

Система управления рисками включает в себя следующие элементы:

- 1) идентификация риска;
 - 2) оценка степени риска;
 - 3) мониторинг риска;
 - 4) применение способов управления риском (воздействие на риск с целью его снижения).
1. Идентификация риска, как этап управления банковским риском, заключается в выявлении областей (зон) риска. При идентификации кредитного риска необходимо анализировать риск самого кредитного продукта (например, изменение состояния обеспечения или потребность в дополнительном кредите для достижения поставленной цели) и риск контрагента (например, ухудшение кредитной дисциплины, финансового положения заемщика, снижение качества менеджмента, отказ других кредиторов в предоставлении ему кредита)⁹.

⁹ См. наприм.: Банковские риски: учебное пособие / кол.авторов; под ред. О.И. Лаврушина и Н.И. Валенцовой. — М.: КНОРУС, 2007, С. 24; Макаров И. С. Отраслевые риски кредитования // Банковское кредитование, 2013, № 5, С. 81

2. Оценка кредитного риска представляет собой проведение качественного, вероятностного и количественного анализа. Качественный анализ — это анализ источников и потенциальных зон риска, определяемых реальными факторами, влияющими на него, и завершается присвоением клиенту рейтинговой оценки. При вероятностном анализе на основе статистических данных определяется вероятность неплатежа по кредиту. А количественный анализ риска преследует цель численно определить, формализовать степень риска (путем расчета конкретных показателей)¹⁰.
3. Реализация конкретных методов снижения риска (например, резервирование, диверсификация портфеля, страхование);
4. Мониторинг риска — это процесс регулярного анализа показателей риска и принятия решений, направленных на минимизацию риска при сохранении необходимого уровня прибыльности. Процесс мониторинга включает в себя помимо анализа контрольных показателей риска еще и методы его регулирования¹¹.

Таким образом, в литературе понятие управление кредитным риском понимается в широком и в узком смысле. В широком смысле — весь процесс от идентификации риска до мониторинга и отчетности, а в узком смысле — набор способов и методов снижения кредитного риска, как отдельный этап в общем процессе. Представляется верным понимать под управлением кредитным риском весь процесс в целом. Это облегчит понимание единой логики взаимосвязанных действий по выявлению, оценке, регулированию и мониторингу риска. Более того, широкий подход к пониманию управления кредитным риском обеспечит единообразное и структурированное нормативное регулирование данной категории.

Целесообразным является построение четкой логической схемы управления кредитным риском с помощью разделения ее на основные (обязательные) этапы и возможные дополнительные

¹⁰ Там же

¹¹ Банковские риски: учебное пособие / кол.авторов; под ред. О.И. Лаврушина и Н.И. Валенцовой. — М.: КНОРУС, 2007, С. 27

(на усмотрение самой кредитной организации), а также установить цель каждого этапа. В качестве обязательных предлагается предусмотреть:

- 1) определение размера кредитного риска, который готов принять на себя банк;
- 2) идентификация кредитного риска;
- 3) оценка кредитного риска;
- 4) применение экономических и юридических способов снижения кредитного риска (например, продажа проблемного актива, операции с производными финансовыми инструментами);
- 5) постоянный мониторинг риска.

Правовое регулирование минимизации банковских рисков связано, в первую очередь, с государственным регулированием отдельных аспектов банковской деятельности. Вмешательство государства в осуществление банковской деятельности имеет цель обеспечения стабильности банковской системы и защиты прав вкладчиков и кредиторов. Для достижения этой цели необходимо решить задачу снижения рисков, сопровождающих банковскую деятельность, в частности, путем установления правил, обязательных для всех кредитных организаций.

Пруденциальное регулирование представляет собой систему норм государственно-властного характера, направленную на обеспечение стабильного и надежного функционирования банковской системы в целом, а также на защиту интересов вкладчиков с помощью определения экономических нормативов функционирования банков. Комплекс требований по соблюдению обязательных экономических нормативов и формированию кредитными организациями обязательных резервов является частью программы обеспечения стабильности банковской системы и защиты прав вкладчиков. Эти меры можно назвать «профилактикой» финансовой неустойчивости банка. Соблюдая правила (нормативы) осуществления деятельности, содержащей кредитный риск, банк вынужден каждый раз оценивать объем принимаемого риска, а в некоторых случаях даже вынужден отказаться от осуществления соответствующей сделки. Цель фор-

мирования резервов на возможные потери по ссудам — минимизация кредитного риска и создание такой ситуации, при которой банк в состоянии оперативно реагировать на негативные изменения. Формирование резервов ведет к прочности финансового положения банка, защищая его от финансовых проблем, связанных с неожиданным обесценением выданных ссуд.

Важным способом минимизации кредитного риска является использование кредитной истории с целью оценить платежеспособность клиента. Наличие БКИ частично решает проблему недостатка информации о дисциплинированности и поведении заемщика в прошлом. Осведомленность банка о качестве обслуживания долга потенциальным заемщиком способствует не только снижению кредитного риска на этапе выдачи ссуды, но и снижению процентной ставки по кредиту (размер которой находится в прямой зависимости от уровня кредитного риска и недостатка информации). Однако в силу молодости этого института в России, он пока не может в полной мере решать поставленные перед ним задачи, особенно в случае с юридическими лицами, где свобода договора значительно выше, чем с физическими лицами и клиенты часто отказываются предоставлять соответствующие сведения о себе.

Помимо требований соблюдения обязательных экономических нормативов, обязательного формирования резервов по выданным ссудам и надлежащей системы оценки кредитного риска и достаточности капитала, существуют другие способы минимизации кредитного риска. К ним относятся, в частности: эффективная организация корпоративного управления в банке, кредитное страхование, обеспечительные сделки.

Особым способом минимизации кредитного риска является «кредитное страхование». При выдаче кредита физическому лицу кредитные организации всё чаще предлагают клиенту присоединиться к программе добровольного страхования — застраховать свою жизнь, здоровье, риск потери заработка, что выполняет функцию обеспечения исполнения заемщиком своих обязательств. Сам банк не имеет права заниматься страховой деятельностью (ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности), но нет

запрета на выполнение им роли посредника при страховании, находя страховой компании клиентов и взимая комиссию за оказание такой услуги, банк, в то же время, является выгодоприобретателем. Более того, часто страховые компании входят в одну банковскую группу с кредитной организацией, и возникает ситуация, при которой банк влияет на деятельность страховой компании, обладая, например, значительной долей в ее управляющей компании. С точки зрения минимизации банковских рисков, и кредитного риска в частности, это негативная практика, потому что банк в данном случае, по сути, осуществляет страховую деятельность и принимает на себя риски, на которые не распространяется банковское нормативное регулирование.

Таким образом, помимо государственно-властных, есть и другие предусмотренные законодательством способы минимизации кредитного риска. Все эти институты опять же ориентированы на надлежащую оценку кредитного риска и предварительные действия, направленные на гарантию возврата денежных средств контрагентом.

Например, институт кредитных историй, который был основан в России сравнительно недавно, служит фактором, снижающим кредитный риск при принятии решения о выдаче ссуды. Сам кредитный договор служит инструментом установления выгодных для кредитора условий, предусматривающих его право на оперативное реагирование в случае ненадлежащего поведения клиента, на покрытие убытков и так далее. Более того, в кредитные договоры могут включаться пункты о страховании жизни и здоровья заемщика (физического лица) или заложенного имущества.

Сделки по обеспечению, предусмотренные гражданским законодательством, также снижают кредитный риск за счет возможности возмещения задолженности клиента из стоимости его имущества (залог) или третьим лицом (поручительство, гарантия).

Таким образом, в российском законодательстве зарождается культура регулирования управления банковскими рисками. Кредитный риск является основным риском кредитной организации. Целесообразно дать определение такого риска и описание вызывающих его факторов в нормативном акте Банка России.

Для повышения качества управления кредитным риском следует обратить внимание на систему управления банковскими рисками в целом, закрепить основные этапы управления и критерии оценки качества системы надзорным органом. Также следует уделить внимание кредитному договору, как способу минимизации кредитного риска. Этот инструмент содержит большой потенциал по созданию выгодных для кредитора условий, снижающих риск невозврата денежных средств. Следует также действовать в направлении развития института кредитных историй, как эффективного способа удостовериться в дисциплинированности и платежеспособности клиента, при решении о выдаче ссуды.

Роман Янковский

*Ассистент кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Новое в законодательстве об инвестиционном товариществе

Потребности венчурного инвестирования

До 2014 года в России не было удобных форм для инвестиций в инновации (то есть для венчурных инвестиций). Основная проблема — в России все юридические лица (и общества, и товарищества) платят налог на прибыль организаций, предусмотренный главой 25 Налогового кодекса. Это значит, что создание любого инвестиционного фонда в форме юридического лица предполагает выплату налога на прибыль. Это снижает доход инвесторов фонда по сравнению с юрисдикциями, где инвестиционные фонды налога на прибыль не платят. 15–20 % налога являются весьма критичными для них. Почему?

В «обычном», отраслевом бизнесе полученные доходы в основном расходуются на текущую деятельность и расширение деятельности, что снижает базу налога на прибыль. У инвестиционных фондов (особенно венчурных) другая модель работы: они привлекают средства инвесторов, вкладывают их, а затем возвращают. В этом случае прибылью становится все полученные фондом средства, а их распределение означает уплату вначале налога на прибыль фондом, а затем налогов инвесторами (после распределения).

Еще раз: с точки зрения налогового законодательства, фонд сначала получает прибыль в виде вложений инвесторов (если сразу не тратит их). Затем он возвращает вложения и снова получает прибыль. После этого он распределяет прибыль, и инвесторы получают доход. Следовательно, если фонд структурирован как корпорация, эти денежные потоки многократно облагаются налогами.

Для сравнения, сделки ограниченных партнерств (Limited partnerships) и еще ряда организационно-правовых форм в США рассматриваются как сделки самих партнеров. Соответственно, в таком партнерстве налоги участники платят самостоятельно. Это исключает двойное налогообложение, а также позволяет уменьшить налоговую базу партнера на величину его первоначальных вложений в общее дело.

С точки зрения общего права такой подход весьма последователен. Корпорация означает отдельное лицо со своей ответственностью и налогами; некорпоративные организационно-правовые формы, наоборот, совместной деятельностью не формируют самостоятельного юридического лица¹. Если ограниченная ответственность не важна (скажем, для инвестиционного фонда), можно снизить налоги, отказавшись от отдельного юридического лица.

Простое товарищество

Российское законодательство, как я уже отмечал, не связывает ограниченную ответственность и налогообложение. Из-за этого товарищества на вере и полные товарищества сильно проигрывают корпорациям в привлекательности: они являются юридическими лицами, платят все налоги, но при этом их участники несут ответственность по обязательствам товарищества.

До 2011 года в российском праве существовала лишь одна «прозрачная» форма совместной деятельности — простое товарищество (иначе договор о совместной деятельности, глава 55 Гражданского кодекса РФ). «По умолчанию» этот договор не дает никаких преимуществ по сравнению с индивидуальным ведением дел и в силу этого он не пользуется популярностью среди предпринимателей².

¹ Подробнее см. напр. Deborah E. Bouchoux. Business Organizations for Paralegals. Aspen Publishers, 2009. P. 35

² Простые товарищества не подлежат государственной регистрации, поэтому сложно сказать об их популярности. Однако автор за свою практику ни разу с ними не сталкивался. Доказательства можно найти и в малом распространении хозяйственных товариществ: полных, по данным ЕГРЮЛ, в 2015 году осталось не более 550, на вере — не более 500.

Почему «прозрачная» форма простого товарищества не подходит для венчурных инвесторов? Во-первых, предусмотрена неограниченная солидарная ответственность всех участников договора. Это означает, что кредитор товарищества может требовать от его любого из участников возврата долга как частично, так и полностью. Следовательно, инвесторы находятся в неравном положении. Во-вторых, существует ничем не ограниченное право выхода товарищей из договора. Указанные в законе «уважительные обстоятельства», и обязательство возместить реальный ущерб вряд ли остановят инвестора.

При всех ее недостатках, только форма простого товарищества имела налоговую прозрачность в российском законодательстве. Поэтому именно она была избрана как основа для новой, адаптированной для венчурного инвестирования формы совместной деятельности. Закон «Об инвестиционном товариществе»³ был принят в 2011 году. Авторы руководствовались в первую очередь американским аналогом — Limited Partnership.

Инвестиционное товарищество

Инвестиционное товарищество является договором о совместной деятельности как и простое. От простого товарищества оно отличается:

- Сферой применения — только инвестиционная деятельность;
- Большей проработкой (принят отдельный Федеральный закон);
- Несколькими формами участия (одно из них предполагает ограниченную ответственность участника);

Оригинальным механизмом квазипубличного нотариального хранения.

Договор инвестиционного товарищества, в отличие от договора простого товарищества, подлежит нотариальному заверению и хранится у нотариуса по месту нахождения уполномоченного товарища (ведущего бухгалтерский и налоговый учет).

³ Федеральный закон от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе». www.publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201111290003

Нотариус обеспечивает минимальный уровень публичности договора для желающих ознакомиться с ним.

В инвестиционном товариществе существует два основных вида участников. Во-первых, это товарищи-вкладчики, которые ограниченно участвуют в управлении, не отвечают по общим обязательствам за пределами вкладов. Во-вторых, это управляющие товарищи, осуществляющие инвестиции («ведение общих дел») и иные расходы во благо товарищества. При этом договор, заключенный управляющим, должен содержать реквизиты товарищества и указание на его природу: в противном случае управляющий будет нести ответственность самостоятельно.

Один из управляющих товарищей, как упоминалось выше, имеет дополнительные полномочия: ведет отчетность, фигурирует в реестрах от имени товарищества, управляет счетами.

Изменения в 2014 году

Закон в первоначальной редакции содержал ряд неточностей, которые вкупе с отсутствием практики лишили инвесторов интереса к форме инвестиционного товарищества. Однако в отличие от формы хозяйственного партнерства, обреченность которой стала понятна вскоре после появления⁴, государство в лице Российской ассоциации венчурного инвестирования и Российской венчурной компании сформировало рабочую группу по доработке законопроекта и устранению его недостатков. В 2014 году поправки в закон были приняты. Рассмотрим наиболее существенные из них.

Изменения терминов

В первую очередь бросается в глаза упрощение терминологии закона. Я имею в виду «товарищей-вкладчиков»: так теперь просто и понятно называются «товарищи, не являющиеся управляющими». Понять смысл статей закона стало значительно

⁴ См. Протокол Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ от 27 июня 2011 г. № 97 // Вестник частного права, 2011, № 4. С. 211.

проще. Впрочем, в ч. 3 ст. 17 старое определение осталось — то ли по невнимательности, то ли из-за ошибки автозамены⁵.

Конечно, «товарищи-вкладчики» — не единственное возможное упрощение. «Уполномоченный управляющий товарищ», «данное товарищество», «расходы на ведение общих дел», «вклады в общее дело» сложнее понять, чем традиционные «полный товарищ», «расходы товарищества», «складочный капитал». Но законодатель находится между двух огней (точнее, инквизиционных костров): с одной стороны, институт общего права предстоит имплементировать в российскую правовую систему (и при этом нельзя создать ложные отсылки к действующим институтам континентального права). С другой стороны, за любую терминологическую нестыковку с радостью ухватятся консервативные критики.

Отчасти поэтому и появляются такие монстры, как «зарегистрированным лицом в реестре участников договора инвестиционного товарищества, доля в праве собственности на общее имущество товарищей которого входит в состав общего имущества товарищей данного инвестиционного товарищества, является уполномоченный управляющий товарищ данного инвестиционного товарищества»⁶.

Ответственность вкладчиков

Говоря о содержательных изменениях, следует отметить ограничение ответственности товарищей-вкладчиков. Теперь они несут ответственность лишь по налоговым обязательствам (поскольку законодательство о налогах и сборах не допускает ограничения ответственности физических лиц). Спорное (и пугавшее инвесторов) положение об ответственности всех товарищей перед гражданами (не предпринимателями) исключили. Дополнительно была внесена норма, запрещающая товарищам заниматься чем-либо, кроме совместной инвестиционной

⁵ Еще одну такую же ошибку удалось выловить между первым и вторым чтением — см. абз. 4 Заключения ПУ Аппарата ГД ФС РФ от 18.12.2013 № 2.2-1/6218

⁶ Ч. 9 ст. 10. Создатели закона, похоже, сами запутались в формулировках этой части — и пропустили лишнее слово «данный» в соседнем абзаце (ч. 10).

деятельности под угрозой личной неограниченной ответственности по сделке⁷.

Также внесены положения о дополнительной ответственности после выхода из товарищества. Она распространяется на управляющих товарищей по совершенным ими сделкам.

Индивидуальные предприниматели

С 2014 года в инвестиционном товариществе запрещено участвовать физическим лицам — даже в форме индивидуальных предпринимателей. Создатели закона нигде не комментировали это нововведение: даже в обширной пояснительной записке оно не упомянуто.

Вероятнее всего, исключение индивидуальных предпринимателей закрывает ряд возможностей для манипуляций с законом. Скажем, ИП могли таким образом бесконечно снижать налогооблагаемую базу, передавая имущество товариществу. Возможно, законодатель не оценил перспектив ограничения ответственности индивидуальных предпринимателей — членов товарищества. Противоречия возникают и в связи с банкротством предпринимателей, состоящих в товариществе.

В любом случае, основания должны были быть достаточно вескими, чтобы исключить из участия в товариществах индивидуальных инвесторов (на западе они составляют большой процент⁸). Юридические лица-вкладчики будут вынуждены заплатить налоги с инвестиционных прибылей; таким образом, ценность «прозрачности» товарищества сильно упала.

Доверенность на ведение общих дел

В первоначальной версии закона статус управляющего определялся не только договором, но также выданной остальными товарищами доверенностью. Эти положения дублировали друг друга

⁷ Ч, 3.1 ст. 14

⁸ Согласно статистике Европейской ассоциации прямого и венчурного инвестирования (EVCA), в 2014 году 7,2% капитала венчурные фонды получили от частных лиц. Также 5,9% было получено от семейных инвестиционных компаний (family offices) <http://goo.gl/5BKgRq>

как с точки зрения теории, так и с точки зрения законодательства (в соответствии со ст. 1044 Гражданского кодекса при наличии договора выдача доверенности является излишней). В новой версии закона доверенность на ведение общих дел отменена.

Аналогичный механизм предусмотрен нормами о партнерствах в США: обязанности партнерства возникают в силу агентских отношений между полномочным партнером и остальными участниками. Агент должен указать, что действует от имени и за счет принципала, и в случае умолчания об этом, сам несет полную ответственность. Эти отношения опосредуются самим договором и не требуют дополнительного закрепления⁹.

В соответствии с новой редакции закона в отношениях с третьими лицами управляющий товарищ должен:

Раскрыть индивидуальные признаки договора товарищества;

Указать, что договор заключен от имени и в интересах всех товарищей;

Взять на себя обязанность уведомить в контрагентов о прекращении договора инвестиционного товарищества в течение трех дней (ранее — 30 дней);

Также в новой редакции закона:

Появилось требование указывать в договорах с третьими лицами сведения о месте нахождения нотариуса товарищества;

Исключена обязанность включать в договоры сведения о совокупной стоимости общего имущества товарищей и количестве неоплаченных долей.

Расширение диспозитивности

В новой редакции закона исчез ряд императивных норм. Так, признано допустимым ограничивать право участия управляющего товарища в других договорах (по аналогии с товариществом на вере: п. 3 ст. 82 ГК). Интересно, что авторы первой версии закона «Об инвестиционном товариществе» называли правило, установленное в статье 82, одним из основных препятствий для

⁹ Revised United Partnership Act, § 301 (1). См. также Daniel S. Kleinberger. Agency, Partnerships, and LLCs: Examples and Explanations. Aspen, 2008. P. 311.

венчурных инвесторов, из-за которого они не используют форму товарищества на вере¹⁰.

Уточнен ряд положений об инвестиционном комитете товарищества. В частности, решения инвестиционного комитета могут приниматься не по принципу «один человек — один голос», а иначе. Это значительно расширяет возможности управления в товариществе.

В договоре теперь можно распределять отдельные полномочия между управляющими товарищами. Ранее управляющие товарищи совместно вели дела товарищества.

Договором инвестиционного товарища может быть ограничен объем информации, предоставляемой товарищам для ознакомления. Ранее такие ограничения не допускались.

Закон разрешил товариществам приобретать ценные бумаги на открытом рынке и доли в иностранных компаниях: ч. 2 ст. 2 гласит, что «ценные бумаги иностранных эмитентов могут являться объектами инвестирования в случае осуществления совместной инвестиционной деятельности при условии, что указанные ценные бумаги могут быть допущены к размещению и (или) публичному обращению в Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации о ценных бумагах».

Выход и присоединение к договору

В соответствии с новыми положениями закона, управляющий товарищ с согласия остальных может передать свои права и обязанности третьему лицу. Ранее такое положение считалось ничтожным.

Теперь в договоре можно указать срок, условия и порядок заявления управляющего о намерении передать свои права и обязанности по договору, а также порядок утверждения остальными товарищами такого решения. Передача прав и обязанностей

¹⁰ Как гласит пояснительная записка к первой версии закона, «это автоматически исключает возможность создания «пула» инвестиционных фондов под управлением одного управляющего, что является неотъемлемым свойством венчурной инвестиционной деятельности».

управляющего товарища не прекращает действие договора инвестиционного товарищества.

В случае правопреемства управляющий товарищ не должен получать согласие остальных. Однако в этой ситуации они могут отказать правопреемнику, выплатив ему стоимость доли в праве собственности на общее имущество товарищей в соответствии с договором.

Также в закон внесены поправки, касающиеся заключения договора инвестиционного товарищества путем присоединения к нему. Управляющий товарищ и новый участник в этом случае заключают отдельное соглашение о присоединении, которое содержит условия, порядок и сроки внесения новым членом вклада в общее дело. Такой порядок сильно упрощает присоединение к договору: нет необходимости заверять у нотариуса договор со всеми членами товарищества.

Внесение неденежных активов

В новой редакции закона существенно упростили внесение неденежных активов в общее имущество товарищества. Ранее такой вклад могли вносить лишь управляющие товарищи. Предполагалось, что вклад управляющих товарищей — интеллектуальная собственность либо иной неденежный вклад — требуется, чтобы уравновесить денежные вклады инвесторов.

С 2014 года неденежный вклад имеет право внести любой товарищ. При этом не требуется обязательная профессиональная оценка: в договоре инвестиционного товарищества может быть предусмотрен и иной способ оценки. Более того, в состав общего имущества товарищей может быть внесено имущество, находящееся как на праве собственности, так и на праве доверительного управления.

Остальные изменения

Были также внесены и менее значительные изменения в закон. Так, было конкретизировано, могут ли товарищи-вкладчики участвовать в ведении общих дел товарищества (могут). Уточнено, как товарищество отражается в государственных реестрах

(например, в реестре прав на недвижимое имущество) — отражается уполномоченный управляющий товарищ и реквизиты договора. Товариществам было прямо разрешено иметь несколько счетов и размещать средства на депозитах. Уполномоченного управляющего товарища обязали предоставлять сведения из реестра участников договора государственным органам и так далее.

Заключение

В целом можно сделать вывод, что форма инвестиционного товарищества законодателем не забыта и не заброшена. Ведутся доработки закона, его положения конкретизируются. Однако доработки и разъяснения законодательства — это лишь та часть закона, которая меняется «сверху». Гораздо сложнее лоббистам будет преодолеть страх судов перед новой организационно-правовой формой, не говоря об убеждении самих инвесторов перейти в российскую юрисдикцию.

Для заметок

Для заметок

Для заметок

**Право и экономика
в современном мире**
(Актуальные проблемы
предпринимательского права)

Выпуск V

Ответственный редактор — к.ю.н. *А. Е. Молотников*

Редактор *Т. К. Жарикова*

Менеджер проекта *Р. М. Янковский*

Корректор *А. А. Медведева*

Дизайн и оформление *С. А. Заньков*

Верстка *Р. Г. Набиев*

Подписано в печать 00.00.2015. Формат 60×90/16.
Гарнитура «Charter СТТ». Печать офсетная. Бумага офсетная.
Усл.-печ. л. 11,25. Тираж 000 экз. Заказ № 000.

**Автономная некоммерческая организация
«Центр поддержки бизнес-инициатив Стартап»**

119992, Москва, Ленинские горы, вл. 1, стр. 75Г
(Научный парк МГУ)

Тел.: +7 (495) 585-76-09

books@strtp.ru

www.books.strtp.ru

Отпечатано в типографии «Буки Веди»

ISBN 978-5-9904334-7-2



9 785990 433472 >