

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

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Сборник статей. Выпуск III
Под редакцией к.ю.н. А. Е. Молотникова



Москва, 2013

УДК 346+347.7(082)
ББК 67.404я43
А43

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

А43 Актуальные проблемы предпринимательского права:
Выпуск 3 / под ред. канд. юрид. наук А. Е. Молотникова. —
М.: Стартап, 2013. — 156 с.

ISBN 978–5-9904334–1-0

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 978–5-9904334–1-0

© Коллектив авторов, 2013
© АНО «Стартап», 2013

Содержание

Предисловие	4
Вступительное слово	6
Александр Булавинов. Сравнительно-правовое исследование проблем ответственности членов в товариществах и партнерствах по законодательству РФ и в странах ЕС.....	7
Елена Гаврилина. Договор поставки нефти с объектов нефтедобычи на нефтеперерабатывающие заводы внутреннего рынка по системе магистральных нефтепроводов ОАО «АК Транснефть».....	21
Кирилл Григорьев. Правовое регулирование инвестиционных механизмов в российском и зарубежном законодательстве.....	32
Александр Коньков. Акционерное соглашение в России: последствия нарушения	47
Александр Копылов. Правовое регулирование банковской деятельности в Швейцарии.....	63
Александр Молотников, Роман Янковский. Утилизация автомобилей в странах ЕС: построение механизма экономико-правового взаимодействия	73
Кирилл Николаев. Субъекты профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей: правовые вопросы	84
Сергей Ренжин. Гендерные квоты в советах директоров компаний	93
Мария Сизова. Реорганизация хозяйственных обществ: особенности эмиссии облигаций и опционов.....	104
Дмитрий Текутьев. «Золотой парашют» как средство повышения эффективности деятельности членов органов управления хозяйственных обществ	113
Екатерина Хальзова. Кластеры: вопросы правового регулирования в Российской Федерации	124
Андрей Черкашин. Некоторые концептуальные проблемы правового регулирования «публичных поглощений» открытых акционерных обществ в России	137
Александра Чиненова. Особенности государственного регулирования отношений по транспортировке газа по магистральным трубопроводам в России и США.....	146

Предисловие

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

Статьи сборника подготовлены авторами по результатам проводимых ими научных исследований, конференций и семинаров.

Особо следует отметить стремление авторов помимо изучения и анализа отечественных законодательства и практики, провести также сравнительно-правовой анализ зарубежного опыта. Например, в работе, посвященной исследованию проблем ответственности в товариществах и партнерствах, был изучен опыт таких стран, как Великобритания, Франция, Германия и Италия. Сравнительно-правовой анализ был также проведен в статьях, посвященных правовому регулированию инвестиционных механизмов в Российской Федерации, Германии и Великобритании; государственному регулированию отношений по транспортировке газа по магистральным трубопроводам в России и США.

Большинство авторов в своих работах опираются на практический опыт в исследуемых сферах. Интересной с этой точки зрения представляется работа Гаврилиной Елены, в которой проводится анализ договора поставки нефти с объектов нефтедобычи на нефтеперерабатывающие заводы внутреннего рынка на примере компании ОАО «АК Транснефть».

Стоит отметить, что в сборнике рассматриваются проблемы, которые являются мало исследованными в отечественной юридической науке. Так, например, интересными представляются вопросы о гендерных квотах в совете директоров компаний, проблемы правового регулирования кластеров в Российской Федерации.

Традиционно авторами уделяется значительное внимание корпоративным отношениям, правовому регулированию рынка ценных бумаг: рассматриваются вопросы нарушения акционерных соглашений; эмиссии облигаций и опционов в процессе реорганизации хозяйственных обществ; использования «золотого парашюта» как средства повышения эффективности деятельности членов органов управления

хозяйственных обществ; рассмотрены некоторые проблемы правового регулирования «публичных поглощений» открытых акционерных обществ в Российской Федерации.

Молодыми учеными активно используется отечественная и зарубежная литература, судебная практика. Отдельного внимания заслуживают попытки авторов предложить собственные решения возникающих правовых коллизий.

Ряд статей написан в соавторстве с преподавателями, что можно только приветствовать. Так, особо стоит отметить работу преподавателя кафедры предпринимательского права А. Е. Молотникова и аспиранта кафедры Р. Янковского, которая посвящена достаточно интересному вопросу утилизации автомобилей в странах ЕС.

Следует приветствовать научное сотрудничество молодых ученых Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова и Казанского (Приволжского) Федерального университета.

Работы молодых исследователей, безусловно, заслуживают самой высокой оценки.

*Е. П. Губин,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Вступительное слово

Главная особенность этой книги состоит не только в том, что для большинства авторов это первый опыт публикации своих научных работ. 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 два предыдущих выпуска данного сборника. Огромный вклад в работу над книгой внес **Роман Янковский**, который руководил деятельностью корректоров, разработчика дизайн-макета и верстальщика. **Константин Гузанов** активно координировал деятельность типографии. **Анне Гавриловой** выпала нелегкая доля взаимодействия с авторами. Она с честью вышла из этого испытания, добившись от авторов главного — своевременного получения статей и их исправлений.

Необходимо отметить неоценимую помощь, оказанную членом Совета выпускников кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова **Игорем Юрьевичем Мухачевым**. Если бы не его поддержка, идею публикации книги можно было бы надолго отложить.

И, конечно же, необходимо поблагодарить всех научных руководителей, помогавших студентам и аспирантам в написании научных статей, 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*

Александр Булавинов

выпускник кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Сравнительно-правовое исследование проблем ответственности членов в товариществах и партнерствах по законодательству РФ и в странах ЕС

Введение

Внимательное изучение проблем современного права в любой из отраслей, в частности в комплексной среде предпринимательского права, неминуемо приводит к изучению причин применения инновационного подхода к реформированию законодательства, приведению его в соответствие с требованиями не только международной практики, но и текущих потребностей предпринимателей. В связи с последними событиями в сфере реформирования Гражданского законодательства как никогда становится актуальна проблема статуса юридического лица как участника хозяйственных отношений во многих отраслях деятельности. Новые специфические требования осуществления современных венчурных и иных проектов, совмещенных с большими рисками, требуют от отечественного законодателя действий по адаптации форм ведения бизнеса, которые уже показали себя успешными на иностранных рынках. Именно поэтому на основе¹ Единообразного закона США о партнерстве с ограниченной ответственностью (Uniform Partnership Act Ch. 614 Limited Liability Partnership) и иных законах и актах было подготовлено несколько федеральных законов, уже вступивших в силу в 2012 году.

Проблемы ответственности в товариществах сами по себе являются интересной темой для изучения, однако, анализ двух новых федеральных законов на соответствие Европейской практике сможет не только выявить наиболее слабые звенья в защите интересов товарищей и партнеров, но и решить одну из ключевых проблем, существующих на данный

¹ Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 3 декабря 2011г. №380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (постатейный). М.: Деловой двор, 2012, СПС Консультант Плюс.

момент — недостаток инвестиционной привлекательности бизнес-проектов в Российской Федерации.

Целью исследования является непосредственно изучение новейших федеральных законов на примере Европейского законодательства для того, чтобы понять, насколько качественно законодатель подошел к выявлению проблемных зон в существовавшем законодательстве и были ли сделаны первые шаги к появлению новых организационно-правовых форм, специфичных для обозначенной инвестиционной и венчурной деятельности. На примере полных товариществ, объединений и иных форм ведения дел, известных западной практике, можно будет заметить, что отечественное законодательство в вопросах создания удобных механизмов взаимодействия для бизнеса очень близко подошло к лучшим явлениям мировой практики.

В статье затронуты следующие темы:

1) Выделение ключевых особенностей ответственности товарищей и партнеров в существующих в Европе — а) Товариществах в виде негласных объединений, б) Полных товариществах;

2) Выделение особенностей регулирования проблем ответственности в Российской практике на основе а) Простого товарищества б) Хозяйственного партнерства с) Инвестиционного товарищества;

3) Сравнительный и критический анализ отдельных моментов.

А. Товарищества в законодательстве европейских стран

На сегодняшний день во всех странах-членах Европейского союза такая форма хозяйствующего субъекта, как товарищество (или партнерство), сохраняет свое огромное значение. В особенности это заметно в таких областях ведения предпринимательской деятельности, как розничная торговля, строительный бизнес, сельское хозяйство и туризм. Товарищество в Европе может принимать не только форму совместного ведения дел без заключения какого-либо формального соглашения. В то же время возможны партнерства на уровне крупного бизнеса с большим количеством членов, в которых существует не только формальное соглашение о совместном ведении дел, но и сложная структура корпоративного управления.

Одним из ключевых преимуществ была и остается фискальная прозрачность бизнеса. Например, особенности статуса товариществ

и партнерств по законодательству Германии одно время помогали избегать ежегодного предоставления бухгалтерской и налоговой отчетности¹.

В то же время одной из характерных черт товариществ в Европе является возможность приобретения таким хозяйствующим субъектом статуса юридического лица, что, в частности, находит свое закрепление в законодательствах стран-членов Европейского Союза (например во Франции, Бельгии и Испании²) даже вопреки тому факту, что лишь некоторые участники товариществ обладают неограниченной ответственностью. Фактически исследование проблем ответственности ставит своей целью показать, как особенности структуры товарищества или партнерства влияют на ответственность каждого конкретного участника данного образования. Тенденция к появлению новых юридических лиц прочно связана с таким явлением, как не отвечающие всем своим имуществом партнеры, участвующие в распределении прибыли. Перед тем, как рассмотреть отечественные примеры товариществ и партнерств, в особенности их новые виды, следует обратить пристальное внимание на ключевые особенности подобных образований в Европейском союзе.

1. Некоммерческие объединения

Отдельным пунктом стоит отметить существование некоммерческих товариществ (*civil partnerships*). Такие хозяйствующие субъекты не имеют предпринимательской цели и не предназначены для ведения подобной деятельности, поскольку эта особенность заложена не только в учредительной документации, но и в национальном законодательстве, чаще всего в Торговом или Коммерческом кодексах³.

В частности, во Франции подобные организации создаются на основании ст. 1842 Гражданского кодекса. В Германии, в случае осуществления совместной деятельности группой лиц или объединением неких групп лиц, а также в том случае, если не была выбрана ни одна из форм ведения бизнеса, это объединение считается именно таким видом товарищества и называется *Gesellschaft burgerlichen Rechts (GbR)*. Верховный

¹ Andenas M., Wooldridge F. "European comparative company law", — Kindle Edition — May 1, 2010, стр. 101.

² Act of 24 February 2000 transposing, inter alia, Directive 90/605 into German Law [2000] Federal Gazette I 154.

³ Dabbah M. "International and comparative competition law", — Kindle Edition — august 1, 2010, стр. 165.

суд Германии в 2001 году высказывался по вопросам приобретения партнерствами, основанными на совместной деятельности, статуса юридических лиц и всей полноты такого статуса, в частности, возможности быть истцом и ответчиком в суде. Подобное решение породило немало споров¹. Наряду с этим было принято решение об индивидуальной ответственности каждого отдельного участника товарищества перед третьими лицами².

Однако в последнее время прослеживается тенденция к постепенному отказу от такой формы ведения дел, поскольку ей на смену приходят более простые структуры, в частности, известная Итальянскому праву *societa semplice*.

2. «Молчаливые» товарищества и иные формы товариществ

Отдельной строкой в законодательстве и практике многих Европейских стран прописана идея существования «молчаливых товариществ» (*silent partnerships*). Отдельным интересным моментом в определении их статуса, а также правового положения их членов, является тот факт, что членство в таких товариществах не регистрируется, как и само создание таких товариществ. Более того, отсутствует обязанность уведомления третьих лиц о членстве в таких субъектах³.

Немецкому законодательству также знакома подобная форма ведения бизнеса, однако условия входа в состав товарищей могут существенно отличаться. В немецком варианте (*Stille Gesellschaft*) товарищество образуется в том случае, когда лицо участвует в коммерческой деятельности другого лица путем передачи последнему некоего имущества. Только лицо, которое теперь является собственником средств, получает комплекс прав и обязанностей, связанных с ведением дел и заключением сделок на основе того имущества, которое оно получило. Хозяйствующий субъект именуется «молчаливым партнерством», потому что он не включается в Государственный реестр, и о его существовании практически невозможно получить информацию. Ранее такая форма использовалась в целях получения налоговых льгот, поскольку партнер, который участвовал в деятельности посредством предоставления имущества, мог

¹ BGH, judgment of 29 January 2001, II ZR 331/00, reported in BGHZ 146, 341.

² BGH, judgment of 7 April 2003, II ZR 56/02, reported in BGHZ 154, 370.

³ Article 1872–1 of the French Civil Code.

не только участвовать в прибылях, но и нести определенную ответственность. При этом размер ответственности мог быть как меньше его доли, так и вообще равняться нулю, что предусматривалось соглашением о совместном ведении дел¹. С другой стороны, совершение определенных сделок может потребовать не только уведомления всех членов товарищества, но и получения их согласия в случае распоряжения имуществом товарищества.

Статьи 46–54 Бельгийского закона о компаниях предусматривают три формы товариществ. При этом ни одна из них не предполагает образования юридического лица. На два типа товариществ распространяются требования ответственности по всем своим обязательствам. У них могут быть поименованные коммерческие и некоммерческие цели создания. Причем одна из форм такого товарищества — *societe momentanee*, чаще всего создается для проведения совместных действий несколькими лицами, например, для создания совместных предприятий. Третий тип товариществ предусматривает проведение сделок от имени определенных членов товарищества, которые наделены управленческими полномочиями, а также могут иметь определенный набор полномочий по управлению имуществом. Интересным представляется момент расщепление статуса управляющего члена и члена товарищества. Если сделка не была одобрена членами или если действия партнера не имели цели получения товариществом прибыли, то обязанности по такой сделке не распространяются на иных членов товарищества. То есть если обязательства возникли на основании действий одного из членов товарищества, то такие обязательства не распространяются на других членов, однако это происходит лишь в случае, если не было получено согласия членов на выполнение таких действий. Также интересны положения статей 52–53 упомянутого акта, поскольку в случае некоммерческой деятельности товарищества, члены отвечают по обязательствам в пределах своей доли в товариществе, а в случае наличия коммерческой цели и проведения соответствующей деятельности, члены отвечают по обязательствам солидарно и субсидиарно. При этом партнеры в командитном типе товарищества законодательно защищены от ответственности по обязательствам товарищества.

Несмотря на тот факт, что «*silent partnerships*» признаются не во всех правовых порядках, наличие или отсутствие договоренностей даже

¹ Dabbah M. “International and comparative competition law”, — Kindle Edition — august 1, 2010, стр. 166.

в устной форме может служить юридическим фактом, который поможет в процессе разбирательства на реальном судебном слушании. В резонансном деле по иску Березовского Б. А. к Абрамовичу Р. А. Лондонский суд пришел к выводу об отсутствии формальных связей предпринимателей в бизнес-сфере и, как следствие, к отсутствию соглашения о совместном ведении дел.

3. Полные товарищества

3.1. Великобритания

Главным законодательным актом для товариществ Английского типа является принятый в 1890 году Акт о товариществах, в котором дано законодательное определение того, как необходимо заниматься предпринимательской деятельностью, чтобы это можно было квалифицировать как товарищество. По сути, в Английской правовой системе товарищество не обладает статусом юридического лица, однако существуют прецедентные решения, которые отчасти снимают с законодателя обязанность закрепления институтов собственности товарищества, а также осуществления сделок от имени товарищества. Для определения того, обладает ли объединение предпринимателей статусом товарищества, недостаточно удостовериться в распределении прибыли. Достаточным может являться документ о создании такого товарищества, причем такой, в котором в соответствии со ст. 24 упомянутого акта указаны права и обязанности членов. Спорным моментом является ликвидация товарищества в связи с выбытием члена. Если раньше предусматривалась обязанность уведомления членов о выходе, то в Заключении Объединенной комиссии по совершенствованию законодательства подчеркивается необходимость предусмотреть безусловное право на выход из товарищества¹.

Если законодательство и судебная практика английских судов придают товариществу статус субъекта прав и обязанностей в связи с процедурными и административными требованиями, то это подтверждается возможностью создания товариществ для уменьшения налогового бремени по НДС².

Предусматривается, что каждый член товарищества является представителем интересов как самого товарищества, так и всех его членов,

¹ Law Commissions Consultation Paper, No. 159 (2000), p. 23.

² Value Added Tax Act 1994, s. 45.

в отношении любых сделок, которые осуществляются в процессе обычной хозяйственной деятельности.

В противовес Английскому праву, в праве Шотландии есть тенденция к признанию членов товарищества только субсидиарными должниками по отношению ко всем обязательствам товарищества. Классическая Английская модель включает в себя неограниченную ответственность по обязательствам иных членов товарищества¹. Однако, несмотря на разность моделей, существует императивное правило, согласно которому раскрытие информации о ведении дел каждым отдельным членом товарищества является обязанностью не товарищества как субъекта регулирования, а каждого его индивидуального члена.

Однако Объединенная комиссия по совершенствованию законодательства Соединенного Королевства в 2006 году наряду с иными решениями по унификации действующего права в своих докладах не раз отмечала необходимость оказать пристальное внимание проблеме ответственности в товариществах на территории Содружества. Фактически, было предложено² создать такую систему, в которой ответственность участников по долгам и обязательствам товарищества должна быть солидарной и субсидиарной на территории Англии и Уэльса; а на территории Шотландии, где товарищество признается юридическим лицом, следует закрепить субсидиарную ответственность участников.

3.2. Франция

Французские товарищества (*societe en nom collectif* — SNC) являются хозяйствующими субъектами с весьма богатой историей. Следует упомянуть их появление в ст. L221–1 Коммерческого кодекса, где товарищество определяется совокупностью субъектов торговли³, которые отвечают по обязательствам товарищества как совместным, так и личным имуществом. Кредиторы наделены правом подавать иски по возмещению ущерба против индивидуальных членов, если только сделка была направлена на причинение ущерба интересам общества, а также, если интересы кредитора были серьезно нарушены.

¹ Partnership Act 1890, s. 9.

² Para. 3.11 of the Joint Consultation Paper (Law Commissions Consultation Paper, No. 159 (2000)).

³ M. Cozian et al., *Droit des sociétés*, 18th edn (Paris: Litec, 2005), pp. 453.

Образование товарищества по Французскому законодательству должно быть оформлено документально, при этом соглашение об образовании может быть подписано без разглашения факта существования этого документа.

Существует специфика в рассмотрении вопроса ликвидации товарищества, которая напрямую связана с дальнейшим бременем распределения ответственности. В учредительных документах должна быть прямо предусмотрена возможность продолжения деятельности в случае наступления целого ряда обстоятельств:

- признание члена товарищества банкротом,
- запрещение члену заниматься предпринимательской деятельностью,
- признание члена товарищества невменяемым.

Следует отметить, что выплата доли при прекращении членства происходит в зависимости от соответствующих обстоятельств:

- происходит по приказу суда,
- может быть определена соглашением,
- выплачивается членом товарищества, который претендует на долю ушедшего члена.

Также учредительными документами отдельно разграничивается порядок распределения долей в случае смерти члена товарищества¹. Если в процессе смерти членов товарищества среди полных членов останется не менее двух дееспособных физических лиц, а права на остальные доли будут унаследованы, и если это будет прямо предусмотрено уставом товарищества — товарищество будет преобразовано в российский аналог коммандитного товарищества, где коммандитисты или неполные товарищи (несовершеннолетние, либо не до конца право/дееспособные лица) будут отвечать по долгам товарищества только в размерах своей доли.

3.3. Германия

Институт товариществ в Германии развит в связи с особенностями организации предпринимательской деятельности. Полное товарищество (*Offene Handelsgesellschaft* — ОНГ) образуется с момента соглашения будущих членов по поводу ведения совместного дела

¹ Article L221–15 of the Commercial Code.

в предпринимательских целях, ради извлечения прибыли, под общим именем¹; а согласно императивному указанию Немецкого Коммерческого Кодекса ни один из партнеров не может иметь ограниченную ответственность по обязательствам хозяйствующего субъекта².

В Германии товарищество хоть и не обладает статусом юридического лица, однако сделки совершаются как бы от его имени, с обязательным использованием наименования субъекта. Более того, товарищество может быть субъектом прав и обязанностей, может иметь титул собственника, а также может выступать истцом и ответчиком в суде и арбитраже.

В полном товариществе участники солидарно и субсидиарно отвечают по долгам и обязательствам товарищества без каких бы то ни было ограничений³. На данный момент, практика исков кредиторов принимает угрожающий оборот, поскольку иск может иметь свое влияние не только на товарищество, но и на всех участников без ограничения.

Интересный момент заключается в том, что, даже после своего ухода из товарищества, участник продолжает отвечать по тем долгам и обязательствам товарищества, которые возникли в тот момент, когда он еще продолжал быть участником⁴.

3.4. Италия

Немаловажным аспектом рассмотрения проблем ответственности будет анализ законодательства Италии, в котором ни одному из видов товариществ⁵ не может быть присвоен статуса юридического лица. Фактически, на данном этапе развития по итальянскому законодательству существует 2 основные формы создания товарищества — с ограниченной ответственностью, а также с неограниченной.

В товариществах с неограниченной ответственностью участники солидарно и субсидиарно отвечают по обязательствам товарищества всем своим имуществом. Любопытным является императивный запрет на создание соглашений, ограничивающих ответственность

¹ German Commercial Code, para. 105.

² Dabbah M. “International and comparative competition law”, — Kindle Edition — august 1, 2010, 70.

³ German Commercial Code, para. 128.

⁴ German Commercial Code, para. 130.

⁵ Italian Civil Code, Art. 2296–1.

перед третьими сторонами, включая случаи предварительной договоренности с третьей стороной. Однако соглашения о распределении ответственности между участниками признаются как имеющие юридическую силу¹.

Кредиторы в рамках своих претензий к товариществам с неограниченной ответственностью могут предъявлять свои требования поочередно: сначала к самому товариществу и только затем — к индивидуальным участникам. Фактически, кредитор, который вверил средства участнику, может претендовать на ликвидационную квоту, которая предназначалась участнику. Однако получить такую гарантию крайне затруднительно, поскольку право на нее может возникнуть только при соответствующем решении суда, которым будет подтверждено² прекращение товариществом какой-либо деятельности.

Б. Товарищества и партнерства на современном этапе развития отечественного законодательства

Во второй части настоящей работы, посвященной отечественному законодательству, мы рассмотрим такие формы товариществ, которые больше всего соответствуют описанным выше типам организационно-правовых форм по праву стран-участников Европейского союза. На этом основании можно выделить три такие корреспондирующие формы: полное товарищество, хозяйственное партнерство, а также инвестиционное товарищество.

На данный момент в отечественном законодательстве созданы все условия для гибкого ведения дел с образованием или без образования юридического лица. В то же время на практике многие положения об ответственности участников подобных организационно-правовых и договорных форм ведения дел могут «отпугнуть» потенциальных кредиторов.

1. Полное товарищество

Ответственность участников полного товарищества регламентируется статьей 75 Гражданского кодекса РФ. Изначально, солидарная ответственность участников считалась одним из главных признаков

¹ Art. 2267(2) of the Civil Code.

² B. Libonati, *Diritto Commerciale, Impresa e Societ* (Milan: Giuffr , 2005), p. 162.

такой организационно-правовой формы. Однако, следует отметить тот факт, что в соответствии со статьей 399 Гражданского кодекса ответственность товарищей или участников носит скорее дополнительный характер. По сути, с кредитор предъявляет требования к товарищам только при недостаточности имущества самого товарищества. Основным должником будет выступать товарищество, и, в случае отказа от удовлетворения требования либо отсутствия ответа на такое требование, оно может быть переадресовано товарищам. Такое положение очень схоже с положениями Итальянского законодательства, однако там постепенное обращение ответственности на имущество связано с отсутствием у товарищества статуса юридического лица. При этом отечественным законодательством не предусмотрен запрет на удовлетворение требований товариществом, которое находится в процессе восстановления своей хозяйственной деятельности, что, вне всяких сомнений, является упущением¹.

Положительным аспектом отечественного законодательства является конкретизация солидарной ответственности участников товарищества в части возникновения права на регрессное требование. В статье 1047 Гражданского кодекса РФ находит отражение положение о том, что в рамках осуществления предпринимательской деятельности должник исполняет обязанности перед кредитором, а затем приобретает право требования к остальным должникам².

Также интересным в отечественном законодательстве можно считать правило об ответственности участника товарищества в том случае, когда на момент возникновения обязательства тот или иной участник уже либо еще не обладает статусом участника. Предполагается, что на момент вступления нового участника, у него будет вся информация о деятельности товарищества, поскольку в соответствии с положениями п. 2 ст. 75 ГК РФ, участник будет отвечать по обязательствам, которые возникли до его вступления в товарищество. Участник, выбывший из товарищества, отвечает по обязательствам товарищества, возникшим до момента его выбытия, наравне с оставшимися участниками в течение двух лет со дня утверждения отчета о деятельности

¹ Крашенинников, П. В. «Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой», — Москва 2011, «Статут», комментарий к ст. 1047.

² «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ, ст. 325.

товарищества за год¹. Такое условие создает обширную почву для злоупотреблений. Наряду с положениями п. 3 упомянутой статьи, в которой присутствует императивный запрет на изменение условий ответственности по соглашению сторон², форма полного товарищества не может быть воспринята как отвечающая современным требованиям. В противовес Германскому и Итальянскому законодательству здесь наблюдается значительный перевес: то в пользу прав кредитора (соглашение об ограничении ответственности ничтожно), то в пользу прав участников (ответственность при выходе ограничена двумя годами).

2. Хозяйственное партнерство

В связи с тем, что с 1 июля 2012 года начинает действовать Федеральный закон от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах», представляется возможным проанализировать ключевые особенности ответственности при участии в новой для отечественного права форме юридического лица.

Ключевой особенностью является тот факт, что в соответствии с п. 2 ст. 2 ФЗ «О хозяйственных партнерствах», участники партнерства не отвечают по обязательствам партнерства и несут риск исключительно в пределах сумм внесенных ими вкладов.

Статус юридического лица возлагает на хозяйственное партнерство такие условия, как, например, ответственность по своим обязательствам всем своим имуществом, а также отсутствие обязанности отвечать по обязательствам своих участников.

Не представляется реальным оценить, насколько возможность заключать договоры об ограничении ответственности будет способствовать использованию такой организационно-правовой формы, однако можно сделать вывод о том, что такая возможность практически полностью отсутствует в иностранных правопорядках.

Говоря о практической стороне распределения ответственности в хозяйственных партнерствах, предполагается, что весьма гибкое соглашение об управлении партнерством, аналог которого можно найти во Французском законодательстве, являет собой интересный

¹ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ, ст. 75.

² Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28 июня 2010г. По делу № Ф28–13731/2009.

инструмент, благодаря которому исполнительный орган партнерства может нести ответственность даже перед третьими лицами. При этом стоит отметить и тот факт, что в соответствии с текущим развитием отечественного законодательства нельзя было не включить условия о возможности наступления солидарной ответственности для третьих лиц¹, однако такие положения представляются наименее проработанными.

3. Инвестиционное товарищество

Принятый 28.11.2011 Федеральный закон «Об инвестиционном товариществе» вступил в силу 01.01.2012. Подобная форма регулирует особенности договора простого товарищества, который заключается для осуществления совместной инвестиционной деятельности.

Особенностью ведения совместной деятельности является соединение вкладов и ведение деятельности без образования юридического лица. В самом федеральном законе находит свое закрепление проблема ответственности товарищей по общим обязательствам.

Предполагается, что по обязательствам, возникшим не из договоров, а также по общим обязательствам товарищи отвечают солидарно, а также всем своим имуществом, но исключительно в рамках налоговых обязательств. На практике подобное сочетание осуществления деятельности без статуса юридического лица и ответственности можно показать на примере Англии. Однако в отечественной практике происходит расщепление статуса участников на управляющих и не управляющих товарищей, что более характерно для законодательства Германии.

Также следует отметить тот факт, что в отличие от известных Европейскому законодателю “silent partnerships”, в которых привлекательными для кредиторов факторами остаются отсутствие необходимости раскрытия информации об участии в товариществе, а также гибкая система гарантий и возможность подписания соглашений о распределении ответственности; то в ситуации с новой отечественной формой ведения дел такие факторы отсутствуют².

¹ Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 3 декабря 2011г. №380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (постатейный). М.: Деловой двор, 2012, СПС Консультант Плюс.

² Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011г. №335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный). М.: Деловой двор, 2012, СПС Консультант Плюс.

При этом следует заметить, что, несмотря на это, отечественный законодатель предусмотрел в Федеральном законе крайне интересное условие, которое, при создании должного корпоративного климата позволит избежать долгого процесса одобрения решений в товариществе. Положения п.4 ст.14 упомянутого ФЗ не имеют аналогов за рубежом, так как предусматривают возможность добровольного исполнения обязательств за счет стоимости имущества товарищей любым управляющим товарищем. Такой институт не предусмотрен правовыми системами таких стран, как Бельгия, Германия, Франция.

Выводы

На современном этапе развития предпринимательства в России и за рубежом можно со всей уверенностью говорить лишь об общих чертах и намечаемом в отечественном законодательстве сближении с теми традициями и обычаями делового оборота, которые уже нашли свое отражение в законодательствах стран Европейского союза.

В Российской Федерации в скором времени будет принят новый Гражданский кодекс(первое чтение состоялось 27 апреля 2012 года), который не только окончательно закрепит добавление новой организационно-правовой формы для юридического лица, а именно хозяйственного партнерства; но также привнесет изменения в текущий порядок распределения ответственности между участниками товариществ в том или ином виде.

Следует отметить такие положительные изменения, как возможность предусмотреть непропорциональное долям распределение полномочий управления товариществом или обществом, увеличение транспарентности деятельности товарищества путем предоставления полной информации участнику, а также попытку укрепления финансовой стабильности создаваемых товариществ путем установления императивного правила об оплате уставного капитала до момента государственной регистрации.

Безусловно, негативным моментом является сохранение тенденции к усилению личной ответственности участников товарищества. Возможно, в скором времени на примере товариществ нового типа такая тенденция сойдет на нет, и, как результат, такая форма ведения дел послужит привлечению не только кредиторов, но и предпринимателей.

Елена Гаврилина

соискатель кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Договор поставки нефти с объектов нефтедобычи на нефтеперерабатывающие заводы внутреннего рынка по системе магистральных нефтепроводов ОАО «АК Транснефть»

Порядка 78% добываемой в России нефти перерабатывается на заводах внутреннего рынка на основании договора на переработку «давальческого сырья» («процессинг»), суть которого заключается в том, что собственником нефти и нефтепродуктов является поставщик сырья, в то время как нефтеперерабатывающий завод (далее — НПЗ) получает вознаграждение за оказанные услуги. Такая система отношений в сфере переработки нефти подвергается критике, в частности Ассоциацией нефтепереработчиков и нефтехимиков¹, а также ФАС России². Это связано с тем, что фактически вся степень загрузки НПЗ сырьем, его стоимость и в значительной степени уровень затрат определяется в соответствии с внутренней финансовой политикой ВИНК (вертикально интегрированной нефтяной компании). НПЗ, оказывая услуги по переработке нефти, не влияет на рынок нефтепродуктов, что, в свою очередь, не способствует открытости такого типа рынка. Это основной аргумент, выдвигаемый противниками «процессинга».

Альтернативой данным отношениям является структура договорных связей, основанная на договоре купли-продажи нефти на узле учета осуществляющего добычу нефти или НПЗ субъекта

¹ Ассоциация нефтепереработчиков и нефтехимиков считает, что отказ от «процессинга» коренным образом изменит приоритеты, роль и место НПЗ в системе ТЭК: «Анализ расчетных показателей при использовании беспроцессинговой схемы показал, что объемы товарной продукции в 12,4 раза, а сумма прибыли в 9,5 раза выше при беспроцессинговой схеме переработки сырья». Обращение Ассоциации нефтепереработчиков и нефтехимиков в Совет Федерации с письмом о мерах по повышению эффективности работы нефтеперерабатывающей отрасли РФ // Инфо ТЭК. № 7. 2010. С. 3.

² «ФАС России особенно беспокоит использование схем передачи сырья или продукта без оформления сделки купли-продажи внутри группы ВИНК»/ под. ред. И. Ю. Артемьева. М., 2009. ФАС России. С. 125.

предпринимательской деятельности (договор поставки нефти через присоединенную сеть). Целью данного договора является переход права собственности на нефть от производителя нефти к нефтеперерабатывающему заводу (конечному потребителю). Данные отношения используются в нефтяной отрасли только с 2005 года.

Именно этому договору и посвящена данная статья. Отметим, что распространение опыта по использованию договора купли-продажи нефти (поставки) через присоединенную сеть стало предметом обсуждения в 2010 году на круглом столе Комиссии Совета Федерации по естественным монополиям «О мерах по повышению эффективности функционирования нефтеперерабатывающих заводов в Российской Федерации»¹.

Продавцами на рынке нефти выступают субъекты предпринимательской деятельности, осуществляющие добычу нефти (производители нефти), и нефтетрейдеры (посредники); покупателями — нефтетрейдеры и НПЗ (потребители).

Основная доля добычи нефти по России приходится на ВИНК — 86%, доля независимых нефтяных компаний (ННК) — 7%².

Нефтеперерабатывающая промышленность, состоит из 27 НПЗ, суммарная мощность которых составляет 252 млн т в год. Доля в мировом потенциале нефтепереработки — 7%. Практически все мощности по переработке входят в состав ВИНК.

Доля ВИНК в общей переработки нефти в Российской Федерации по состоянию на 2011 год: ОАО «Роснефть» (19,80%) загрузка мощностей — 89,50%; ОАО «ЛУКОЙЛ» (17,64%) загрузка мощностей — 99,86%; ОАО «Газпром-нефть» (11,92%) загрузка мощностей — 95,61%; ОАО «Сургутнефтегаз» (8,21%) загрузка мощностей — 100,24%; ОАО «Славнефть» (5,71%) загрузка мощностей — 98,16%; ОАО «Татнефть» (0,86%) загрузка мощностей — 30,31%; ОАО «ТНК-ВР» — (9,40%) загрузка мощностей — 87,96%; ОАО «РуссНефть» (0,02%) загрузка мощностей — 78,00%; ОАО «Башнефть» (8,17%) загрузка мощностей — 86,13%³.

¹ Круглый стол Комиссии Совета Федерации по естественным монополиям «О мерах по повышению эффективности функционирования нефтеперерабатывающих заводов в Российской Федерации» // Инфо ТЭК. 2010. № 7. С. 9–32.

² Доля ОАО «Газпром» и ОАО «НОВАТЭК» — 3% и 1% соответственно, операторов СПП — 3%.

³ Сводные технологические показатели НПЗ РФ в январе–декабре 2011 г. Инфо ТЭК. № 1. 2012. С. 106–197.

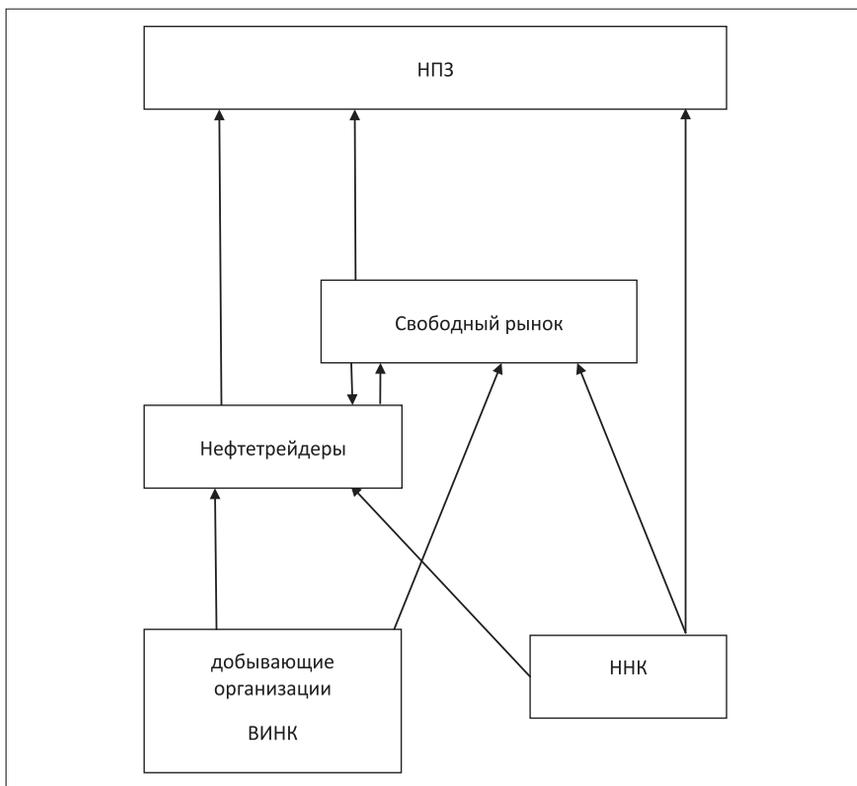


Схема 1.

В отсутствие обязанности заключать прямые договорные связи, наличие посредников в сделке может определяться только внутренней сбытовой политикой головной компании ВИНК. Данная политика может быть направлена на выход к конечному потребителю, либо она ставит своей целью включить посредническое звено с заключением обычных сделок перепродажи нефти.

Таким образом, основной объем нефти добывается ВИНК и перерабатывается внутри группы на НПЗ ВИНК. После загрузки ВИНК ресурсом собственных НПЗ в свободную продажу поступают только «излишки» нефти. Это так называемый «свободный рынок нефти», под которым понимаются поставки нефти независимых нефтяных компаний (ННК) и ВИНК на НПЗ, не входящих в состав ВИНК. Данный объем рынка составляет около 20% от поставки на внутренний рынок — это 3,5–4,0 млн т в месяц, или около 45–50 млн т в год.

Субъектный состав свободного рынка следующий: более 65% объема поставок нефти на свободный рынок осуществляют ВИНК (ОАО «Сургутнефтегаз», ОАО «Роснефть», ОАО «ЛУКОЙЛ», ОАО «ТНК-ВР») и независимые нефтяные компании (ННК).

Наиболее крупными потребителями, формирующими спрос на нефть на свободном рынке, являются два центра — группа Уфимских НПЗ (23,%) и Московский НПЗ (20,2%).

На представленной схеме (1) изображена структура договорных связей на внутреннем рынке нефти.

В юридической литературе приводится несколько определений структуры договорных связей, при этом все они совпадают в подходе — структура рассматривается под углом зрения состава субъектов договора¹.

Однако для стратегических отраслей экономики наибольший интерес представляют только те определения, которые при построении

¹ Овчинников Н. И. Сущность и значение структуры договорных связей // Правоведение. 1971. №4. С. 59; Так, О. С. Иоффе под структурой договорных связей понимал состав субъектов договорного обязательства и его исполнителей. Иоффе О. С. План и договор в социалистическом хозяйстве. С. 120; М. И. Брагинский — количество договоров, охватывающий единый процесс оказания услуг или движения продукции от изготовителя к потребителю. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. С. 188; В. Г. Вердников — определение круга организаций, заключающих договоры, и число договоров между ними. Вердников В. Г. Структура договорных отношений в народном хозяйстве // Советское государство и право. 1972. №6. С. 67; В. П. Грибанов считал, что выяснить вопрос о структуре договорных связей значит определить, какие организации вступают между собой в договорные отношения и какие договоры они заключают. Грибанов В. П. Договор поставки. МГУ. 1960. С. 15; Структура договорных связей рассматривалась через выполнение плана: «Разрешить вопрос о структуре договорных связей в каждом отдельном случае значит определить, какие именно конкретные хозяйственные организации в силу действующих законов и подзаконных актов должны установить между собой договорную связь для того, чтобы было выполнено данное плановое задание». Братусь С. Н., Лунц Л. А. Вопросы хозяйственного договора. М., 1955. С. 59; Н. И. Клейн пишет, что данное понятие включает в себя экономические и правовые категории. Структура договорных связей устанавливает принципы построения договорных отношений, показывает соотношение движения товаров от изготовителя к потребителю, определяет, какие именно организации вступают в договорные отношения по поставкам. Клейн Н. И. Законодательство о планировании производства товаров народного потребления. М., 1967. С. 72. Более широкое понимание структуры договорных связей мы находим в работах М. М. Агаркова Под структурой договорных отношений по поставке товаров понимается установление тех организаций и предприятий, соответствующих хозяйственных систем, между которыми должны быть заключены договоры поставки; порядок заключения этих договоров, а также определение того, как устанавливаются важнейшие условия договоров и какое участие в их заключении принимают организации, в систему которых входят стороны по договору. Гражданское право, т. II / под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М., 1944. С. 22.

структуры договорных связей руководствуются принципами рациональности и эффективности. Так, А.Г. Быков писал, что причины различной структуры договорных отношений кроются в экономических, организационных и других особенностях производственно-хозяйственной деятельности предприятий¹. Наиболее разумным было бы раскрывать понятие структуры договорных отношений с указанием на круг организаций, участвующих в едином процессе продвижения продукции или оказания услуг, поскольку этот признак является определяющим, а все остальные производны от него². Структура договорных связей должна быть рациональной, т.е. обеспечивать движение наибольших производственно-хозяйственных результатов при наименьших затратах материальных средств, быть экономически эффективной³.

Представляется, что правовыми актами должна быть установлена обязанность заключать прямые долгосрочные договоры производителей нефти с нефтеперерабатывающими заводами. Для этого должен быть установлен обязательный субъектный состав договора купли-продажи нефти.

Нефть является сырьем, предназначенным для переработки на нефтеперерабатывающем заводе. В нефтяном комплексе объект нефтедобычи и НПЗ подключены «точкой (узлом) подключения» к системе магистральных нефтепроводов ОАО «АК Транснефть». Субъект предпринимательской деятельности, осуществляющий добычу нефти (производитель), и нефтеперерабатывающий завод (потребитель) должны быть включены Минэнерго России в Реестр организаций нефтедобывающей промышленности, а также в Реестр проектируемых, строящихся и введенных в эксплуатацию нефтеперерабатывающих заводов в Российской Федерации. Наличие организаций в указанных реестрах является одним из обязательных

¹ Хозяйственное право (автор главы А.Г.Быков). М., 1977. С. 334; Вердников В. Г. Структура договорных отношений в народном хозяйстве. С. 68.

² Быков А. Г. Указ. соч. С. 331.

³ А.Г.Быков. Указ. соч. С. 330, 334; Б. И. Пугинский, характеризуя структуру договорных связей в условиях рынка, пишет, что «в нормальных рыночных условиях посреднические организации занимаются распределением полученных ресурсов. Однако основная масса российских посредников покупают партию товаров в одном месте и затем перепродают эту же партию в другом месте. В настоящее время интересам общества в целом соответствует линия на сокращение числа излишне посреднических организаций... право организаций-покупателей на установление прямых договорных связей с изготовителем, исключая посредника, следовало бы вновь закрепить в законе». Пугинский Б. И. Коммерческое право России: Учебник. М., 2010. С. 198–199.

условий для получения права доступа к системе магистральных трубопроводов ОАО «АК Транснефть» для сдачи нефти на объекте нефтедобычи и приема нефти на НПЗ.

В качестве предмета договора купли-продажи нефти на узле учета (поставки нефти через магистральный нефтепровод) выступают действия продавца по передаче нефти в собственность покупателя в момент прохождения нефти через узел учета производителя нефти (либо через узел учета нефтеперерабатывающего завода) и, соответственно, действия покупателя по принятию нефти и уплате за нее.

Транспортировка нефти осуществляется на основании договора об оказании услуг по транспортировке нефти. Такой договор заключается между субъектом предпринимательской деятельности, осуществляющим добычу нефти, и оператором системы магистральных нефтепроводов ОАО «АК Транснефть».

В договорах, заключаемых на рынке нефти и опосредующих единый производственный процесс, начиная с момента подготовки нефти на объекте нефтедобычи и заканчивая ее переработкой на нефтеперерабатывающем заводе, используются стандартные термины: узел учета нефти (УУН), приемо-сдаточный пункт (ПСП), система измерений количества и показателей качества нефти (СИКН), партия нефти, маршрутное поручение, паспорт качества.

Следует учитывать, что стороны договора купли-продажи нефти участвуют в операциях сдачи и приема нефти на узлах учета, подключенных к системе магистральных нефтепроводов; отношения же сторон регулируются техническими нормами ОАО «АК Транснефть», которые не опубликованы, но являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг по транспортировке нефти.

Вне зависимости от того, является ли одной из сторон отношений по реализации нефти нефтетрейдер, не подключенный к системе магистральных нефтепроводов, содержание договора купли-продажи нефти должно включать шесть существенных условий:

- количество и качество подлежащей продаже нефти;
- базис поставки, включая номера в системе измерений количества и показателей качества нефти для каждого направления поставки;
- подтверждение оператора системы магистральных нефтепроводов и нефтеперерабатывающего завода о приеме нефти;
- режим сдачи нефти в систему магистральных нефтепроводов и приема нефти на нефтеперерабатывающем заводе;

- контроль качества нефти;
- цена на нефть, условия и порядок корректировки цены на нефть.

Количество нефти, подлежащее поставке, ограничено проектной мощностью НПЗ и условиями лицензионного соглашения (неотъемлемая составная часть лицензии), в котором указывается согласованный уровень добычи нефти (п. 7 ст. 12 Закона о недрах)¹.

Существует два возможных базиса купли-продажи нефти, с помощью которых может быть осуществлен переход права собственности на нефть: 1) в начале маршрута транспортировки — узел учета производителя нефти (УУН НГДО) и 2) в конце маршрута транспортировки — узел учета нефтеперерабатывающего завода (УУН НПЗ). В зависимости от базиса поставки находится и цена на нефть.

Специфика передачи нефти «по присоединенной сети» находит отражение в условиях договора, регулирующих правила сдачи нефти в систему магистральных нефтепроводов и ее приеме на НПЗ. Во-первых, это касается условий договора, регулирующих режим поставки. Эти условия можно выразить в стандартной формулировке: «ежесуточно, равномерно, непрерывно, равными частями». Последствия несоблюдения данного режима установлены договором об оказании услуг по транспортировке нефти по системе магистральных нефтепроводов, согласно которому, ОАО «АК Транснефть» имеет право отказать в приеме нефти в систему при несоблюдении указанного режима. Стандартным является условие, при котором нефть сдается и принимается партиями. Под этим понимается количество нефти, сопровождаемое одним маршрутным поручением ОАО «АК Транснефть». Определение партии нефти содержится в договоре об оказании услуг, который заключается с оператором системы, и в п. 3.26 Рекомендации по учету нефти при ее транспортировке по системе магистральных нефтепроводов ОАО «АК Транснефть»².

Во-вторых, покупатель обязан предоставить производителю нефти подтверждение нефтеперерабатывающего завода о готовности принять нефть на узле учета. Данное подтверждение осуществляется

¹ Закон РФ от 21 февраля 1992 № 2395-1 «О недрах». СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823. (с последующими изменениями).

² «Метрологическое обеспечение учета нефти при ее транспортировке по системе магистральных нефтепроводов. Основные положения. Р 50.2.040-2004». (утв. Приказом Ростехрегулирования от 23.12.2004 № 125-ст). Документ опубликован не был. СПС «Консультант Плюс».

непосредственно перед сдачей нефти в систему магистральных нефтепроводов. Непредоставление данного документа производителем нефти является одним из оснований для отказа в принятии нефти ОАО «АК Транснефть» (в соответствии с договором об оказании услуг по транспортировке).

Следующая особенность заключается в значении показателей качества нефти. Обусловлено данное обстоятельство тем, что объекты сдающей и принимающей нефть сторон (продавца нефти и покупателя соответственно) подключены «точкой (узлом) подключения» к системе магистральных нефтепроводов. Одним из условий отказа в подключении объектов нефтедобычи и нефтеперерабатывающих заводов к системе магистральных нефтепроводов является отсутствие возможности сохранить показатели качества нефти в транспортных потоках.

Для заключения договора об оказании услуг по транспортировке нефти заявитель должен представить в ОАО «АК Транснефть» протокол проведения испытаний показателей качества предъявляемой к сдаче нефти, с указанием даты и места отбора пробы нефти: ПСП (СИКН), месторождения (наименование, номер лицензионного участка). Транспортировка нефти осуществляется в соответствии со Схемой нормальных (технологических) грузопотоков нефти, утвержденной Минэнерго России. В данной схеме установлены нормы качества нефти в транспортных потоках.

Таким образом, требования к качеству нефти едины и находят отражение в соответствующих условиях договора всей системы договорных связей, опосредующих нефтеснабжение НПЗ.

В нефтяном комплексе производитель нефти, нефтеперерабатывающий завод и ОАО «АК Транснефть» (т.е. лица, осуществляющие операции по сдаче-приему нефти) обязаны обеспечить в надлежащем состоянии узлы учета нефти и подводящие нефтепроводы, вплоть до точки подключения к системе магистральных нефтепроводов. На практике данное условие является существенным для договора об оказании услуг по транспортировке нефти и распространяется на производителя нефти и оператора системы магистральных нефтепроводов, т.е. на владельцев узлов учета нефти и подводящих нефтепроводов. Учитывая что стороны договора купли-продажи также осуществляют операции по приему и сдаче нефти, данное требование должно быть отнесено к существенным условиям также и в договоре купли-продажи нефти.

Необходимо отметить, что отношения между производителями нефти и ее потребителями специальными нормативными актами не регулируются, в отличие от газоснабжения и сферы электроэнергетики. Основным регулятором отношений по нефтеснабжению является договор и технические нормы ОАО «АК Транснефть», несоблюдение которых несет риск отказа принятия нефти в систему магистральных нефтепроводов, что, в свою очередь, блокирует выход продавца к мощностям по переработке нефти (выход на рынок сбыта).

Необходимо ответить на вопрос: применимы ли к договору купли-продажи нефти на узле учета (поставки через присоединенную сеть) специальные правила договора энергоснабжения, предусмотренного ГК РФ, и может ли он быть сконструирован по его модели? Данный вопрос обусловлен п. 2 ст. 548 ГК РФ, согласно которому, правила договора об энергоснабжении применяются к отношениям, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами и другими товарами, если иное не установлено законом, иными правовыми актами и не вытекает из существа обязательства.

Существует несколько противоположных точек зрения. Первая позиция утверждает, что договор снабжения нефтью и нефтепродуктами является разновидностью договора энергоснабжения¹. Вторая — договоры на снабжения товарами через присоединенную сеть заключаются и исполняются по модели договора энергоснабжения². Третья позиция, выраженная В. В. Витрянским, сводится к следующему. Применение специальных правил договора энергоснабжения к другим правоотношениям, объектом которых является не энергия, а другие ресурсы, является лишь приемом законодательной техники, призванным компенсировать отсутствие норм, регулирующих соответствующие договоры, и никак не влияет на их квалификацию в качестве договора энергоснабжения либо его разновидностей³.

Согласно п. 2 ст. 539 ГК РФ, необходимым условием заключения договора энергоснабжения является наличие у абонента

¹ Гражданское право: Учебник. Ч. II. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2006. С. 85.

² Гражданское право. Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций / отв. ред. О. Н. Садилов. М., 1997. С. 128. (автор Н. И. Клейн).

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М., 2000. (автор главы Витрянский В. В.). С. 132–134. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2011. (автор главы В. В. Витрянский). С. 234.

энергопринимающего устройства, присоединенного к сети и обеспечивающего учет энергии¹. Данное предварительное условие в правовой литературе называют технической предпосылкой, которая исключает применение правил о публичном договоре (ст. 426 ГК РФ)².

В нефтяном комплексе оба объекта, через которые происходит подача и принятие нефти (объект нефтедобычи, и, соответственно, НПЗ), подключены «узлом (точкой) подключения» к системе магистральных нефтепроводов. Единственным потребителем нефти (абонентом) является нефтеперерабатывающий завод. В связи с этим из круга потребителей нефти исключаются нефтетрейдеры и мини-НПЗ. Однако продавцом нефти (энергоснабжающей организацией) является субъект предпринимательской деятельности, осуществляющий добычу нефти; объект же нефтедобычи подключен к системе магистральных нефтепроводов, а не к УУН НПЗ.

Модель договора энергоснабжения сконструирована в ГК РФ таким образом, что обязательство по подаче энергии через присоединенную сеть одновременно связано с ее фактическим потреблением другой стороной — абонентом; что исключает применение специальных правил данного договора к отношениям по поставкам нефти через систему магистральных нефтепроводов.

Проиллюстрируем сказанное специальным правилом договора энергоснабжения, регулирующим количество, качество и оплату, подаваемой энергии. Так, количество *поданной* абоненту и *использованной* им энергии определяется в соответствии с *данными учета о ее фактическом потреблении* (ст. 541 ГК РФ). Оплата энергии производится за *фактически принятое абонентом* количество энергии в соответствии с *данными учета* (п. 1 ст. 544 ГК РФ). Абонент вправе отказаться от энергии, которая не соответствует качеству, при этом он обязан возместить стоимость того, что он неосновательно *сберег* (ст. 542 ГК РФ).

Теоретически конструкция «подачи и потребления» нефти возможна в конце маршрута транспортировки — на узле учета НПЗ. Однако НПЗ принимает нефть от ОАО «АК Транснефть» после того, как был произведен ее учет на узле учета производителя, т.е. при ее сдаче в систему.

¹ Сейнаров Б. М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата, 1975. С. 37.

² Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2011. (автор главы В. В. Витрянский). С. 239.

Потребление нефти, т.е. вовлечение в переработку, происходит после учета нефти, и договором не регулируется. Модель договора энергоснабжения также исключает продажу нефти на узле производителя.

Обратим внимание еще на одно обстоятельство. Бесперебойное энергообеспечение является одной из стратегических задач государственной политики. Специальные правила, регулирующие заключение и продление договора энергоснабжения, направлены, на первый взгляд, на решение данной задачи (п. 2, п. 3 ст. 540 ГК РФ), а также для обеспечения нефтяного комплекса. Беспереывность снабжения ресурсом осуществляется субъектами рынка с помощью двух договоров — об оказании услуг по транспортировке нефти по системе магистральных нефтепроводов и договором купли-продажи нефти.

Тем не менее, отсутствие доступа к системе магистральных нефтепроводов, даже при наличии ресурса, не позволит производителю нефти выйти на рынок сбыта и обеспечить снабжение нефтеперерабатывающей промышленности. Производитель нефти может продать на узле учета через присоединенную сеть только то количество нефти, которое было согласовано с ОАО «Транснефть» в заявке на оказание услуг по транспортировке нефти. Для подачи заявки необходимо, чтобы производитель был включен в реестр субъектов предпринимательской деятельности Минэнерго России.

Таким образом, экономическая цель договора купли-продажи нефти на узлах учета заключается в разделении операций по добыче и переработке нефти, что юридически оформляется сменой собственника. Данный договор не может быть построен по модели договора энергоснабжения предусмотренного ГК РФ, т.к. подача нефти не связана с ее потреблением в момент прохождения нефти через узел учета субъекта предпринимательской деятельности, осуществляющего добычу нефти, или через узел учета нефтеперерабатывающего завода. Вместе с тем, мы не можем отрицать, что данные отношения по своей сути однотипны.

Итак, основная проблема, которая стоит перед производителями нефти это доступ к НПЗ, право на заключения прямого долгосрочного договора купли-продажи (поставки) нефти через присоединенную сеть с учетом ее пропускной способности. Эта задача не может быть решена в рамках договора энергоснабжения, предусмотренного гражданским законодательством.

Кирилл Григорьев

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

Правовое регулирование инвестиционных механизмов в российском и зарубежном законодательстве

В последние годы одним из приоритетных направлений развития России было провозглашено повышение инвестиционной привлекательности отечественной экономики. Также было объявлено о создании в Москве международного финансового центра. Однако ввиду сравнительной молодости российского предпринимательского права в целом и правовых институтов, предназначенных для осуществления инвестиций, в частности, подобные начинания на практике сталкивались с серьезными трудностями. Одним из ощутимых пробелов в регулировании инвестиционной деятельности стало отсутствие удобного механизма привлечения средств, достаточно гибкого, чтобы удовлетворять различные потребности инвесторов, но в то же время достаточно четко урегулированного законодательством, чтобы минимизировать риски злоупотреблений.

На практике в качестве одной из наиболее удобных форм инвестирования в развивающийся бизнес использовались закрытые паевые инвестиционные фонды. Однако закрытые ПИФы имеют серьезные недостатки, в числе которых можно назвать достаточно жесткое правовое регулирование, а также необходимость получения лицензии для управляющей компании¹. Другими неудобствами, связанными с закрытыми ПИФами, являются затраты на постоянную оценку портфеля в соответствии с правилами ФСФР, необходимость проведения ежегодной аудиторской проверки, ограничения состава инвестиционного комитета² и т. д. Для финансирования небольших проектов на начальной стадии подобная схема оказывается чрезмерно сложной. Также для финансирования стартапа возможно учреждение ООО, однако использование таких обществ в качестве венчурного фонда влечет проблемы, связанные с двойным налогообложением, поскольку сначала налог на прибыль уплачивает ООО, а потом его участники по отдельности.

¹ Ст. 60.1 Федерального закона от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах».

² Ст. 17.1 Федерального закона от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах».

Возможна ситуация, когда инвестор просто покупает долю в обществе, находящемся на стадии стартапа. Однако в этом случае инвестору надо контролировать работу компании, что не всегда приемлемо в силу нехватки времени и квалификации. Еще один вариант инвестиций — заем для стартующей компании, однако минусом данной схемы является то, что при росте бизнеса не происходит роста возврата сверхпроцентов, начисляемых на заем.

Отсутствие приемлемого механизма осуществления коллективных инвестиций создавало существенные сложности при реализации подобных проектов в России, заставляя потенциальных инвесторов в процессе структурирования сделки обращаться к иностранным юрисдикциям, уже выработавшим проверенные временем и практикой способы привлечения средств.

1. Инвестиционные товарищества в российском праве

Именно с целью заполнения существовавшего пробела и был принят Закон «Об инвестиционных товариществах»¹ (далее — «Закон»), вступивший в силу с 1 января 2012 года. Закон направлен на создание российского аналога зарубежных *investment vehicles*, т.е. правовых механизмов, специально предназначенных для организации коллективных инвестиций. Эта конструкция, по замыслу разработчиков Закона, должна сочетать преимущества договора простого товарищества и командитного товарищества². В то же время данная система должна быть лишена и основных их недостатков. К таковым, в рамках инвестиционной деятельности, прежде всего можно отнести правило о возможности быть полным товарищем только в одном командитном товариществе, что не позволяет создать пул для целей венчурного инвестирования. Серьезные сложности возникают также при необходимости установления договором определенных положений, например, касательно размера и порядка изменения долей вкладчиков; кроме того, законодательство не позволяет ограничивать право полных товарищей на выход из товарищества. Данный механизм оказался настолько неэффективным, что с 1994 г., когда в российском

¹ Федеральный закон от 28.11.2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе».

² Пояснительная записка к проектам федеральных законов «Об инвестиционном товариществе» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об инвестиционном товариществе».

законодательстве появилась подобная организационно-правовая форма, в стране было зарегистрировано всего 680 коммандитных товариществ, при этом большинство из них не ведут реально эффективной деятельности¹. Что касается деятельности простых товариществ, то их существенным недостатком является солидарная ответственность всех товарищей по всем общим обязательствам, не позволяющая защитить права участников-инвесторов. Те же, в свою очередь, вынуждены принимать на себя не только инвестиционные, но и повышенные предпринимательские риски².

Предметом договора инвестиционного товарищества Закон называет объединение товарищами вкладов и осуществление совместной инвестиционной деятельности без образования юридического лица для извлечения прибыли. Договор, как и любые изменения и дополнительные документы, подлежит нотариальному удостоверению; при этом количество экземпляров договора должно равняться количеству товарищей, плюс один экземпляр, хранящийся у нотариуса. К деятельности, отведенной законом для инвестиционных товариществ, относится купля-продажа не обращающихся на бирже акций и облигаций, финансовых инструментов срочных сделок и долей в складочном капитале хозяйственных партнерств.

По российскому праву, сторонами договора инвестиционного товарищества могут быть только специальные субъекты — коммерческие организации или индивидуальные предприниматели. Также участниками могут быть некоммерческие партнерства при условии соблюдения в процессе инвестиционной деятельности целей, для которых они были созданы, а также иностранные юридические лица и иные иностранные организации. Данное ограничение снижает риски инвесторов, связанные с участием физических лиц, не имеющих опыта инвестиционной деятельности либо соответствующей квалификации. Вероятно, с этой же целью введено и ограничение на публичную рекламу деятельности товарищества или предложение участия в нем в рамках публичной оферты — данная форма в текущем виде не предполагает вовлечения случайных участников в инвестиционную

¹ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона „Об инвестиционном товариществе“».

² Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный) (отв. ред. А. Е. Молотников) («Юстицинформ», 2012).

деятельность. В договоре инвестиционного товарищества могут участвовать не менее двух и не более пятидесяти субъектов; при этом Закон допускает участие товарищей в иных инвестиционных товариществах¹. Каждый участник имеет всего один голос, независимо от его вклада в товарищество, а решения принимаются простым большинством голосов; впрочем, Закон позволяет установить договором инвестиционного товарищества иной порядок голосования.

Среди участников выделяют два различных статуса товарищей — управляющие и неуправляющие. Обязанность неуправляющих товарищей сводится к внесению вклада в деятельность товарищества, в то время как управляющий товарищ, помимо этого, обязан самостоятельно или, в случае, если их несколько, совместно с другими управляющими товарищами вести общие дела товарищества. Неуправляющие товарищи, а также иностранные организации, не имеющие постоянного представительства в России, не могут участвовать в ведении общих дел товарищества; соглашение об ином ничтожно. В то же время решения, касающиеся общих дел товарищей, должны быть согласованы с каждым из них. В частности, по общему правилу полная передача прав и обязанностей товарища третьему лицу возможна лишь с согласия всех товарищей; допускается также установление договором преимущественного права остальных товарищей на участие в подобной сделке. Стоит отметить, что, если иное не установлено договором, такую передачу вправе осуществить только неуправляющий товарищ. Также возможен и другой вариант: решением простого большинства товарищей обязанности по ведению общих дел возлагаются на одного или нескольких управляющих товарищей, причем остальные члены товарищества от этих обязанностей освобождаются. Управляющий товарищ уполномочен совершать сделки доверенностью на ведение общих дел, которая выдается тому без права передоверия.

Договором также определяется уполномоченный управляющий товарищ, который ведет налоговый учет для товарищества, осуществляет обособленный учет доходов и расходов, открывает специальный банковский счет для целей деятельности товарищества. На него же возлагаются и обязанности по информированию других товарищей о расходах, суммах вознаграждения управляющих товарищей и текущем

¹ П. 5 ст. 3 Федерального закона от 28.11.2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе».

размере доли участника в общем имуществе. В такой роли, согласно Закону, может выступать только юридическое лицо¹.

Договор заключается на срок до 15 лет, однако условие о сроке не является существенным. Прекращение договора, помимо истечения срока, происходит в случае достижения указанной в договоре цели или уменьшения количества товарищей до одного лица. В то же время смерть товарища или банкротство участвующего юридического лица таких последствий не влекут. Условия договора считаются конфиденциальными и охраняются в соответствии с Законом «О коммерческой тайне»², однако сам факт существования такого договора не может сохраняться в тайне. Нотариус раскрывает сведения о дате заключения, управляющих товарищах, номере и наименовании договора инвестиционного товарищества с момента его вступления в силу. Данные сведения публикуются на сайте Федеральной нотариальной палаты в течение трех дней с момента предоставления их нотариусом. На данную процедуру также отводится три дня³. Доступ к документам инвестиционного товарищества третьи лица могут получить с письменного согласия уполномоченного управляющего товарища. Стоит отметить, что, несмотря на обязательную государственную регистрацию и публикацию сведений на сайте, централизованная система учета подобных товариществ в виде определенного реестра, как, например, в Великобритании, пока не предусмотрена.

Общее имущество товарищей формируется как из вкладов, так и в результате совместной деятельности. В качестве вклада неуправляющие товарищи вправе вносить только денежные средства, в то время как управляющие могут участвовать также иным имуществом, имущественными и иными правами, профессиональными знаниями, навыками, умениями и деловой репутацией. Однако вносимый вклад должен быть оценен профессиональным оценщиком с соблюдением соответствующих требований законодательства; более того, не допускается внесение подакцизных товаров в качестве вклада. Если иное не следует из договора, вклады товарищей предполагаются равными

¹ П. 5 ст. 4 Федерального закона от 28.11.2011г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе».

² Федеральный закон от 28.07.2004г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне».

³ Приказ Министерства юстиции России от 15.08.2012 № 160 «Об утверждении Порядка раскрытия нотариусом информации о существовании договора инвестиционного товарищества».

по стоимости¹, поскольку Закон не предусматривает специального регулирования в этой части. Однако доля товарища в общем имуществе определяется пропорционально стоимости внесенного им имущества.

Раздел общего имущества или выдел из него доли в натуре по требованию товарищества могут быть предусмотрены договором, однако по умолчанию не допускаются. Тем не менее, кредитор товарища вправе потребовать такой выдел либо перевод на него прав и обязанностей товарища при недостаточности у него иного имущества для покрытия обязательств.

Прибыль, полученная в результате совместной деятельности, распределяется пропорционально стоимости вкладов товарищей, если договором не установлен иной порядок; однако соглашение о лишении одного из товарищей права участия в прибыли силы иметь не будет.

Касательно ответственности в инвестиционных товариществах Закон устанавливает, что по общим договорным обязательствам товарищи отвечают пропорционально и в пределах стоимости оплаченной доли в общем имуществе товарищей. При недостаточности общего имущества для удовлетворения требований кредиторов управляющие товарищи солидарно несут субсидиарную ответственность всем своим имуществом. По внедоговорным обязательствам или обязательствам из договоров с контрагентами, не участвующими в предпринимательской деятельности, товарищи отвечают солидарно всем своим имуществом. В случае неисполнения обязанности по уплате налогов, налоговые обязательства должны быть погашены принудительно из средств на счете инвестиционного товарищества, а при их недостаточности — последовательно из средств на счетах управляющих товарищей и остальных участников товарищества пропорционально их доле в общем имуществе.

2. *Kommanditgesellschaft* в немецком праве

В Германии соответствующий правовой механизм *Kommanditgesellschaft* (далее — *KG*) предусматривается §§161–177а Торгового кодекса Германии². Данные партнерства, согласно немецкому праву, имеют необычный статус — соглашение о партнерстве хотя и не является напрямую юридическим лицом, имеет определенные его черты.

¹ Ч. 2 ст. 1042 ГК РФ.

² §161–177, Handelsgesetzbuch (<http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html>).

В частности, *KG* может быть субъектом процедуры банкротства, выступает в суде от своего имени, имеет собственных кредиторов, вправе приобретать имущество, которое будет принадлежать ему же, а также регистрируется в особом коммерческом реестре. В таких партнерствах выделяются «полные» (*Komplement re*) и «неполные» (*Kommanditisten*) партнеры, при этом ответственность первых, имеющих управленческие функции, не ограничена, в то время как не участвующие в управлении партнеры хотя и отстранены от прямого управления, но отвечают по долгам партнерства лишь в размере своих вкладов. Партнерство считается учрежденным с момента регистрации договора о партнерстве в коммерческом реестре. В случае, если деятельность партнерства велась до регистрации, все участвовавшие в ней инвесторы будут ответственны как полные партнеры; ответственность станет ограниченной только после регистрации их статуса как не участвующих в управлении¹. В реестр вносятся сведения о том, кто из партнеров не участвует в управлении, а также размер суммы, в пределах которой они несут ответственность.

Юридическое лицо в немецком праве, согласно сложившейся практике, может выступать в роли единственного управляющего партнера *KG*, и даже в тех случаях, когда единственной целью такой конструкции будет ограничение ответственности бенефициара для защиты его собственности от кредиторов, судебная практика защищает собственника от обращения взыскания на его личное имущество².

По немецкому законодательству, партнеры, не участвующие в управлении, не вправе представлять интересы партнерства ни при каких обстоятельствах, а участвовать в управлении могут лишь по вопросам, связанным с совершением экстраординарных сделок. Такими сделками являются те, предмет, цель или уровень риска которых не позволяют отнести их к обычной хозяйственной деятельности; судебная практика относит к ним, например, выдачу кредитов, не связанных с деятельностью партнерства, сделки с недвижимостью, выдачу генеральной доверенности и т. п. Тем не менее, неполные партнеры вправе получать копии ежегодных отчетов, проверять книги учета средств и иные финансовые документы партнерства. В случае роспуска партнерства, не участвующие в управлении партнеры вправе претендовать

¹ §176, Handelsgesetzbuch.

² S. Sch. w. J., Bundesgerichtshof 45, 204, 17.03.1966 (<http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/fezer/BGHZ%2045,%20204.pdf>).

на соответствующую часть его прибыли и активов, однако не могут требовать выплаты, если убытки, приходящиеся на долю инвестора, превышают установленную сумму (которая может быть меньше размера участия партнера в капитале)¹. Также те из неполных партнеров, кто вступил в уже имеющее задолженность *KG*, будут нести ответственность по существующим обязательствам, но в пределах суммы вклада. Однако они не имеют ни фидуциарных обязанностей по отношению к компании, ни обязанностей по управлению. Доли таких партнеров могут свободно отчуждаться и передаваться, если иное не предусмотрено учредительным договором, поскольку эта категория инвесторов имеет небольшое влияние на *KG*.

3. Limited partnerships по праву Великобритании

В английском праве подобный инвестиционный механизм определен в форме *limited partnership*, установленной Актом о партнерствах с ограниченной ответственностью 1907 г. По английскому праву, эти партнерства не относятся к отдельным юридическим лицам (*separate legal entity*), однако по праву Шотландии они обладают юридической личностью (*corporate personality*). Эта форма пользуется популярностью при осуществлении не прямых инвестиций в недвижимость по причине прозрачности налогообложения прямыми налогами. *Limited partnership* позволяет сосредоточить усилия различных типов инвесторов, которые будут облагаться налогом, каждый — в соответствии со своим правовым статусом. Однако, в последнее время данная форма стала менее пригодной для инвестиций в высоколиквидные активы по причине обложения вкладов в партнерство 4%-ым гербовым сбором на сделки с недвижимостью (*stamp duty land tax*), исчисляемым от стоимости базового актива. Впрочем, такие партнерства сохраняют актуальность в тех случаях, когда планируются долгосрочные инвестиции или имущество приобретается по низкой цене.

Как и в немецком праве, к *limited partnerships* применяются общие правила о партнерствах, а также выделяются «управляющие» (*general partners*) и «неуправляющие» партнеры (*limited partners*). Юридические лица могут выступать в любой из этих ролей. Более того, любой из партнеров может участвовать в нескольких подобных партнерствах. Таким образом, в английском партнерстве должно быть не менее 2 партнеров

¹ §169, Handelsgesetzbuch.

(хотя бы по одному *general* и *limited partner*) и не более 20¹, за редкими исключениями (например, если все партнеры являются зарегистрированными солиситорами или участниками организованного рынка ценных бумаг)².

General partners уполномочены управлять фирмой и принимать обязательства от ее лица. Неся полную ответственность по обязательствам партнерства своим имуществом, они имеют широкие полномочия по ведению его текущих дел. Поскольку ответственность управляющего партнера не ограничена, распространенной практикой является использование конструкции корпорации или компании с ограниченной ответственностью в качестве *general partner*. Чаще всего в роли полного партнера выступает компания, занимающаяся венчурными или прямыми инвестициями; которая приобретает актив и управляет им, увеличивая его стоимость, а затем продает.

В договоре о партнерстве устанавливается сумма вклада неуправляющих партнеров, в пределах которой они несут ответственность, в то время как *general partners* солидарно отвечают по долгам и обязательствам партнерства безо всяких ограничений. Вклад неуправляющего партнера может быть внесен только в форме денег или иного имущества, в частности, не допускается вклад в виде обязательства по оказанию услуг³. Хотя они и не вправе потребовать возврата своего вклада (последствием таких действий будет распространение на них ответственности по долгам партнерства в размере полученной суммы), *limited partners* обычно получают долю прибыли партнерства. По умолчанию такие доли предполагаются равными, как и убытки⁴. Неуправляющему партнеру может быть предоставлено право представлять интересы компании, однако, если его действия будут свидетельствовать об участии в управлении⁵, на него может быть распространен статус управляющего партнера, в том числе в части неограниченной ответственности по обязательствам партнерства, возникшим вследствие таких действий. Также они пользуются правами ознакомления и проверки финансовых документов партнерства, вправе оценивать состояние и перспективы бизнеса, могут

¹ Sec. 4 (2) Limited Partnership Act 1907 (<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/bimmanual/bim72515.htm>).

² Sec. 717 Companies Act 1985 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6>).

³ Sec. 4 (2) LPA 1907.

⁴ Sec. 24 (1) Partnership Act 1890.

⁵ Sec 6 (1) LPA 1907.

обращаться к управляющим партнерам с рекомендациями по данным вопросам. К числу их прав также относится требование о согласовании любых изменений партнерского договора или сущности деятельности партнерства, однако, в отличие от *general partners*, они не имеют права голоса по вопросам принятия новых партнеров в компанию.

По общему правилу, партнерство должно управляться лицом, одобренным Управлением по финансовому регулированию Великобритании (*Financial Services Authority*), что может увеличить стоимость использования этого инструмента ведения бизнеса. Также доля в партнерстве практически не может быть отчуждена физическому лицу, поскольку по английскому праву считается частью нерегулируемой коллективной инвестиционной компании (*collective investment scheme*).

Limited partnership считается учрежденным с момента государственной регистрации в особом реестре, а в случае, если деятельность осуществляется до таковой, к такой компании будут применяться правила о простом партнерстве (*general partnership*). В регистрационном заявлении должны быть указаны сведения обо всех неуправляющих партнерах, а также об их вкладах. Лица, приобретающие доли в партнерстве в качестве *limited partners*, подлежат регистрации; уведомление о них публикуется в официальном печатном источнике, и до совершения таких действий права не будут считаться переданными¹.

Не следует смешивать *limited partnership* и *limited liability partnership*, так как они отличаются друг от друга, прежде всего, правовой природой — LLP, в отличие от *limited partnership*, является отдельным юридическим лицом (*legal entity*²). Также существенное различие заключается в ответственности партнеров — в LLP ответственность всех партнеров ограничена пределами внесенного ими вклада, и, соответственно, нет разделения на *general* и *limited partners*.

4. Master limited partnerships по праву США

Limited partnership по праву США незначительно отличается от соответствующей конструкции в Великобритании. Партнеры также разделены на управляющих и неуправляющих и имеют приблизительно те же права и обязанности. Признание подобных партнерств отдельными юридическими лицами отнесено к компетенции штатов, однако

¹ Sec 9 (1)(d), 10 LPA 1907.

² Sec 1 (1), Limited Liability Partnership Act 2000.

в общем случае они считаются имеющими юридическую личность. Преимущество этой формы перед традиционными компаниями США заключается в том, что при обращении взыскания на долю по долгам кредитор приобретает только имущественные права, но не право голоса или иные права по управлению. «Корпоративную вуаль» в таких партнерствах намного труднее поднять ввиду того, что партнерство обязано раскрывать значительно меньше информации, чем компания.

Интересной формой *limited partnership* в США являются *master limited partnerships* (далее — *MLP*), предназначенные для торговли на рынке ценных бумаг. Такие партнерства сочетают в себе налоговые преимущества *limited partnership* и возможность воспользоваться выгодой от ликвидности биржевых ценных бумаг.

В США форма *MLP* применяется в определенных отраслях, обычно связанных с использованием природных ресурсов. Например, добыча, переработка и транспортировка нефти, угля или природного газа; также возможна деятельность в сфере недвижимости, хранения. Эти сферы предпочтительны ввиду их способности приносить стабильный доход, крайне важный для этой формы организации деятельности. Для получения статуса *MLP* партнерство должно получать не менее 90% прибыли из деятельности в подобных отраслях, конкретный список которых утверждает Служба внутренних сборов США (*IRS, Internal Revenue Service*). Эта форма также используется компаниями в сфере прямых инвестиций; примером может служить *Fortress Investment Group* или *Blackstone Group*.

Инвесторы получают ежеквартальные выплаты, размер которых определяется договором между управляющими и неуправляющими партнерами; невыплата данных платежей является нарушением договора партнерства. Обычно управляющие партнеры имеют небольшую (порядка 2%) долю, однако получают значительное вознаграждение по итогам квартала, в том числе и в форме доли в партнерстве.

Размер вознаграждения управляющих партнеров обычно находится в прямой зависимости от размера таких выплат, таким образом, стимулируя менеджмент максимально увеличивать выплаты путем роста партнерства.

С налоговой точки зрения форма *MLP* удобна тем, что позволяет избежать как федерального налога на доходы юридических лиц, так и подобных сборов на уровне штатов. Неуправляющие партнеры также могут внести в собственные налоговые отчетности сведения о пропорциональном уменьшении стоимости их доли к стоимости *MLP* и, таким

образом, уменьшить свои обязательства. Также преимуществом *MLP* является возможность использовать отсроченное налогообложение практически по всем получаемым партнерами доходам.

Master limited partnerships связаны с т. н. торгуемыми на бирже фондами (*exchange-traded funds, ETF*); в частности, 25 августа 2010 года был запущен первый основанный на *MLP* фонд Alerian MLPETF, дающий инвесторам новые возможности диверсификации вложений. Выгода этого фонда, по словам президента Кенни Фенга, заключается в том, что инвесторы могут получать прибыль от дивидендов, а также сокращать издержки. Это связано с более выгодной схемой налогообложения дивидендов для *MLP*¹.

5. Биржевые паевые инвестиционные фонды в России и Exchange-traded funds по праву США

Exchange-traded funds представляют собой индексные фонды, паи которых обращаются на биржевом рынке. С такими паями можно производить те же операции, которые допускаются и в отношении обыкновенных акций на рынке. Таким образом, преимущество *ETF* перед обычными паями заключается в том, что они фактически выступают в роли нового вида ценных бумаг, некоего сертификата на портфель акций. Привлекательность *ETF* для инвесторов заключается в низкой цене, более выгодных налоговых аспектах, а также в чертах, присущих акциям на бирже. Цена *ETF*, подверженная изменениям котировок на рынке, более гибка по сравнению с ценой пая в ПИФе, определяемой на конец дня на основе стоимости чистых активов. Для приобретения *ETF* допускается использование кредитного плеча, а также возможность получать выгоду от пая играя на понижение.

Форма *exchange-traded funds* нашла свое отражение и в российском законодательстве; в частности, в конце июля 2012 г. был принят Федеральный закон № 145-ФЗ (далее — «145-ФЗ»)², предусматривающий новый тип паевых инвестиционных фондов — биржевые ПИФы. Данная форма призвана стимулировать развитие венчурных и высокорисковых инвестиций. Паи биржевых ПИФов будут обращаться

¹ Alerian Benchmarks First-Ever MLP ETF, 25.08.2010 (<http://www.alerian.com/wp-content/uploads/2010.08.25-Alerian-Benchmarks-First-Ever-MLP-ETF.pdf>).

² Федеральный закон от 28.07.2012 № 145-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

на торговых площадках, при этом их погашение происходит не у управляющей компании, а у маркетмейкера. У владельца инвестиционного пая есть право требовать его выкупа по цене, несущественно отклоняющейся от расчетной, лицом, уполномоченным управляющей компанией. В дальнейшем данное лицо вправе обратиться к компании за погашением выкупленных паев.

Паи будут обращаться на бирже в реальном времени, а маркетмейкер сообщает котировки на их покупку и продажу, что делает процедуру инвестирования более оперативной и повышает ликвидность паев. Сами паи могут быть оплачены как деньгами, так и иным имуществом, что позволяет получить инвестиционные паи на уже имеющийся у инвестора портфель.

Также новый закон устраняет существовавшее препятствие в регулировании венчурных инвестиционных фондов. Данное препятствие заключалось в том, что в состав инвестиционного комитета могли входить только владельцы инвестиционных паев, часто не обладавшие специальными знаниями, необходимыми для принятия решений в области высокорисковых инвестиций. 145-ФЗ позволяет владельцам паев назначать в состав комиссии независимых экспертов, получающих вознаграждение за счет имущества фонда.

С упомянутыми поправками для управляющих компаний был снят запрет на приобретение паев фондов, которыми она управляет: до этого такой запрет снижал уровень доверия инвесторов к компании, не участвовавшей собственными средствами в высокорисковых инвестициях. В новой редакции Федерального закона «Об инвестиционных фондах»¹ предусматривается право приобретать инвестиционные паи при формировании закрытого инвестиционного фонда и исключительно за денежные средства, а также без права голоса на общем собрании владельцев. После приобретения паев управляющая компания не вправе совершать сделки с ними, за исключением продажи той их части, которая превышает долю в общем количестве паев, принадлежащих ей.

В закрытых ПИФах появилась возможность установить в правилах доверительного управления фондом необходимость получения согласия управляющей компании на отчуждение пая в пользу лиц, не участвующих в данном фонде, а также отказать любому лицу в приеме заявки на приобретение пая.

¹ Федеральный закон от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах».

Таблица 1. Сравнительная характеристика инвестиционных механизмов в РФ, ФРГ, Великобритании и США.

Страна	Инвестиционный механизм	Правовая природа	Участники	Налоги	Свободное отчуждение доли	Единый реестр	Возможные риски и недостатки
Россия	Инвестиционное товарищество	Договор	Юридические лица, ИП, некоммерческие организации. 2 и более участников	Налог на прибыль или НДС для товарной. Налог на имущество организаций управляют товарищи	Нет	Нет	Отсутствие практики применения, в т.ч. судебной; отсутствие единого реестра
Германия	Kommanditgesellschaft (договор о командитном партнерстве)	Смешанный (договор с чертами юридического лица)	Допускается участие физических лиц. 2 и более участников; возможно 1, если он будет являться юридическим лицом	Местный налог на бизнес для партнерства, отдельные налоги с партнеров	Для неполных партнеров	Да	Ограниченность управляющих партнеров в правах
Великобритания	Limited partnership (партнерство с ограниченной ответственностью)	Договор	Юридические лица, специальные субъекты (кроме физических лиц). Не менее 2 и не более 20	Налогообложение партнеров в соответствии с их статусом; сборы с недвижимости	Нет	Да	Ограниченность управляющих партнеров в правах, сравнительная сложность правового регулирования
США	Master limited partnerships (квалифицированное партнерство)	Юридическое лицо	Допускается участие физических лиц. 1 участник и более	Возможность отсроченного налогообложения; налоги с партнеров, а не с партнерства; федеральных налогов на партнерство нет	Да	Да	Ограничения по видам допустимой деятельности, различное регулирование по штатам

6. Выводы

Окажутся ли принятые нововведения эффективными и будут ли восприняты практикой — покажет время. Несмотря на прогрессивную структуру новых механизмов, для инвесторов остаются значительным минусом высокие риски, связанные с отсутствием судебной и предпринимательской практики; что в условиях российского права означает невозможность четко оценить приспособленность данных инструментов к реалиям рынка. Тем не менее, если судить по зарубежному опыту использования подобных форм ведения инвестиционной деятельности, можно предположить, что законодательное приближение отечественных инвестиционных схем к международным стандартам и способам ведения бизнеса не может не оказать положительного влияния на улучшение инвестиционного климата в России.

Александр Коньков

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

Акционерное соглашение в России: последствия нарушения

Институт акционерного соглашения появился в российском праве относительно недавно, в связи с внесением изменений в ФЗ «Об акционерных обществах»¹ (далее — ФЗ «Об АО») и ФЗ «О рынке ценных бумаг»² (далее — ФЗ «О рынке ЦБ»). В то же время, использование данного института в настоящий момент вызывает множество проблем, в связи с чем российские акционеры не могут в полной мере оценить все достоинства такого института. Представляется, что одной из основных причин, порождающих недоверие к институту акционерных соглашений, является слабая регламентация правовых последствий его нарушения, некая «правовая неопределенность», которую акционеры по понятным причинам стремятся устранить.

Цель настоящей статьи заключается в исследовании и анализе как правовых последствий, которые прямо предусмотрены в российском законодательстве на случай нарушения акционерного соглашения, так и тех из них, которые, хотя и не предусмотрены в действующем законе, тем не менее, заслуживают отдельного внимания.

В данной статье будут рассмотрены следующие вопросы:

- Оспаривание решений органов управления и сделок на основании нарушения акционерного соглашения;
- Понуждение к исполнению акционерного соглашения в натуре;
- Возмещение убытков, взыскание неустойки и выплата компенсации;
- Иные меры ответственности;
- Способы обеспечения исполнения акционерного соглашения.

Указанные выше правовые последствия могут быть классифицированы по различным основаниям. Прежде всего, следует различать

¹ Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 28.07.2012) «Об акционерных обществах». СПС Консультант Плюс.

² Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ (ред. от 28.07.2012) «О рынке ценных бумаг». СПС Консультант Плюс.

внутренние (корпоративно-правовые) и внешние (гражданско-правовые) последствия. Представляется возможным отделение обязанности по исполнению соглашения в натуре от мер ответственности. Безусловно, отдельно от мер ответственности следует рассматривать и способы обеспечения. Автор настоящей статьи допускает существование и иных классификаций, имеющих в данном случае лишь познавательное значение.

1. Оспаривание решений органов управления и сделок на основании нарушения акционерного соглашения

	Законопроект (2007) ¹	ФЗ «Об АО»	Проект изменений в Гражданском Кодексе РФ ²
Оспаривание решений органов управления	Не допускается	Не допускается	Допускается
Оспаривание сделок	Не допускается	Допускается	Допускается

1.1. Оспаривание решений органов управления.

Согласно абз. 2 п. 4 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», нарушение акционерного соглашения не может являться основанием для признания решений органов управления общества недействительными. Иначе говоря, оспаривание указанных решений по действующему законодательству невозможно.

В то же время, по мнению В. В. Долинской, применение такой меры ответственности, как признание решений органов управления обществом недействительными на основании нарушения акционерного соглашения, напрямую зависит от того, являются ли сторонами такого соглашения все акционеры либо лишь некоторая их часть³. Кроме

¹ Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «Об акционерных обществах» (в части регулирования акционерных соглашений)». <http://www.economy.gov.ru/mines/main>.

² Проект Федерального закона № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в 1 чтении 27.04.2012) (далее — Проект изменений в ГК РФ или Проект). <http://www.duma.gov.ru/>.

³ Долинская В. В., Фалеев В. В. Миноритарные акционеры: статус, права и их осуществление (отв. ред. В. В. Долинская). «Волтерс Клувер», 2010. СПС Консультант Плюс.

того, В. Кузнецов предлагает также учитывать, затрагиваются ли таким решением права третьих лиц¹.

Справедливость и пронизательность указанных суждений можно подтвердить на основании следующего:

1. Нарушение акционерного соглашения по праву Германии не приводит к недействительности решения, принятого собранием участников. Однако, исключением является соглашение, сторонами которого являются все участники². При этом стоит отметить, что российское акционерное соглашение тяготеет скорее к немецкой модели, чем к английской, и как следствие — велика вероятность того, что российский законодатель воспримет немецкую корпоративно-правовую практику.

2. Проект изменений в ГК РФ допускает признание недействительным решения, принятого общим собранием, если на момент принятия такого решения сторонами корпоративного договора являлись все участники хозяйственного общества, а признание такого решения недействительным не нарушает права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

1.2. Оспаривание сделок

Согласно абз. 1 п. 4 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», договор, заключенный стороной акционерного соглашения в нарушение такого соглашения, может быть признан судом недействительным по иску заинтересованной стороны акционерного соглашения только в случаях, если будет доказано, что другая сторона по договору знала или заведомо должна была знать об ограничениях, предусмотренных акционерным соглашением.

Из приведенной статьи закона видно: основную трудность в оспаривании договора, заключенного в нарушение акционерного соглашения, составляет доказывание того, знала ли сторона-контрагент или должна была знать об отдельных элементах акционерного соглашения. При этом представляется, что осведомленность об ограничениях, предусмотренных таким соглашением, не исчерпывает информацию, которой должен располагать контрагент об акционерном обществе.

¹ Кузнецов В. К вопросу о соглашениях акционеров. «ЭЖ-Юрист», 2009, № 44. СПС Консультант Плюс.

² Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед. «Вестник гражданского права», 2010, Т. 10 № 1. СПС Консультант Плюс.

При буквальном толковании п. 1 ст. 32.1 ФЗ «Об АО» можно увидеть только одно прямо допускаемое ограничение, которое выражается в договорной обязанности акционера воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств. Очевидно, что случаи, когда заключенная сделка может войти в противоречие с акционерным соглашением, значительно больше. Так, например, решение общего собрания об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество стоимостью более 50 процентов балансовой стоимости активов общества, может быть принято в противоречии с положениями акционерного соглашения о «голосовании определенным образом» или «согласовании варианта голосования». Представляется, что обязательство акционеров голосовать определенным образом является не ограничением на заключение сделки, а изменением порядка осуществления корпоративного управления, о котором контрагент в необходимых случаях должен быть осведомлен.

Российское законодательство предусматривает ряд случаев, когда информация об акционерном соглашении должна быть предоставлена / раскрыта иным лицам (см. соответствующую таблицу). При этом следует учитывать, что под предоставлением информации понимается предоставление ее конкретному лицу (по смыслу п. 5 статьи 32.1 ФЗ «Об АО» — акционерному обществу), а под раскрытием — обеспечение ее доступности всем заинтересованным лицам независимо от целей ее получения. Следовательно, положения статьи 30 ФЗ «О рынке ЦБ», предусматривающие именно раскрытие информации, в наибольшей степени отвечают интересам третьих лиц, которые по той или иной причине могут быть в ней заинтересованы. Таким образом, третьи лица (в том числе контрагент по сделке с акционерным обществом) имеют законные основания требовать от общества информацию о заключенном акционерном соглашении в пределах содержания, установленного статьей 30 ФЗ «О рынке ЦБ». В соответствии с указанной статьей раскрытию подлежит также и информация о количестве обыкновенных акций эмитента, что предоставляет конкретному акционеру возможность распоряжаться голосами на общем собрании. Стоит, однако, оговориться: указанный выше порядок предоставления информации распространяется лишь на акционерные общества, выпуск акций которых сопровождался регистрацией их проспекта.

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 28.07.2012) «О защите конкуренции». СПС Консультант Плюс.

Адресат	Условие	Основание
Акционерное общество (предоставление информации)	— Возможность прямо или косвенно распоряжаться более чем 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 или 75 процентами голосующих акций; — Выпуск акций сопровождался регистрацией их проспекта.	Пункт 5 статьи 32.1 ФЗ «Об АО»
Акционерное общество (эмитент), орган, осуществляющий контроль и надзор на финансовых рынках (ФСФР), любые заинтересованные лица (раскрытие информации)		Статья 30 ФЗ «О рынке ЦБ»
Антимонопольный орган (ФАС) (получение согласия на распоряжение акциями)	— Возможность прямо или косвенно распоряжаться более чем 25, 50, 75 процентами голосующих акций; — Определенная законом минимальная суммарная стоимость активов или суммарная выручка.	Пункт 1 статья 28, подпункт 5 пункта 1 статьи 30 ФЗ «О защите конкуренции» ³ (предварительный и последующий контроль соответственно)
Налоговый орган (ФНС) (внесение сведений в ЕГРЮЛ)	— В случае наделения акционера (участника) полномочиями непропорционально его доле в уставном капитале.	Статья 66 Проекта изменений в ГК РФ

Особого внимания заслуживает вопрос о необходимости согласования условий акционерного соглашения с антимонопольным органом. Долгое время в юридической литературе указанное обстоятельство подвергалось сомнению¹. В Письме ФАС от 01.07.2011² была подтверждена³ необходимость согласования сделок (в том числе, акционерных соглашений), влекущих возможность прямо или косвенно распоряжаться более чем 25, 50 и 75 процентами голосующих акций и отвечающих стоимостным критериям, указанным в ФЗ «О защите конкуренции». В то же время, доступ третьих лиц к информации, предоставляемой сторонами акционерного

¹ Долинская В. В., Фалеев В. В. Указ. соч.

² Письмо ФАС от 01.07.2011. СПС Консультант Плюс.

³ Примечательно, что однозначной судебной практики по данному вопросу не выработано. Так, в Решении Арбитражного суда Тюменской области по делу № А70–7811/2011 суд посчитал, что результаты проверки условий акционерного соглашения антимонопольной службой не имеют значения для рассматриваемого дела.

соглашения в антимонопольный орган, мыслится практически невозможным и уж тем более несвободным.

С учетом особых требований к конфиденциальности акционерных соглашений, следует признать удачным, хотя и не решающим всех проблем, подход, предложенный в Проекте изменений в ГК РФ, в соответствии с которым, любое распределение правомочий акционеров (участников) непропорционально их доле в уставном капитале подлежит фиксации в ЕГРЮЛ как публично доступным источником. В то же время, в Проекте не решен вопрос о предоставлении контрагенту акционерного общества сведений о возможных ограничениях на заключение сделок отдельными акционерами. В этом смысле заслуживает внимания позиция А. Молотникова, который полагает, что доступ к подобным сведениям (в порядке исключения из тезиса о конфиденциальности акционерного соглашения) должен быть предоставлен акционерным обществом всем его контрагентам¹. Это связано с тем, что, прежде всего, само общество заинтересовано, чтобы контрагент был лишен возможности ссылаться на свою неосведомленность в том случае, если акционерное соглашение будет нарушено.

2. Понуждение к исполнению акционерного соглашения в натуре

Сама по себе возможность понуждения нарушившей акционерное соглашение стороны к исполнению своей договорной обязанности в натуре российским законодательством прямо не урегулирована. Данное обстоятельство позволило отдельным исследователям² предположить, что указанная мера возможна как одно из последствий нарушения акционерного соглашения. Согласно п. 2 ст. 396 ГК РФ, потерпевшая сторона вправе требовать исполнения обязательства в натуре, если такое обязательство было исполнено ненадлежащим образом, либо не исполнено вообще. При этом, в последнем случае возможность предъявления указанных требований независимо от возмещения убытков и уплаты неустойки должна быть прямо предусмотрена в акционерном соглашении.

¹ Молотников А. Е. Соглашение акционеров. «Акционерное общество: вопросы корпоративного управления», 2006, № 9. СПС Консультант Плюс.

² Басова Т. Ю. Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур. «Право и экономика», 2011, № 12. СПС Консультант Плюс. Корнев И., Арутюнян В. Акционерное соглашение: заключение, содержание, исполнение. «Корпоративный юрист», № 1, январь 2010. СПС Консультант Плюс.

В то же время, позиция, представленная выше, не учитывает следующие обстоятельства:

1. При буквальном толковании п. 7 ст. 32.1 можно сделать вывод о том, что судебной защите подлежат только меры ответственности, предусмотренные сторонами в акционерном соглашении. Как известно, требование об исполнении обязательства в натуре не может рассматриваться в качестве меры ответственности¹. Следовательно, положение акционерного соглашения о возможности понуждения нарушившей стороны к исполнению обязательства в натуре следует рассматривать не иначе, как натуральное обязательство, не обеспеченное исковой защитой.

2. Сама возможность исполнения в натуре тех или иных обязательств, предусмотренных акционерным соглашением, может различаться. В этом смысле наиболее взвешенной представляется позиция Ю. С. Поварова, который предлагает разделить обязательства из акционерного соглашения на те, что нетрудно исполнить в натуре, и те, чье исполнение в натуре невозможно либо не целесообразно. Аналогичной позиции, в целом, придерживаются и другие ученые². В частности, Д. В. Ломакин замечает, что хотя в Англии подобные требования и предъявляются, их удовлетворение судом «связано со значительными трудностями»³. Применительно к практике Германии Х. Ода отмечает, что в отдельных случаях «нет смысла использовать данное средство правовой защиты, так как процесс вынесения такого решения (судом) занимает слишком много времени»⁴. В самом деле, крайне затруднительно потребовать исполнения в натуре обязанности проголосовать «определенным образом», если конкретное решение уже было принято. Тем не менее, по мнению С. П. Степкина, даже такая обязанность может быть исполнена в натуре посредством созыва общего собрания акционеров, на котором будет одобрено решение об отмене или изменении ранее принятого решения. В то же время, указанный автор

¹ Что прямо проистекает из названия ст. 396, где исполнение обязательства в натуре и ответственность противопоставляются. По сути, надлежащее исполнение не может быть мерой ответственности.

² Поваров Ю. С. Последствия нарушения акционерного соглашения. «Законы России: опыт, анализ, практика», 2011, № 5. СПС Консультант Плюс.

³ Ломакин Д. В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства. Вестник ВАС РФ. 2009. № 8. СПС Консультант Плюс.

⁴ Ода Х. Указ. соч.

ограничивает подобный подход случаями, когда требуется оспорить решение об одобрении еще не заключенной сделки¹.

Представляется, что из-за неточности положений п.7 ст.32.1, а также по причине отсутствия иного регулирования вопроса о возможности применения последствий в виде требования об исполнении обязательства в натуре, возможность использования данного средства защиты будет связана со значительными рисками признания соответствующего условия акционерного соглашения недействительным с последующим отказом в судебной защите.

3. Возмещение убытков, взыскание неустойки и выплата компенсации

3.1. Возмещение убытков и взыскание неустойки

Такие меры ответственности, как возмещение убытков и взыскание неустойки, являются традиционными для российского права. Хотя они и указаны прямо в п.7 ст.32.1 ФЗ «Об АО» применительно к акционерному соглашению, их все же следует рассматривать как типичные гражданско-правовые меры ответственности², предусмотренные Гражданским кодексом и применяемые, при указании на то сторонами, в случае нарушения договора, в том числе и акционерного соглашения. В то же время, как справедливо замечает Ю.С. Поваров, общим местом рассуждений современных ученых и практиков по поводу возмещения убытков и взыскания неустойки является повышенное внимание к их «слабым местам»³.

Как известно, возмещение убытков связано с практическими трудностями, которые возникают при определении факта их наличия, доказывании их размера и выявлении причинно-следственной связи между понесенными убытками и действиями нарушившей соглашение стороны⁴. Предположим, например, что сторона акционерного соглашения нарушила свою обязанность «проголосовать определенным

¹ Степкин С.П. Гражданско-правовой институт акционерных соглашений: монография. «Петроруш», 2011. СПС Консультант Плюс.

² Строго говоря, неустойка является способом обеспечения исполнения обязательств, хотя и рассматривается часто как самостоятельная мера ответственности.

³ Поваров Ю.С. Указ. соч.

⁴ Ст. 15 Гражданского кодекса РФ.

образом» на общем собрании, в результате чего было принято решение, не соответствующее интересам других акционеров. При доказывании предусмотренных статьей 15 ГК РФ обстоятельств в указанной ситуации пострадавшие стороны акционерного соглашения могут столкнуться с тем, что убытки, причиненные решением, которое было принято с нарушением условий соглашения, будут либо неочевидны, либо неопределимы, либо вообще, как таковые, будут отсутствовать. Применительно к договорам, опосредующим передачу имущества (например, договорам поставки, купли-продажи), данная проблема на практике решается при помощи детальной регламентации в самом договоре порядка определения и расчета причиненных убытков. В то же время, отношения, проистекающие из акционерного соглашения, не всегда могут быть выражены в конкретных величинах, следовательно, указанная практика к ним применима лишь отчасти.

Стоит признать, что вопрос о проблемах, возникающих в связи с возмещением убытков, совсем недавно попал в поле зрения российского законодателя и судейского сообщества. Так, Президиум ВАС РФ в своем Постановлении от 6 сентября 2011 года¹ признал недопустимым отказ в удовлетворении требований о возмещении убытков лишь на том основании, что стороны не смогли определить размер таких убытков. В соответствии с указанным постановлением суд вправе самостоятельно определять размер убытков, если сторонами не будут представлены соответствующие доказательства. Показательно, что данная позиция нашла свое отражение также в Проекте изменений в ГК. Безусловно, практичность данных нововведений очевидна, однако необходимо заметить, что они не решают полностью проблему «неопределенности» убытков. Представляется, что суд при определении размера убытков столкнется с теми же затруднениями, что и сами стороны, – необходимо будет произвести оценку «рыночной стоимости» корпоративных и производных от них прав и обязанностей, предусмотренных акционерным соглашением.

Взыскание неустойки как мера ответственности за нарушение акционерного соглашения является более перспективной. Согласно п. 1 ст. 330 по требованию об уплате неустойки, кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, но должен доказать лишь факт неисполнения или ненадлежащего исполнения договорной обязанности

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56–44387/2006. СПС Консультант Плюс.

другой стороной. В то же время, неустойка имеет свои недостатки, связанные с возможностью ее уменьшения судом. В этом смысле следует иметь в виду следующие обстоятельства:

1. Конституционный суд в своем Определении от 21 декабря 2000 года признал, что уменьшение неустойки, в случае явной ее несоразмерности последствиям нарушения обязательства, является не только правом, но и обязанностью суда, который посредством уменьшения несоразмерной неустойки пресекает случаи злоупотребления правом¹.

2. В 2007 Минэкономразвития был подготовлен проект изменений к ФЗ «Об АО», где предлагалось ввести специально для института акционерных соглашений неуменшаемую судом неустойку с отражением соответствующих изменений в ст. 333 ГК РФ. Указанная инициатива подверглась жесткой критике со стороны отдельных членов Совета по кодификации гражданского законодательства и, в конце концов, была отвергнута².

3. Состоятельность правовых позиций Конституционного Суда РФ по поводу уменьшения размера неустойки была поставлена под сомнение в Постановлении ВАС РФ от 22 декабря 2011 года. В соответствии с указанным Постановлением, мера ответственности в виде взыскания неустойки должна применяться исключительно по заявлению должника, при этом сама процедура признания неустойки несоразмерной должна включать не только доказывание несоразмерности такой неустойки со стороны должника, но и последующее доказывание ее соразмерности со стороны кредитора, если, конечно, кредитор пожелает представить соответствующие доказательства³.

4. Проект Изменений в ГК в полной мере учитывает разъяснения, данные ВАС РФ, и допускает уменьшение неустойки только по заявлению должника. В Проекте также предлагается ограничить

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 № 263-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Наговицына Юрия Александровича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации». СПС Консультант Плюс.

² Суханов Е. А. Из практики Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации. «Вестник гражданского права». 2010, Т. 10 № 1. СПС Консультант Плюс.

³ Постановление Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 года «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации». СПС Консультант Плюс.

возможность уменьшения неустойки, подлежащей уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, случаями, когда в результате взыскания полной суммы неустойки кредитор получит «необоснованную выгоду».

С учетом всего вышесказанного можно сделать вывод о потенциальной применимости неустойки в качестве меры ответственности за нарушение акционерного соглашения. В то же время, угроза ограничения неустойки судом, хотя и по заявлению должника, требует от пострадавшей стороны примерной оценки объема нарушенных прав, что, как и в случае с возмещением убытков, может вызвать значительные затруднения.

3.2. Выплата компенсации

Выплата компенсации является третьей (после возмещения убытков и взыскания неустойки) мерой ответственности, прямо поименованной в п. 7 ст. 32 ФЗ «Об АО». Стоит заметить, что в связи с явными недостатками первых двух мер ответственности, именно компенсации уделяется наибольшее внимание в юридической литературе, посвященной институту акционерных соглашений.

В то же время законодательное регулирование компенсации все еще остается практически нулевым, что позволяет ученым и юристам лишь строить догадки о том, каков потенциал этой меры и как она должна применяться. Представляется целесообразным обозначить некоторые из таких «догадок» в настоящей статье.

1. Достаточно распространено мнение о том, что компенсация является ничем иным, как институтом заранее оцененных убытков, известным праву большинства развитых стран¹. С этой точкой зрения можно поспорить, поскольку компенсация, согласно п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», — это не только «твердая денежная сумма», но и «сумма, подлежащая определению» в порядке, установленном акционерным соглашением. В то же время, например, в Англии, заранее оцененные убытки (Liquidated damages) традиционно представлены фиксированной суммой.

2. В юридической литературе компенсация, предусмотренная п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», часто смешивается с компенсацией, предусмотренной в части четвертой ГК. П. 3 ст. 1252 ГК предусматривает, что

¹ Садиков О. Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. «Статут», 2009. СПС Консультант Плюс.

компенсация может выплачиваться взамен возмещения убытков, и при этом правообладателю достаточно доказать лишь факт нарушения его исключительного права. Аналогичное регулирование в ст. 32.1 отсутствует, в то же время, как пишет Д. В. Ломакин: «При нарушении договорных обязательств участники акционерного соглашения... освобождаются от необходимости обосновывать величину причиненных убытков...». Подобный подход, хотя и логически понятен, не основан на нормах закона. Кроме этого, между указанными мерами ответственности есть ряд существенных отличий, которые, опять же, не позволяют признать их полную тождественность:

Компенсация (п. 3 ст. 1252 ГК)	Компенсация (п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об АО»)
Обязанность выплаты устанавливается законом.	Обязанность выплаты устанавливается договором
Размер определяется правообладателем в пределах, установленных законом. Суд может по своему усмотрению и с учетом особенностей конкретного дела уменьшить размер компенсации, но обязан обосновать свое решение ² .	Размер определяется сторонами в акционерном соглашении. Предполагается, что стороны рассматривают оговоренную сумму в качестве справедливой и достаточной.

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод о неопределенной правовой природе компенсации как меры ответственности за нарушение акционерного соглашения. Законом не определены ни условия ее применения, ни ее соотношение с неустойкой. Остается лишь надеяться, что все указанные вопросы будут в скором времени регламентированы либо в законе, либо в разъяснениях высших судебных инстанций.

4. Иные меры ответственности

4.1. Штрафной опцион²

Штрафной опцион — обязанность стороны акционерного соглашения при наступлении определенных условий негативного характера

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». СПС Консультант Плюс.

² Долинская В. В., Фалеев В. В. Указ. соч.

продать свой пакет акций по определенной цене или выкупить пакеты акций остальных участников соглашения по определенной цене. Такая обязанность может возникнуть в случаях, когда сторона акционерного соглашения не согласовала свой вариант голосования, проголосовала иным образом, чем предусмотрено в соглашении, или совершила иные действия, существенно нарушающие акционерное соглашение. Следует согласиться с мнением С. Г. Степкина, который полагает, что штрафной опцион — «это крайняя мера ответственности, которую могут предусмотреть участники общества в договоре»¹.

В то же время применение опционов, особенно в корпоративном праве, вызывает множество нареканий. В настоящий момент опционы как разновидность договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, имеют весьма слабое законодательное регулирование и применяются чаще всего на финансовых рынках. О невозможности использования штрафных опционов свидетельствует решение суда по делу ООО «Верный знак», где условие, содержащее опцион, было признано недействительным, так как ограничивало права участников, что недопустимо согласно ст. 22 ГК РФ².

4.2. Потеря права голоса, утрата права на участие в распределении прибыли

Право на участие в общем собрании общества, а также право на получение дивидендов, являются, согласно п. 2 ст. 31 ФЗ «Об АО», основными правами акционера, владельца обыкновенных акций общества. Их ограничение, хотя и является возможным, исходя из п. 1 ст. 32.1. того же Закона, допускающего установление обязанности воздерживаться от осуществления прав, удостоверенных акциями, тем не менее, подвергается сомнению со стороны отдельных ученых юристов. В частности, В. В. Витрянский сомневается в целях таких ограничений. По мнению ученого, «мы не готовы к этому в наших условиях корпоративных захватов, рейдерства, бесконечного злоупотребления правом, ущемления прав акционеров»³. В то же время, по мнению С. П. Степкина, такая мера ответственности все же может быть применена в акционерном

¹ Степкин С. П. Указ. соч.

² Постановление Арбитражного суда города Москвы от 24 ноября 2010 года по делу № А40-140918/09-132-894. СПС Консультант Плюс.

³ Суханов Е. А. Указ. соч.

соглашении, но «она должна быть соразмерной нарушению, допущенному стороной соглашения и тем последствиям, которые повлекло такое нарушение»¹. В зависимости от «тяжести» нарушения может различаться, в частности, срок ограничения прав акционера.

Тем не менее, с учетом сложившейся судебной практики можно предположить, что всякая попытка ограничить права акционера будет рассматриваться как нарушение ст. 22 ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 9 ГК РФ, отказ лица от осуществления принадлежащих ему прав не влечет прекращения этих прав, если иное не предусмотрено законом. С этой точки зрения, следует признать, что условия акционерного соглашения об ограничении прав акционера в виде санкции за нарушение им такого соглашения не будут обеспечены судебной защитой; следовательно, включение их в акционерное соглашение по меньшей мере нецелесообразно.

5. Способы обеспечения исполнения акционерного соглашения

Согласно п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об АО», акционерным соглашением могут предусматриваться способы обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из такого соглашения. Стоит признать, что о некоторых из них уже было сказано в настоящей статье. Как справедливо замечает Ю. С. Поваров, неустойка, будучи одним из способов обеспечения исполнения обязательств, имеет также обеспечительную направленность, и поэтому часто рассматривается как форма гражданско-правовой ответственности². Наряду с этим штрафной опцион, рассматриваемый в юридической литературе преимущественно как мера ответственности, выступает одновременно мощнейшим средством стимулирования, побуждающим акционера, заинтересованного в сохранении своего пакета, действовать в соответствии с условиями акционерного соглашения.

Примечательно, что, несмотря на немалое количество способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных ГК РФ (среди них, помимо неустойки, следует назвать залог, задаток, поручительство, банковскую гарантию), лишь некоторые из них способны обеспечивать исполнение обязанностей, являющихся предметом

¹ Степкин С. П. Указ. соч.

² Поваров Ю. С. Указ. соч.

акционерного соглашения. В то же время большинство указанных способов направлены на обеспечение исполнения денежных обязательств, установление которых в акционерном соглашении в ряде случаев весьма затруднительно. Так, условие акционерного соглашения о перераспределении дивидендов, хотя и может быть с успехом обеспечено, например, залогом или поручительством, на практике, вероятнее всего, будет признано судами недействительным. При обеспечении же указанными способами неденежного обязательства, например, обязанности акционера голосовать определенным образом на общем собрании, неизбежно возникнет вопрос об их эквивалентности последствиям нарушения.

Представляется возможным обеспечить неденежные обязательства акционера, например, залогом принадлежащих ему акций, оставляя за ним право голоса по таким акциям и право на получение дивидендов. Однако в случае нарушения им таких обязательств, возможно ли будет точно определить долю заложенных акций, на которые должно быть обращено взыскание? В любом случае, речь пойдет о трансформации неденежного обязательства в денежное со всеми вытекающими из этого трудностями, связанными с оценкой «рыночной стоимости» голоса акционера на конкретном общем собрании. При этом вызывает особые сомнения возможность обращения взыскания на весь принадлежащий акционеру пакет. Думается, что суды вряд ли признают такие меры эквивалентными допущенному нарушению. Аналогичные меры следует распространить и на поручительство, так как поручитель обязуется погасить в субсидиарном порядке денежное обязательство должника, а не проголосовать за него на общем собрании.

Задаток как способ обеспечения исполнения акционерного соглашения особо выделяет Ю. С. Поваров. Автор полагает, что роль задатка может измениться в связи с дополнением ст. 380 ГК РФ пунктом 3, где сказано, что задатком могут быть обеспечены «иные требования» (то есть неденежные)¹. В то же время в Проекте говорится: случаи, когда задаток может обеспечивать такие «иные требования», должны быть прямо предусмотрены законом. Представляется, что именно этот момент и станет препятствием в использовании задатка для обеспечения исполнения акционерного соглашения.

Что касается банковской гарантии, то ее использование для обеспечения исполнения обязательств из акционерного соглашения

¹ Проект изменений в ГК.

представляется вполне допустимым. Тем не менее, следует согласиться с мнением С. П. Степкина, который полагает, что необходимость выдачи сторонами банковских гарантий для каждого возможного случая нарушения акционерного соглашения затрудняет использование данного способа обеспечения и вряд ли приведет к его широкому распространению¹.

6. Выводы

Институт российского акционерного соглашения за последние несколько лет претерпел значительные изменения. В теории и на практике принимались и принимаются многочисленные меры по его оптимизации и адаптации к сложившимся в России реалиям корпоративного управления. В настоящей статье была предпринята попытка рассмотреть традиционно «большую» для акционерных соглашений проблему, а именно правовые последствия их нарушения.

В ходе рассмотрения были выявлены сильные и слабые стороны отдельных правовых мер, направленных на обеспечение интересов акционеров, указаны пути их дальнейшего развития и совершенствования. По мнению автора настоящей статьи, особого внимания заслуживают такие правовые последствия, как оспаривание решений органов управления общества, возмещение убытков и взыскание неустойки. Указанные меры, не получившие развития в рамках применения ст. 32.1 ФЗ «Об АО», неизбежно получают «вторую жизнь» в связи с принятием масштабных изменений и дополнений в ГК РФ. Остается лишь выразить надежду на то, что перемены, коснувшиеся института российского акционерного соглашения, будут благоприятно восприняты судебным сообществом, практикующими юристами и, в первую очередь, акционерами.

¹ Степкин С. П. Указ. соч.

Александр Копылов

соискатель кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Правовое регулирование банковской деятельности в Швейцарии

В настоящее время в Швейцарии более трехсот юридических лиц имеют лицензию на осуществление банковской деятельности, среди которых выделяются два так называемых «банка-гиганта» (*UBS AG* и *Credit Suisse AG*), осуществляющих свою деятельность по всему миру и подлежащих специальному регулированию и надзору. Более двадцати банков являются полностью или частично государственными, более шестидесяти — региональными или сберегательными, более ста — банками с иностранным участием. В Швейцарии также зарегистрировано более двадцати представительств или филиалов зарубежных банков. В настоящее время швейцарская банковская индустрия сталкивается со множеством проблем, включая продолжающееся на мировом уровне обсуждение будущего «швейцарской банковской тайны», воспринимаемой в качестве краеугольного камня банковской системы Швейцарии. Другие проблемы связаны с мировой банковской индустрией, а именно новой волной активности в области регулирования, вызванной первой волной финансового кризиса. Проблема кроется в рисках, связанных с деятельностью международных банков, а именно с риском их краха. Такие банки стали характеризовать как «слишком огромные, чтобы потерпеть крах» (“*too big to fail*”). В Швейцарии таких банка два — уже упомянутые «банки-гиганты». В связи с этим Национальный банк Швейцарии и Швейцарская служба по надзору за финансовыми рынками (далее — **ШСНФР**) подготовили поправки в Федеральный закон «О банках» (далее — **Закон о банках**), адресованные системообразующим финансовым институтам (далее — **СФИ**). Данные поправки были приняты Парламентом Швейцарии 30 сентября 2011 г. и вступают в силу в 2012 г.

Основными **нормативными правовыми актами**, регулирующими швейцарский финансовый рынок являются:

- а. Закон о банках;
- б. Федеральный закон «О рынке ценных бумаг и торговле ценными бумагами» (далее — **Закон о рынке ценных бумаг**);

- с. Федеральный закон «О схемах коллективного инвестирования»;
- d. Федеральный закон «О противодействии отмыванию денежных средств и финансированию терроризма в финансовом секторе».

Указанные нормативные правовые акты дополняются также ордонами, принимаемыми либо Правительством Швейцарии, либо (в отношении более технических аспектов) ШСНФР. С января 2009 г. швейцарское законодательство о банках и банковской деятельности дополнилось Федеральным законом «О швейцарской службе по надзору за финансовыми рынками» (далее — **Закон о ШСНФР**), который непосредственно регламентирует деятельность ШСНФР.

Также стоит отметить, что определенные правила, которые обязаны соблюдать швейцарские банки, принимаются саморегулируемыми организациями. Так, Швейцарская Банковская Ассоциация и Швейцарская Ассоциация Взаимного Страхования издают различного рода руководства для своих членов, которые признаются со стороны ШСНФР в качестве минимальных стандартов, которым должны руководствоваться все банки Швейцарии. Такими руководствами, например, являются руководства Швейцарской Банковской Ассоциации, посвященные обязанности банков по осуществлению должной проверки с целью идентификации контрагентов, а также бенефициарных владельцев счетов.

В соответствии с законодательством Швейцарии, юридическое лицо, которое привлекает средства или открывает вклады физическим лицами (или рефинансирует себя путем привлечения значительных сумм от других банков) с целью предоставления финансирования большому числу лиц (как физических, так и юридических), признается **банком**. Осуществление банковской деятельности на территории или с территории Швейцарии подлежит лицензированию и постоянному надзору со стороны ШСНФР. Швейцарское законодательство в области финансовых рынков не делает никакого различия между коммерческими и инвестиционными банками, и, соответственно, банки не связаны заранее ограниченным кругом видов деятельности, которые они могут осуществлять в рамках деятельности банковской. В результате банки могут выступать в качестве брокеров и/или дилеров на рынках ценных бумаг в дополнение к своей деятельности по привлечению вкладов, заемной деятельности и т. п. Тем не менее, для осуществления деятельности на рынках ценных бумаг банкам необходимо получение дополнительного разрешения (лицензии). Основным законом, регулирующим торговлю ценными бумагами как банками, так и иными участниками рынка ценных бумаг в Швейцарии, является Закон о рынке

ценных бумаг. Несмотря на то, что лицензия на осуществление банковской деятельности и лицензия на осуществление сделок на рынке ценных бумаг являются двумя самостоятельными лицензиями, большинство лицензионных требований пересекаются.

Швейцарский режим осуществления **трансграничной банковской деятельности** и деятельности на рынке ценных бумаг до настоящего времени был достаточно либеральным: иностранные лица, деятельность которых регулируется зарубежным законодательством; осуществляют исключительно трансграничную деятельность, т.е. предлагают банковские услуги или услуги на рынке ценных бумаг швейцарским инвесторам, но при этом не имеют того или иного присутствия в Швейцарии и не должны получать каких-либо разрешений от ШСНФР. Если же, тем не менее, деятельность зарубежного банка или лица, оказывающего услуги на рынке ценных бумаг, включает в себя физическое присутствие на постоянной основе, то такое положение не применяется. На практике же ШСНФР считает что физическое присутствие на территории Швейцарии считается таковым уже с того момента, когда такое лицо нанимает работников в Швейцарии. С недавнего времени ШСНФР пошла дальше и стала анализировать объемы деятельности таких лиц на территории Швейцарии, а также использование целых подразделений сотрудников в своих зарубежных офисах, ориентированных исключительно на швейцарский рынок.

Предоставление лицензии зарубежному банку на открытие в Швейцарии филиала, представительства или агентства осуществляется на принципе взаимности со странами, где зарегистрирован такой банк. Другими словами, если швейцарскому банку или лицу, оказывающему услуги на рынке ценных бумаг, разрешено открыть филиал, представительство или агентство на территории соответствующей страны, и они не подлежат более строгому регулированию, нежели регулированию, определенному швейцарским законодательством; ШСНФР считает, что принцип взаимности соблюден. Предоставление лицензии швейцарскому банку или лицу, оказывающему услуги на рынке ценных бумаг, контролируемому иностранными акционерами, также осуществляется на принципе взаимности (подробнее см. далее).

Закон о банках не устанавливает каких-либо ограничений в отношении видов юридических или физических лиц, которым принадлежит контрольный пакет в капитале банка. При этом Закон о банках содержит понятие «**квалифицированного контроля**»: т.е. контроль считается квалифицированным, если он составляет от 10% и более

доли в уставном капитале — или от голосов на общем собрании, или если акционер иным образом может оказывать существенное влияние на предпринимательскую деятельность банка. Стоит отметить, что ШСНФР зачастую требует раскрытия информации об участниках с 5% и большей долей в уставном капитале.

Одним из основных условий лицензии является условие о том, что лица, прямо или косвенно являющиеся акционерами банка с квалифицированным контролем, должны обеспечить отсутствие негативных последствий своего влияния на благонадежное и добросовестное осуществление своей деятельности банком. Акционеры с квалифицированным контролем могут быть признаны оказывающими негативное влияние на деятельность банка. Таким случаем может быть, например, отсутствие прозрачности, неясная организационная структура, финансовые затруднения финансовой группы или конгломерата, а также связь акционеров с криминальными элементами. В случае если ШСНФР посчитает, что условия банковской лицензии не соблюдаются по вине акционера с квалифицированным контролем, она может заблокировать права голоса такого акционера таким квалифицирующим пакетом или если возникнет такая необходимость; а также, в качестве последней меры, ШСНФР может отозвать лицензию.

Если **иностранцы акционеры** с квалифицированным контролем обладают прямо или косвенно более половиной голосов или каким-либо образом имеют контролирующее влияние на банк, зарегистрированный в соответствии с законодательством Швейцарии; предоставление банковской лицензии сопровождается дополнительными требованиями. В частности, фирменное наименование швейцарского банка, контролируемого зарубежными акционерами, не должно содержать прямого или косвенного указания на то, что такой банк контролируется швейцарскими физическими или юридическими лицами; а страны, которые являются местом учреждения или нахождения таких акционеров, должны гарантировать соблюдение принципа взаимности, согласно которому, швейцарские физические и юридические лица должны иметь возможность управлять банком в такой стране. Такие банки, контролируемые швейцарскими резидентами, не должны подвергаться более жесткому регулированию, нежели зарубежные банки в Швейцарии. На практике же принцип взаимности более не применяется в отношении иностранных акционеров с квалифицированным контролем, учрежденных или проживающих

в странах-членах Всемирной торговой организации; а также стран, ратифицировавших генеральное соглашение о торговле и оказанию услуг (*General Agreement on Trade and Services*).

В соответствии с законодательством Швейцарии, ограничения в отношении видов предпринимательской деятельности акционеров банка, имеющих квалифицированный контроль, отсутствуют, пока банком соблюдаются лицензионные условия.

Предоставление банковской лицензии в соответствии с законодательством Швейцарии возможно лишь при соблюдении определенных требований, предъявляемых к **капиталу банка**. Так, минимальный оплаченный уставный капитал банка должен составлять не менее 10 млн франков (т.е. более 10 млн долларов США).

Что касается вопроса капитализации банков, то швейцарское законодательство к настоящему времени внесло рекомендации и использует трехзвенный подход вторых базельских соглашений (Базель 2): то есть, положения о минимальных требованиях к капиталу, разумный надзор, а также раскрытие и прозрачность. В скором же времени будут внесены рекомендации третьих базельских соглашений (Базель 3). При этом стоит отметить, что швейцарские требования, предъявляемые к капиталу банка, существенно превышают минимальные требования, установленные в большинстве стран мира, в связи с чем их еще иногда называют «швейцарской отделкой» (*Swiss finish*).

Если же возникнет риск недостаточной капитализации или несостоятельности банка, то ШСНФР может принять ряд защитных мер таких, как, например, мораторий на предъявление требований к банку. В дальнейшем, если возникнет необходимость, ШСНФР может назначить управляющего, ответственного за реорганизацию такого банка, который должен предоставить ШСНФР план реорганизации, направленный на защиту интересов его кредиторов. Такая схема, как правило, направлена на рекапитализацию банка путем, например, конвертации долговых обязательств в ценные бумаги или передачи всех или части видов деятельности испытывающего затруднения банка так называемому «бридж-банку» (*bridge bank*).¹ ШСНФР

¹ Под «бридж-банком» понимается банк, уполномоченный «держат» активы и обязательства другого банка (чаще всего банка, испытывающего затруднения). Такой банк должен продолжать выполнять операции неплатежеспособного банка, пока тот не восстановит свою платежеспособность. Как правило, в качестве «бридж-банка» выступают национальные банки стран или иные специально предусмотренные уполномоченные организации. Более подробно см. <http://www.investopedia.com>.

также уполномочена ликвидировать несостоятельный банк, если его реорганизация не представляется возможной.

Если говорить о **корпоративном управлении** швейцарским банком, то стоит отметить, что предоставление банковской лицензии возможно при условии соблюдения определенных требований в отношении структуры органов управления, а также учредительных документов. В частности, устав и внутренние документы банка должны четко отражать предмет и цели его деятельности, в том числе структуру органов управления. По общему правилу, в швейцарском банке должны иметься два следующих самостоятельных органа управления:

А. Совет директоров. Совет директоров, в первую очередь, отвечает за стратегическое управление банком, а также за установление, осуществление, надзор и контроль над внутренней организацией банка. В совет директоров должны входить как минимум три члена, которые отвечают квалификационным требованиям, имеют безупречную репутацию и могут предоставить гарантии надлежащего осуществления бизнеса. На практике, ШСНФР рекомендует, чтобы председатель совета директоров и его заместитель были резидентами Швейцарии. Также у членов совета директоров банка не должно быть каких бы то ни было конфликтов интересов с менеджментом и с самим банком. Швейцарское банковское законодательство строго запрещает совмещение деятельности в качестве члена совета директоров и члена правления банка.

В. Правление. Правление банка осуществляет непосредственное руководство его деятельностью и реализует на практике указания совета директоров. Члены правления должны соответствовать различным установленным требованиям. ШСНФР требует, например, чтобы управление швейцарским банком осуществлялось с территории Швейцарии и, в связи с этим, члены правления должны быть резидентами Швейцарии.

В соответствии с практикой, установленной ШСНФР, стратегическое управление, надзор и контроль, осуществляемые советом директоров; текущее руководство, осуществляемое правлением, а также решения, связанные с установлением или прекращением бизнес-сотрудничества, не могут быть делегированы иному лицу (например, управляющей организации). В связи с этим швейцарский банк, являющийся дочерним

по отношению к иностранной группе, обладает определенной «самостоятельностью» в процессе принятия решений. Тем не менее, общие инструкции и решения зарубежного контролирующего лица допускаются. В остальных же случаях общее правило гласит, что аутсорсинг иных функций третьим лицам допускается при соблюдении определенных условий (в частности, в отношении банковской тайны).

Одна из серьезнейших проблем финансового рынка, всплывшая на поверхность во время первой волны кризиса- проблема вознаграждения топ-менеджмента финансовых организаций. Данный вопрос не обошел и Швейцарию. В связи с этим в январе 2010 г. вступил в силу циркуляр ШСНФР о схемах вознаграждений, призванный сделать более прозрачной схему вознаграждений и бонусов на финансовом рынке Швейцарии. Тем не менее, циркуляр ШСНФР не устанавливает каких-либо пороговых значений в области вознаграждений. ШСНФР, в основном, требует, чтобы компенсационные схемы были привязаны к долгосрочным показателям деятельности субъектов рынка. Компенсационная политика банка также должна ежегодно предоставляться в ШСНФР. Указанные правила являются обязательными для банков и иных финансовых организаций Швейцарии, чей капитал превышает 2 млрд. франков (более 2 млрд долларов США). Для остальных циркуляр ШСНФР предусматривает лишь рекомендации для внедрения адекватных компенсационных схем.

Помимо непосредственно регулирования банковской деятельности, также стоит рассмотреть и **систему контроля и надзора** в банковской сфере Швейцарии. До вступления в силу Закона о ШСНФР в январе 2009 г. надзор за швейцарским финансовым рынком осуществлялся тремя органами: Швейцарской федеральной банковской комиссией, Федеральным департаментом частного страхования, а также Ведомством по контролю за отмыванием средств. С января 2009 г. в Швейцарии существует единый интегрированный орган по контролю за финансовым сектором — ШСНФР, который отвечает за надзор над банковской сферой, рынком ценных бумаг, а также рынком страхования. ШСНФР также осуществляет мониторинг деятельности финансовых посредников с целью предотвращения деятельности по отмыванию денежных средств.

ШСНФР является публичным институтом со статусом юридического лица. Несмотря на то, что она осуществляет свои надзорные функции автономно, она тесно связана с органами государственной власти (ШСНФР подотчетна Федеральному канцлеру, который утверждает ее стратегические направления деятельности, а также ее годовой отчет

перед публикацией; Федеральный канцлер также назначает руководителя ШСНФР; Парламент Швейцарии осуществляет надзор за деятельностью ШСНФР).

ШСНФР удается достаточно эффективно осуществлять надзор и регулирование благодаря тесному сотрудничеству с внешними аудиторами и саморегулируемыми организациями, о которых будет упомянуто в дальнейшем. Банки, филиалы иностранных банков и финансовые группы (или конгломераты), подлежащие надзору со стороны швейцарских органов, должны назначать внешнюю аудиторскую организацию, имеющую лицензию, выданную ей ШСНФР. Аудиторы помогают ШСНФР осуществлять функции по надзору и контролю за банками: они проверяют ежегодную финансовую отчетность, а также следят за тем, чтобы регулируемые субъекты соблюдали свои учредительные и внутренние документы, в том числе нормативные акты в сфере финансовых рынков. Результаты такого аудита подробно излагаются в ежегодном аудиторском заключении, которое предоставляется проверяемому банку, в том числе его совету директоров, а также ШСНФР. Сама же ШСНФР принимает решение о соблюдении банком установленных правил на основе такого аудиторского заключения, которое, по сути, является основным инструментом общего надзора со стороны ШСНФР. В дополнение к рассмотренной функции следует также обратить внимание на обязанность аудиторов сообщать ШСНФР о случаях, когда ими будут заподозрены нарушения законодательства со стороны банка или выявлены иные существенные нарушения. Первая волна кризиса наложила свой отпечаток и на швейцарское банковское законодательство в сфере надзора и контроля. Так, в отношении уже упомянутых банков UBS и Credit Suisse было установлен более серьезный надзор. ШСНФР больше не полагается исключительно на аудиторские заключения, подготовленные в их отношении внешними аудиторами, а сама проводит свои расследования и находится в постоянном и тесном контакте с ними. Банки также по общему правилу обязаны информировать ШСНФР о любых инцидентах или событиях, которые могут иметь существенное значение в ходе проверки. Более того, банки должны предоставлять ШСНФР отчетность при наступлении определенных обстоятельств (например, при смене акционеров с квалифицированным контролем, изменении в уставном капитале, изменении показателей ликвидности или концентрации риска). На основе вышеуказанной информации ШСНФР может инициировать проведение расследования в отношении банка (при необходимости, посредством назначения

эксперта) и, в случае если подтвердится нарушение правил, может принять меры административного воздействия с целью устранения нарушений. Если же нарушение будет серьезным, то ШСНФР может отозвать лицензию. На практике, наиболее распространенными санкциями, применяемыми со стороны ШСНФР, являются: ликвидация лиц, осуществляющих незаконную деятельность на рынке ценных бумаг, инициирование процедур банкротства в отношении несостоятельных банков; а также санкции, установленные за несоответствие требованиям швейцарского законодательства в области проверки своих клиентов (KYC).

Также следует отметить, что ШСНФР может запросить у иностранного регулятора осуществления дополнительного совместного надзора за банком с иностранным участием, если он входит в финансовую группу или конгломерат или является филиалом/представительством иностранного банка.

Таким образом, видно, что в Швейцарии контроль и надзор за банковской деятельностью имеет двухуровневую систему. Основной массив работы по непосредственному надзору за участниками рынка на индивидуальной основе выполняется внешними аудиторами, в то время как ШСНФР выполняет роль регулятора рынка в целом и осуществляет точечный контроль в исключительных случаях. Такая система представляется достаточно эффективной, т. к. основной регулятор «избавляется» от массы работы, но при этом каждый банк находится под пристальным контролем со стороны своих внешних независимых аудиторов.

Также хотелось бы затронуть такой немаловажный элемент швейцарского банковского сектора, как вышеупомянутая **«швейцарская банковская тайна»**. Под банковской тайной, в соответствии с законодательством Швейцарии, подразумевается защита информации о клиентах банка. С 1934 г. раскрытие информации о клиенте банка в Швейцарии признается деянием, за совершение которого предусмотрена уголовная ответственность. Данное положение привело к тому, что Швейцарию стали рассматривать в качестве самого благоприятного в мире налогового пространства. По данным Бостонской Консультационной Группы, на счетах, открытых в швейцарских банках, находится около 2.1 трлн. долларов США или около 27% всех денежных средств, выведенных в офшоры. При этом нужно все же отметить, что банковская тайна, по законам Швейцарии, имеет свои пределы. При возникновении серьезных обоснованных подозрений в том, что владельцы счетов тем или иным образом связаны с такими криминальными видами деятельности как финансирование терроризма,

организованная преступность, отмывание средств, налоговое мошенничество; уполномоченные органы могут получить доступ к данным о личности клиентов.

13 марта 2009г. Федеральный канцлер Швейцарии объявил, что страна примет стандарты Организации Экономического Сотрудничества и Развития (далее — ОЭСР) в области взаимопомощи по вопросам налогообложения в соответствии со статьей 26 Модельной конвенции ОЭСР по налогообложению. Положения данной статьи позволяют ограничивать действие банковской тайны в ситуациях, когда возникают подозрения о совершении действий по уходу от налогообложения со стороны клиентов швейцарских банков. Вследствие этого, Швейцария с 2010г. начала пересмотр и перезаключение двусторонних соглашений об уклонении от двойного налогообложения. В дополнение к этому, Швейцария подписала соглашения с Соединенным Королевством и Германией, направленные на удержание налогов с незадекларированных активов граждан Германии и подданных Соединенного Королевства, которые выводят их на счета, открытые в швейцарских банках. Швейцария также планирует в будущем подписать аналогичное соглашение с Грецией.

Таким образом, если раньше действие банковской тайны в соответствии с законодательством Швейцарии приостанавливалось в случаях совершения действий налогового мошенничества, то теперь к таким действиям добавились и действия по уходу от налогов, и действия для целей приостановления банковской тайны — грань между ними стирается.

Выводы:

В качестве заключения, хотелось бы отметить, что швейцарский банковский регулятор, а также швейцарский законодатель, сумели выстроить достаточно эффективную систему регулирования и контроля банковской сферы, что подтверждается практически полным отсутствием негативных новостей из Швейцарии во время первой волны кризиса. Конечно, впереди еще много испытаний банковского сектора, но те меры, которые были предприняты ШСНФР и другими субъектами рынка, позволяют надеяться, что негативных новостей из Швейцарии мы, как минимум, услышим не так много. Также швейцарский опыт, в особенности в сфере создания и функционирования единого регулятора всего финансового сектора, может быть полезным и для России, где в настоящий момент идет активная работа по созданию так называемого «мегарегулятора».

Александр Молотников

*к.ю.н., преподаватель кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова*

Роман Янковский

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

**Утилизация автомобилей в странах ЕС: построение
механизма экономико-правового взаимодействия**

В настоящее время мы наблюдаем процесс становления в Российской Федерации целой отрасли реального сектора экономики — утилизации подержанных автомобилей¹. Несмотря на высокую актуальность вопроса и его политическую значимость, правовая основа для эффективного развития механизмов утилизации пока фактически отсутствует².

При этом потенциально отрасль утилизации автомобилей представляет законодателю замечательную возможность для отработки экономико-правовых методов регулирования. Взгляды апологетов правовой политики и «эффективного права» могут быть применены здесь для конструирования системы «сдержек и противовесов» в контексте мотивации экономических субъектов. Другими словами, законодатель имеет практически идеальную возможность с нуля создать самоорганизовывающуюся экономико-правовую модель, удачно распределив права и обязанности ее участников.

Излишне будет описывать все преимущества подобной модели; основные — это повышение эффективности производства, улучшение экологической обстановки, освобождение от бюрократических и коррупционных издержек, связанное с «выходом из тени».

¹ Буранов И., Под знаменем утилизации [Электронный ресурс] / Журнал «Коммерсантъ Деньги». — 2012. — № 34 (891). <http://www.kommersant.ru/doc/2008613>; Цехмистренко Ф., Toyota займется утилизацией российского автохлама / Коммерсантъ FM. Эфир от 19.10.2012. <http://www.kommersant.ru/doc/2049757>.

² О системе утилизации в РФ см.: www.rg.ru/2012/07/23/sistema-site.html.

Важнейшим следствием создания прогрессивной системы утилизации станет стимулирование инновационных процессов в масштабах всей страны¹.

Авторы на примере утилизации автомобилей предлагают читателю ознакомиться с актуальным зарубежным опытом создания и функционирования сложных экономико-правовых систем. Для удобства мы отобрали наиболее показательные примеры решения проблем, вставших перед зарубежным законодателем (иначе говоря, «правовые кейсы»). Мы надеемся, что эти примеры позволят читателю увидеть систему утилизации автомобилей в ЕС во всей ее сложности и специфической красоте.

1. Общее регулирование в рамках ЕС

Хотя любой автомобиль является предметом длительного пользования, со временем он неизбежно выходит из строя. При этом помимо негативного влияния на окружающую среду в ходе эксплуатации, даже выведенное из эксплуатации транспортное средство (end-of-life vehicles, ELV)² продолжает оставаться источником экологической опасности уже после вывода из эксплуатации. При этом доказано: должная организация процесса позволяет осуществить переработку, восстановление и повторное использование (так называемый рециклинг) свыше 75 % массы автомобиля³.

В развитии отрасли авторециклинга сыграли роль и другие факторы. Способы и требования к переработке автомобилей сильно зависят от материалов, из которых он сделан, что, в свою очередь, предполагает зависимость от уровня цен на соответствующее

¹ По вопросу инновационного воздействия системы утилизации автомобилей см. M. Mazzanti, R. Zoboli. Economic Instruments and Induced Innovation: The Case of End-of-Life Vehicles European Policies. FEEM Working Paper No. 80.05, 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=740291.

² Peter G. G. Davies. European Union Environmental Law: An Introduction to Key Selected Issues. Ashgate Publishing, Ltd., 2004 — P. 255 и далее.

³ Marquita K. Hill. Understanding Environmental Pollution. Cambridge University Press, 2010. P. 331; N. Kanari, J.-L. Pineau, and S. Shallari, End-of-Life Vehicle Recycling in the European Union. действующее законодательство Европейского союза об окружающей среде предусматривает обязанность государств по увеличению доли переработки до 95% массы среднего автомобиля к 2015 году.

сырье. Темпы развития отрасли утилизации автомобилей ускорились с ростом цен на цветные и черные металлы, в частности, медь, свинец, алюминий.

Как следствие перечисленных факторов к концу 1999 года 10 стран-участниц ЕС уже имели соответствующее национальное регулирование и добровольные соглашения между производителями¹. Важным шагом стало принятие в 2000-м году директивы 2000/53/ЕС, гармонизировавшей законодательство стран-участников и установившей стратегическую цель утилизации: планомерное уменьшение объемов захоронений опасных веществ.

Однако директива не установила какой-либо ответственности участников системы авторециклинга. В этой ситуации закономерным стало принятие в 2005-м директивы 2005/64/ЕС, предусматрившей процедуру обязательной сертификации² производителей автомобилей. Были установлены обязанности по сбору и передаче автопроизводителями данных по типу и свойствам используемых материалов, а также способам их утилизации³. Таким образом стал возможным точный подсчет количественных показателей эффективности рециклинга.

После вступления в силу Директив остальные вопросы утилизации были отданы на откуп государствам-членам ЕС и их законодательным органам. Практически во всех странах на сегодняшний день ведущую роль в системах утилизации автомобилей играют автопроизводители, работающие в сотрудничестве с заводами по переработке отходов⁴. Во-первых, крупных производителей и импортеров проще контролировать. Во-вторых, наличие обширной сети дилерских и сервисных центров позволяет организовать систему приема ELV, не производя лишних затрат. Однако существует и значительное количество нюансов и исключений, которые мы рассмотрим на примерах отдельных стран.

¹ См.: R. Zoboli et al., Regulation and Innovation in the Area of End-of-Life Vehicles, EUR 19598 EN, ed. F. Leone (Milan, Italy: IDSE-CNR, March 2000).

² Directive 2005/64/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the type-approval of motor vehicles with regard to their reusability, recyclability and recoverability and amending Council Directive 70/156/EEC. Article 6, section 1.

³ Ibid. Annex 4, article 2.

⁴ Lejda, K.: Selected problems in car recycling, Polish Academy of Sciences — Branch in Lublin, ТЕКА, Vol. IV, Lublin 2003. p. 116.

2. Великобритания

Как и в большинстве других стран, законодательством Великобритании устанавливаются дополнительные обязанности для производителей автомобилей. Перечислим некоторые из них:

- воздержаться от использования опасных материалов;
- предоставлять информацию о разборе транспортного средства и иную информацию¹;
- принимать ELV на переработку, не взывая за это платы;
- организовать систему авторизованных предприятий утилизации и пунктов сбора ELV;
- стремиться к достижению целей, предусмотренных законодательством ЕС (в том числе по процентным показателям переработки своей продукции)².

Однако нельзя сказать, что британский законодатель урегулировал все частности системы переработки автомобилей. Так, значительным просчетом с точки зрения мотивации участников системы стала возможность снятия ELV с учета без передачи в авторизованный центр по утилизации³. При этом вследствие высоких цен на сырье экономически авторизованные центры, соблюдающие строгие требования законодательства и производящие отчисления государству, не смогли конкурировать с «черными переработчиками». В отсутствие позитивной и негативной мотивации владельцы сдавали свои автомобили тому, кто предложит большее вознаграждение. В результате, например, с 2005 по 2008 год лишь четверть снятых с учета автомобилей была утилизирована должным образом⁴.

Еще одной проблемой, с которой столкнулись власти Великобритании, стал вопрос утилизации брошенных автомобилей. Для решения проблемы в 2005 году был принят «The Clean Neighbourhoods and Environment Act»⁵, в соответствии с которым органы местного

¹ См.: Part IV The End-of-Life Vehicles Regulations, 2003.

² См.: The End-of-Life Vehicles (Producer Responsibility) Regulations, 2005.

³ См.: Malcolm Fergusson, IEEP, End of Life Vehicles (ELV) Directive: An assessment of the current state of implementation by Member States. p. 55.

⁴ ЕС (2009): Report on the implementation of Directive 2000/53/EC on ELV for the period 2005–2008.

⁵ Настоящим актом внесены поправки в отношении брошенных автомобилей в «Refuse Disposal and Amenity Act 1978» и «the Road Traffic Regulation Act 1984».

самоуправления (городские советы) были наделены полномочиями по сбору брошенных автомобилей без уведомления владельца¹. Этим же документом была установлена ответственность за оставление бесхозного автомобиля². При этом городские советы были уполномочены самостоятельно разработать и принять порядок признания автомобиля брошенным. Как правило, для этого устанавливаются внешние признаки: отсутствие колес, разбитые стекла или зеркала, плесень, мусор в автомобиле или под ним, отсутствие номерных знаков, следы угона либо вандализма, длительная стоянка автомобиля на одном месте³.

3. Ирландия

Ирландский законодатель предусмотрел еще более обширный перечень обязанностей автопроизводителей:

— разработать для каждого из производимых автомобилей механизм сбора, хранения, восстановления и утилизации;

— иметь как минимум одно предприятие утилизации в каждом городе и графстве, принимающее ELV без взимания платы с владельца⁴;

— предусмотреть наличие одного такого предприятия на каждые сто пятьдесят тысяч человек населения⁵.

Принципиальным является законодательное положение, согласно которому обязанность производителя по утилизации автомобиля может возникнуть и в отношении транспортного средства иной марки. В частности, если деятельность производителя прекращается, то решением соответствующего государственного органа обязанность по утилизации может быть возложена на другого производителя⁶ либо может быть заключено соглашение: с другими производителями либо их ассоциацией⁷.

¹ См.: cl (2A) section 3 Refuse Disposal (Amenity) Act 1978 (с. 3).

² См.: cl (2A) section 2 Refuse Disposal (Amenity) Act 1978.

³ См.: North Norfolk district council, Abandoned vehicles / <http://www.bournemouth.gov.uk/StreetsTransport/AbandonedVehicles/AbandonedVehicles.aspx>; <http://www.westoxon.gov.uk/environment/vehicles.cfm>; http://dover.gov.uk/waste_recycling/abandoned_vehicles.aspx; <http://www.stalbans.gov.uk/transport-and-streets/abandoned-vehicles>.

⁴ Waste management (end-of-life vehicles) regulations 2006. Subarticle (1)–9.

⁵ Ibid. Subarticle (3)–9.

⁶ Ibid. Subarticle (4)–10.

⁷ Ibid. Subarticle (10)–10.

Законодателем был учтен негативный опыт Великобритании: предусматривается обязанность последнего владельца избавиться от автомобиля как от отхода. Несоблюдение установленного порядка карается штрафом в размере 3000 евро либо 12 месяцами тюремного заключения либо (в исключительных случаях) штрафом в размере до 15 миллионов евро, а также тюремным заключением на срок до 10 лет¹.

Первоначально в Ирландии планировалось создать систему единого сбора автомобилей, базирующаяся на принципе расширенной ответственности производителя. В соответствии с этой концепцией, производитель автомобиля несет ответственность за его воздействие на окружающую среду в течение всего жизненного цикла продукции. Автопроизводитель несет ответственность за выбор материала и производственного процесса, последующее использование автомобиля, а также его правильную утилизацию². Однако достичь взаимных договоренностей с производителями для реализации столь строгого подхода не удалось³.

4. Швеция

По статистике, одной из наиболее успешных стран в достижении стратегических целей директивы 2000/53/ЕС является Швеция⁴. Закон об утилизации автомобилей появился там еще в 1975 году⁵ и установил ответственность автопроизводителей за произведенный продукт следующим образом. При поступлении автомобиля на рынок производитель обязан уплатить сбор, который перечисляется в Фонд

¹ См. официальный интернет-ресурс: http://www.citizensinformation.ie/en/travel_and_recreation/motoring_1/buying_or_selling_a_vehicle/how_to_dispose_of_an_end_of_life_vehicle.html (или <http://goo.gl/r1eGc>).

² См. подробнее о расширенной ответственности: The International Institute for Industrial Environmental Economics at Lund University, Sweden (2000). «Extended Producer Responsibility in Cleaner Production» Doctoral Dissertation (2000); Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Environment Directorate, Paris, France (2006).

³ См.: Statement on Regulatory Impact, Waste Management (end-of life vehicles) Regulations 2006, S.I. No. 282 of 2006.

⁴ См.: Malcolm Fergusson, IEEP, End of Life Vehicles (ELV) Directive: An assessment of the current state of implementation by Member States. p. 5.

⁵ Gary Davis, Lori Kincaid. Car recycling and environmental improvement in Western Europe. University of Tennessee Center for Clean Products and Clean Technologies, 1994. Pp. 8–9. <http://infohouse.p2ric.org/ref/24/23758.pdf>.

автомобильной утилизации. Средства Фонда предназначены главным образом для выплаты утилизационной премии последнему владельцу автомобиля. Премия выдается в обмен на утилизационный сертификат авторизованного разборщика автомобилей¹.

Утилизационная премия позволила решить проблему брошенных транспортных средств. Позже, в 1997 году, критика существующего регулирования и рост цен на сырье, сделавший рентабельным утилизацию автомобилей в широком масштабе, подтолкнули законодателя к изменению законодательства². После десятилетнего переходного периода³ система ответственности автопроизводителей была заменена на систему гарантий. Отныне производители и импортеры обязались финансировать и поддерживать сеть утилизационных предприятий в 50-километровой доступности по всей стране. Существует даже ценовая конкуренция между утилизаторами⁴. Однако, по мнению *Vil Sweden*, жесткие нормы природоохранного законодательства создают предпосылку для экспорта ELV в страны Восточной Европы и Африки и их последующей неполной утилизации⁵. Подобная проблема в полном объеме дала о себе знать в Нидерландах.

5. Нидерланды

Часто можно встретить мнение, что именно в Нидерландах удалось сформировать наиболее удачную и эффективную систему авторециклинга с учетом практически всех проблемных вопросов⁶. Имеет ли такое мнение реальное основание?

¹ Malcolm Fergusson, IEEP, *End of Life Vehicles (ELV) Directive: An assessment of the current state of implementation by Member States*. P.50.

² Ordinance on Producer Responsibility (SFS 1997:788).

³ 1997–2007. Столь долгий срок был обусловлен в том числе необходимостью выплаты премий владельцам автомобилей, в цену которых она была заложена (то есть выпущенных до 1997 года). Подробнее: Chris van Rossem, Naoko Tojo, Thomas Lindhqvist. *Extended Producer Responsibility An examination of its impact on innovation and greening products*. Report commissioned by Greenpeace International, Friends of the Earth and the European Environmental Bureau (EEB), 2006. Pp. 9–10.

⁴ Svetlana Gross. *End-of-life vehicles management in Europe: Driving the change (Cases of Sweden and Germany)*. IIIEE Theses 2008:15. P. 41.

⁵ Peter Vinthagen Simpson — *Swedish cars scrapped overseas* // *The local*. 9 Apr 2010. <http://www.thelocal.se/25988/20100409/>.

⁶ России необходимо около 30 заводов по переработке автохлама/<http://www.zr.ru/a/456725>.

В Нидерландах импортеры и производители при постановке на учет любого нового или подержанного автомобиля также уплачивают утилизационный сбор¹. Полученные средства распределяются частной компанией Auto Recycling Nederland (ARN) среди сертифицированных центров утилизации в зависимости от их эффективности. Кроме того, ARN проводит дополнительные тендеры на оказание отдельных экологических услуг. Подобная схема приносит результаты: с ее введением уровень переработки ELV вырос при одновременном снижении утилизационного сбора².

Существенной составляющей голландского успеха также является обязанность производителей и импортеров обеспечить организацию сетей предприятий хранения и утилизации автомобилей. При этом Нидерланды являются одной из немногих стран ЕС, в которых автомобиль принимается на утилизацию бесплатно независимо от того, в каком состоянии и в какой комплектности он сдан. Правда, этот принцип не действует для ELV, ввезенных из других стран³.

Несмотря на успехи в утилизации автомобилей на голландской территории, ARN часто критикуют за то, что жесткие требования экологического законодательства поощряют экспорт старых автомобилей за рубеж для менее строгой переработки. Проблема принимает глобальные масштабы: на сегодняшний день около половины автомобилей, снимаемых с регистрации, идут на экспорт за пределы ответственности ARN⁴.

6. Германия

В Германии проблема утилизации автомобилей стала актуальной в конце семидесятых годов в связи с резким подъемом цен на энерго-ресурсы и материалы. Avoidance and Waste Management Act (1986) установил обязанность по уменьшению объемов производства отходов, а также приоритет рециклинга⁵. Акт позволил законодателю ввести

¹ См.: Malcolm Fergusson, IEEP, End of Life Vehicles (ELV) Directive: An assessment of the current state of implementation by Member States. p. 55.

² См. отчеты ARN по годам на официальном сайте: <http://www.arn.nl/english/ARN/Publications/Sustainability-Report>.

³ См. Decree on Management of End-of-Life Vehicles adopted by the Dutch government.

⁴ См. Case study: Leakage flows // «95», № 3, summer 2011. P. 17.

⁵ См. Renato J. Orsato, Frank den Hond, Stewart R. Clegg, The Political Ecology of Automobile Recycling in Europe, 1996.

принцип «расширенной ответственности» производителя. В тот момент она понималась как обязанность принять и переработать старый товар. Позже расширенная ответственность стала трактоваться в том числе как обязанность по бесплатному принятию на утилизацию автомобиля и его компонентов. В рамках концепции расширенной ответственности от производителей также потребовали сокращать долю отходов при разработке новых моделей автомобилей¹.

Официально правило об ответственности производителя появилось в 1991 году². В разработке положений об утилизации активно участвовали в том числе ассоциации автомобильных производителей. В частности, к 1988 году Союз немецкой автомобильной промышленности издал Концепцию обращения с ELV, которая представляла собой взгляд производителей автомобилей, поставщиков материалов, а также предприятий утилизации на организацию процесса рециклинга. Основной принцип, провозглашенный в Концепции — «совместная ответственность», что означало обязанность последнего владельца сдать автомобиль авторизованному утилизатору в обмен на получение налоговых преимуществ.

По сути, работа немецкой системы утилизации автомобилей целиком основана на свободной конкурентной среде. Именно благодаря свободной конкуренции сформировалась ситуация, при которой владелец получает деньги за утилизацию своего автомобиля, а автопроизводители получают выгоды из поддержки утилизационных предприятий³. Безусловно, такая система является труднодостижимым идеалом, основанным на высокой социальной ответственности производителей и использовании ими квалифицированного труда.

7. Выводы

Как мы видим, страны Европы сталкивались примерно с одними и теми же вопросами при создании и развитии собственных систем

¹ См.: Roberto Zoboli (Project Leader), Giancarlo Barbiroli, Riccardo Leoncini, Massimiliano Mazzanti, and Sandro Montesor, Regulation and innovation in the area of end-of-life vehicles, 2000. P. 111.

² Toepfer Law, 1991. Bill Siuru. Car recycling in Germany // Resource Recycling. February 1997. Pp. 76–79.

³ См.: Roberto Zoboli (Project Leader), Giancarlo Barbiroli, Riccardo Leoncini, Massimiliano Mazzanti, and Sandro Montesor, Regulation and innovation in the area of end-of-life vehicles, 2000. P. 112.

утилизации автомобилей в борьбе за более полный и качественный рециклинг.

Практически все государства пошли по пути контроля над наиболее крупными участниками рынка — производителями и импортерами автомобилей. Однако введение обязанности по раскрытию экологической информации, а также ограничение на использование отдельных материалов позволили решить лишь небольшую часть проблемы. Закономерной стало дополнение сравнительно либерального законодательства ЕС национальными системами утилизации.

Проблема брошенных автомобилей была решена лишь с введением утилизационного сбора (положительное стимулирование автовладельцев) и существенных штрафов за неправильную утилизацию (негативное стимулирование). Как показала практика Великобритании, лишь сдача автомобиля на утилизацию либо его продажа может быть основанием снятия с регистрационного учета.

Утилизационный сбор может быть направлен также и на другую цель — поддержку сети центров утилизации, обычно работающих с низкой рентабельностью. Введение повышенного субсидирования сертифицированных переработчиков позволяет ввести систему бесплатного приема ELV в любом состоянии (что положительно влияет на процент переработанных транспортных средств). Одновременно это позволяет утилизационным центрам выплачивать владельцам автомобилей дополнительные средства и конкурировать с экспортерами и нелегальными станциями переработки.

Однако у системы субсидирования перерабатывающих центров существует и недостаток — безвозвратное¹ повышение цены автомобиля, а также необходимость дополнительного регулирования рынка. Из рассмотренных нами государств лишь Германии удалось построить саморегулируемую систему независимого субсидирования центров утилизации. Остальные либо создали для этого частную компанию (Нидерланды), либо приняли детальные административные акты, обязывающие производителей (Швеция), либо вообще отказались от идеи субсидирования (Великобритания). При этом, как показывает практика, сложность системы субсидирования обратно пропорциональна размеру страны и прямо зависит от развития автомобильной индустрии.

¹ В отличие от «мотивирующего сбора», который возвращается владельцу после передачи автомобиля на утилизацию.

Помимо этих проблем мы не затронули в статье и иные, менее значительные вопросы создания системы утилизации автомобилей. Как утилизационный сбор будет зависеть от класса автомобиля? Могут ли не облагаться сбором военные, спортивные, коллекционные автомобили, спецтехника? Что может выступить свидетельством утилизации автомобиля? Как избежать бюрократизации и коррупции в системе субсидирования центров переработки? Возможно ли сочетание гарантий со стороны автопроизводителей и выплат со стороны автоимпортеров в рамках одной системы? Эти и другие вопросы дают нам представление, насколько сложную экономическую, политическую и правовую задачу предстоит решить отечественному законодателю.

Кирилл Николаев

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

Субъекты профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей: правовые вопросы

Защита прав предпринимателей приобрела важную роль в современном государстве. Сложно представить себе гражданское общество без функции защиты нарушенных прав граждан, оказания им консультационной и информационной поддержки, помощи в реализации прав. Однако несмотря на всю значимость субъектов, осуществляющих защиту прав граждан, законодательство в отношении них сохранило ряд существенных недостатков. Это и наличие пробелов в регулировании (например, в законодательстве об адвокатуре), и разрозненность нормативно-правовых актов (статус арбитражного управляющего), и неурегулированность деятельности в целом (вопрос профессиональных коллекторов). Законодатель предпринимает шаги для решения этих проблем, но для окончательного их решения необходимо полное представление о сущности профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей.

Профессиональных участников рынка, таких, как адвокаты, аудиторы, арбитражные управляющие, коллекторы, нотариусы и оценщики, объединяет ряд признаков. Все они выполняют единую функцию, их организационно-правовые формы схожи, они имеют одинаковый статус, характер деятельности и требования к ней.

Один из основных вопросов, поставленных в статье — вопрос статуса профессиональной деятельности. С одной стороны, эту деятельность можно считать разновидностью предпринимательской деятельности, которой придается особое социальное значение, с другой — деятельность по защите прав характерна прежде всего для некоммерческих организаций. Каждая из этих позиций подкреплена сильными аргументами. Если исходить из экономической природы деятельности — ее стоит отнести к предпринимательской, так как субъекты, которые занимаются адвокатской, нотариальной, аудиторской деятельностью, осуществляют ее в целях извлечения прибыли. Если же исходить из того, для каких целей вводится тот или иной институт государством — налицо некоммерческая сущность статуса

субъектов. В ряде нормативно-правовых актов также содержатся нормы, прямо указывающие на то, что осуществляемая деятельность не является предпринимательской. Так в ст. 1 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» говорит, что «нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли».

На наш взгляд, профессиональную деятельность по защите прав граждан необходимо воспринимать как самостоятельный вид хозяйственной деятельности. В ней можно найти как признаки предпринимательской деятельности, так и признаки деятельности, осуществляемой некоммерческими организациями. Право всегда следует за экономической необходимостью, если же такая необходимость отсутствует — норма права нормально работать не будет. Можно говорить, что деятельность нотариусов не является предпринимательской, а на практике получать неформальную борьбу за право заниматься ей. В этом кроется материальная подоплека: заниматься нотариальной деятельностью экономически выгодно. Арбитражный управляющий также имеет материальный интерес в деле, и именно он является основным а не бескорыстное желание помочь клиенту выбраться из «долговой ямы». Но такое регулирование следует расценивать не как недостаток, а скорее как реально действующий стимул.

Понятие и признаки субъектов профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей.

Необходимо определить, кого следует понимать под «субъектами профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей» (далее — Субъекты). Ни доктрина, ни законодательство четкого ответа не дает.

На наш взгляд, под Субъектами *следует понимать лиц, профессиональная деятельность которых направлена на оказание помощи в признании, установлении или восстановлении нарушенных прав и законных интересов предпринимателей.*

Для отграничения одного вида деятельности от другого в науке активно используется категория признаков той или иной деятельности. Под признаками следует понимать перечень характерных черт, совокупность которых присуща именно этому виду деятельности.

Первый признак — выполнение социально значимой функции. Деятельность исследуемых Субъектов прямо направлена на осуществление такой важной функции, как защита прав. Государство заинтересовано в Субъектах, а также в том, чтобы эти Субъекты существовали

по системе самообеспечения. Адвокатура выполняет государственно-значимую функцию в сфере отправления правосудия, относящуюся к защите интересов не самих членов объединения, но неограниченного круга физических и юридических лиц, нуждающихся в квалифицированной юридической помощи.

Это можно сформулировать и как выполнение Субъектами публично-правовой функции. В данном случае «публично-правовую функцию» стоит рассматривать как представление интересов не своих членов, а неограниченного круга лиц, обратившихся к ним за помощью. Это справедливо и в отношении нотариата, и арбитражных управляющих.

Второй признак — предпринимательский характер оказываемой Субъектами деятельности (как совокупность приемов и способов ведения деятельности).

Деятельность многих Субъектов (адвокаты, нотариусы, арбитражные управляющие) формально подпадает под все признаки предпринимательской деятельности, но их участники не являются коммерческими организациями. Рассмотрим деятельность арбитражных управляющих и адвокатов. Представители данных профессий, наряду с нотариатом, аудиторами и врачами, выполняют особые социально значимые функции, обязуются сделать выполнение этих функций целью своей профессиональной деятельности. Перемена приоритетов не означает, что финансовая составляющая исключается вовсе, напротив, извлечение прибыли отходит на второй план. Получаемая прибыль необходима для того, чтобы общественный институт мог существовать.

Наиболее ярко данный признак проявляется в деятельности по оказанию услуг предпринимателям и иным хозяйствующим субъектам. В отношении граждан — напротив, максимально проявляется социальная составляющая такой деятельности (например, адвокатские услуги могут быть предоставлены бесплатно, а законодательство о нотариальной деятельности предусматривает значительные льготы по уплате пошлин и сборов¹).

Третий признак Субъектов — регламентированный порядок их деятельности. В силу общественной значимости в отношении практически всех Субъектов (исключение составляют коллекторские

¹ «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1 ст. 22.1 «Размеры нотариального тарифа».

организации¹⁾ действуют жесткие правила, установленные законодательством. В отношении многих субъектов обычно действует специальный нормативно-правовой акт, регламентирующий их деятельность²⁾. В отношении других, например, арбитражных управляющих — группа специальных нормативно-правовых актов³⁾.

Четвертый признак — обязательное членство в общественных организациях, осуществляющих контроль и организацию деятельности Субъектов. В основе всех организаций лежит принцип саморегулирования. В отношении арбитражных управляющих действует норма, прямо устанавливающая: «арбитражным управляющим признается гражданин Российской Федерации, являющийся членом одной из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих»⁴⁾.

Пятый признак — наличие особых требований к участникам. В отношении любого из вышеназванных Субъектов действует ряд требований. Такие требования могут касаться как характеристик самой личности, ее репутации, так и профессионального стажа, наличия особых навыков. Данные требования целесообразны: Субъекты призваны осуществлять государственную функцию — защиту прав. Этот способ ведет к повышению качества оказываемых услуг.

Для получения статуса адвоката Законом № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» устанавливаются

¹ В 2008 году проект Федерального закона «О коллекторской деятельности», подготовленный Национальной Ассоциацией Профессиональных Коллекторских Агентств (НАПКА) в 2009 году совместный проект закона «О защите прав физических лиц при взыскании задолженности» НАПКА и АРКБ планировали внести в Госдуму в 2009 году. В 2010 году две банковские (Ассоциация российских банков, Ассоциация региональных банков России) и две коллекторские ассоциации (НАПКА, АРКБ) представили проект закона «О деятельности по взысканию просроченной задолженности».

² Деятельность нотариальных органов регулируется «Основными законодательства Российской Федерации о нотариате» утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1 Положение адвокатуры — Федеральным законом от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

³ Ст. 20 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»; Постановление Правительства РФ от 09.07.2004 № 344 (ред. от 27.06.2008) «Об утверждении Временного положения о размещении и расходовании средств компенсационных фондов саморегулируемых организаций арбитражных управляющих»; Постановление Правительства РФ от 28.05.2003 № 308 (ред. от 11.02.2005) «Об утверждении Правил проведения и сдачи теоретического экзамена по единой программе подготовки арбитражных управляющих».

⁴ Ст. 20 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

следующие требования к претендентам¹: высшее юридическое образование, стаж работы по юридической специальности, сданный квалификационный экзамен, полная дееспособность, отсутствие судимости.

Если сравнить вышеперечисленные требования с требованиями, установленными для кандидатов в нотариусы² или арбитражные управляющие³, то можно заметить, что требования к Субъектам во многом схожи, а зачастую и дублируют друг друга. Это служит еще одним подтверждением того, что перечисленные виды деятельности имеют много общего, в частности, в вопросах организации.

Шестой признак — наличие особого вида ответственности — профессиональной ответственности. Повышенная ответственность лиц, осуществляющих частную практику в сфере защиты прав предпринимателей, связана со специфическим характером их деятельности.

Шестой признак — необходимость страхования профессиональной ответственности. Страхование профессиональной ответственности — это вид страхования ответственности, предназначенный для защиты имущественных интересов, связанных с возможным возмещением вреда третьим лицам, и применимый к лицам, занимающимся профессиональной деятельностью. Субъект профессиональной деятельности получает право переложить бремя ответственности за возмещение ущерба на страховую компанию. Заключить договор страхования правомочен лишь субъект, осуществляющий профессиональную деятельность в установленном законом порядке.

В отношении всех Субъектов законодательно установлена обязанность страхования собственной деятельности. Например, согласно п. 1 пп. 6 ст. 7 Закона, адвокат обязан «осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности».

Седьмой признак — индивидуальное осуществление деятельности. Субъектом профессиональной деятельности можно признать, согласно действующему законодательству, только физическое лицо, осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами и на основании государственной

¹ П. 1, 2 ст. 9 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

² Ст. 2, ст. 3 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1.

³ Ст. 20 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

регистрации/лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации. Иными словами, для осуществления такой деятельности не требуется образование юридического лица или регистрация в качестве индивидуального предпринимателя.

Последний признак — наличие особых привилегий. Субъекты профессиональной деятельности имеют ряд привилегий, присущих только им. Например, только арбитражный управляющий уполномочивается судом проводить процедуры банкротства.

К исключительным полномочиям нотариуса относятся: свидетельствование верности копий документов и выписок из них, свидетельствование подлинности подписи на документах, свидетельствование верности перевода документов с одного языка на другой, а также некоторые другие действия. Подобные действия другие лица могут осуществлять только в силу прямого указания в законе; например, судьи могут официально заверять копии документов.

Виды субъектов профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей.

В качестве общего основания для деления (по видам занимаемой деятельности) предлагаются следующие виды деятельности:

1. Аудиторская деятельность;
2. Деятельность арбитражных управляющих;
3. Коллекторская деятельность;
4. Адвокатская деятельность;
5. Нотариальная деятельность;
6. Деятельность профессиональных оценщиков.

Спорным остается вопрос об отнесении Медиации к вышеназванному перечню. Пока практика правоприменения с подобными вопросами не сталкивалась. В 2011 году Министерство экономического развития опубликовало письмо¹, в котором было высказано мнение по вопросам, указанным в обращении (в частности, об индивидуальных профессиональных участниках). В Письме, однако, содержится оговорка: «...у Министерства нет соответствующих полномочий, в силу чего разъяснения, данные ими, не могут являться обязательным для правоприменителя». Далее в п. 1 говорится о том, что согласно ст. 2 Закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры

¹ Письмо Министерства Экономического развития РФ от 8 августа 2011 г. № Д06–3852.

медиации, — «...это юридическое лицо, одним из основных видов деятельности которого». Без регистрации в качестве юридического лица, медиаторы не могут осуществлять самостоятельно указанную деятельность; а следовательно, не подпадают под исследуемый объект.

Первое основание классификации — наличие обязанности по получению лицензии на занятие определенным видом деятельности. В соответствии с этим классификатором можно выделить два типа Субъектов:

1. Субъекты, деятельность которых подлежит обязательному лицензированию со стороны государственных органов.

2. Субъекты, осуществляемая деятельность которых не требует лицензии.

Согласно Федеральному закону от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», к лицензируемым видам деятельности из вышеперечисленных относятся аудиторская и нотариальная, остальные виды деятельности не требуют наличия лицензии.

Здесь законодатель несколько непоследователен. Только два вида деятельности из шести подлежат обязательному лицензированию. Если обратиться к статье 2 Закона о лицензировании, то здесь среди целей лицензирования перечислены: предотвращение ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности». Однако оставшиеся виды деятельности могут также нарушать интересы граждан, затрагивать их права. Хотелось бы, чтобы законодатель был более последователен в этом вопросе.

Лицензирование направлено на повышение качества оказываемых услуг. Факт наличия образования и прохождения стажировки еще не говорит о сформировавшихся профессиональных качествах претендента, его готовности объективно оценивать ситуацию, непредвзято изучать факты, а также не гарантирует преобладания в его деятельности целей по оказанию помощи в защите законных интересов и нарушенных прав.

Второе основание — по сфере охраняемых интересов. Защита прав предпринимателей неоднородна по своей природе. Часто защиту прав можно осуществлять путем установления, на что направлена деятельность нотариальных органов. При этом, деятельность нотариата при

осуществлении данной процедуры нельзя сформулировать как направленную именно на защиту конкретного предпринимателя. В первую очередь, орган руководствуется соображениями законности. То же касается и разъяснения прав — это совершается для того, чтобы избежать возможности признания сделки недействительной ввиду неясности какого-либо условия.

Аналогию можно провести и с деятельностью адвоката. Помимо его основной задачи, защиты прав представляемого, существует и другая, указанная в законодательстве: содействие суду в установлении истины по делу.

Согласно этой классификации можно выделить следующие виды субъектов профессиональной деятельности:

1. Прокредиторские субъекты (профессиональные коллекторы и арбитражные управляющие).

2. Субъекты, осуществляющие соблюдение за законностью. (нотариат, адвокатура).

3. Иные виды деятельности (деятельность оценщиков и аудиторов).

В прокредиторской деятельности не нужно видеть ничего незаконного / неправомерного / противозаконного. Деятельность вышеуказанных лиц направлена на защиту интересов кредиторов, которые имеют законные права на получение того или иного имущества. Эти субъекты не занимаются «околозаконным грабежом», они защищают интересы лиц, в данной ситуации оказавшихся жертвами недобросовестных должников.

Спорным считается отнесение к данной категории арбитражных управляющих. Постановка их рядом с коллекторами неслучайна: и у тех и у других основная цель — защита прав кредиторов. Это подтверждает п. 2 ст. 20.3 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», где сказано, что большинство действий имеют прокредиторскую направленность.

Наряду с вышеперечисленными, существуют также полномочия по защите прав и интересов должника, они перечислены в Законе¹. Аналогичную ситуацию можно пронаблюдать и в отношении коллекторов — их действия направлены на содействие должнику в погашении долга (предоставляются льготные режимы кредитования в банках-сотрудниках, разрабатывается график погашения и так далее).

¹ П. 2. Ст. 20.3 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Отнесение профессиональных оценщиков и аудита в отдельную группу неслучайно. Их деятельность имеет специфический характер. Она не направлена на защиту чьих-либо интересов. Аудит не может подменять своей деятельностью деятельность контроля достоверности бухгалтерской (финансовой) отчетности. Контроль, в свою очередь, осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации уполномоченными государственными органами и органами местного самоуправления, о чем говорится в п. 5 ст. 1 Закона «Об аудиторской деятельности». Характер оказываемой услуги специфичен — проверка бухгалтерской (финансовой) отчетности аудируемого лица в целях выражения мнения о достоверности такой отчетности. Здесь нет ярко выраженной направленности на защиту чьих-либо интересов.

То же касается и профессиональных оценщиков. Их заключение носит объективный характер, к нему прибегают как в судах (с целью установления справедливой стоимости), так и перед началом процедуры банкротства, а также в личных целях (для публикации данных о компании).

Выводы

В ходе исследования был применен комплексный подход к рассмотрению субъектов профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей. Также было сформулировано понятие субъектов профессиональной деятельности в сфере защиты прав предпринимателей, более того, выделены отличительные признаки такой деятельности.

Особое внимание было уделено коллекторской деятельности в связи с обострением вопроса ее урегулирования в нашей стране. Это единственный вид профессиональной деятельности, который еще не нашел отражения в законодательстве.

Несмотря на то, что каждый из исследуемых видов профессиональной деятельности Субъектов имеет ряд отличительных черт, все они являются схожими по статусу, организационно-правовым формам, требованиям, предъявляемым к участникам.

Было выявлено отсутствие единообразного подхода законодателя к некоторым вопросам, связанным с профессиональной деятельностью. Это связано с тем, что нормативные акты выходили с существенным разрывом во времени. Предлагается привести законодательство в единообразный вид и внести соответствующие поправки в нормативно-правовые акты.

Сергей Ренжин

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

Гендерные квоты в советах директоров компаний

На протяжении длительного времени многие исследователи демократии спорили о равенстве в правах между мужчинами и женщинами. Однако изначально данный вопрос находился в сфере публично-правовых отношений. В частности, важным вопросом на протяжении XX века был вопрос гендерного равенства в политической сфере. С этой целью в составе Совета Европы был создан Руководящий комитет по вопросам равенства мужчин и женщин, который обязуется обеспечить полную реализацию имеющихся гражданских прав, как мужчинами, так и женщинами¹. В связи с этим были приняты различные законы, устанавливающие гендерные квоты в органах государственной власти.

В последнее время данный вопрос перешел из сферы публичных правоотношений в сферу частного права, и, в частности, в корпоративное право. Основным вопросом стало введение гендерных квот в советах директоров компаний. Данная проблема возникла, в первую очередь, из-за того, что, по результатам проведенных исследований, подавляющее число мест в советах директоров в странах Европы занимают мужчины, что, в свою очередь, было расценено как дискриминация женщин. А потому было принято решение, что проблему равного представительства лиц обоих полов в составе совета директоров компаний требуется решить законодательно.

Основной целью данной статьи является изучение механизма введения гендерных квот в совете директоров компаний. В работе будут проанализированы основные механизмы законодательного регулирования гендерных квот в совете директоров в странах Европейского Союза, а также перспективы введения данных норм в законодательство Российской Федерации.

¹ Европейская конвенция о защите прав человека. Текст взят с: http://www.echr.ru/coe/activity/800_europeans_7.htm.

1. История появления норм о гендерных квотах в законодательствах европейских стран

Впервые вопрос о необходимости введения гендерных квот в советах директоров компаний возник после проведения четвертой Всемирной конференции по положению женщин, проходившей в Пекине в 1995 году¹. Под гендерной квотой понимается узаконенный уровень представительства женщин и мужчин в органах власти. Было решено применять данный понятийный аппарат и для корпоративного права. В данном случае под термином «гендерная квота» также подразумевается законодательно закрепленный уровень представительства женщин и мужчин, но уже в коллегиальных органах управления компаний. В частности, основной акцент делается именно на советы директоров.

Впервые гендерные квоты были применены в Норвегии, где в 2003 году парламентом была принята резолюция, устанавливающая в советах директоров компаний обязательное представительство обоих полов. Данный закон достаточно неоднозначно оценивается в силу того, что он был сам по себе первым по данной тематике; и опираться норвежскому законодателю было не на что. Характерной особенностью данного закона является установление дифференциации в зависимости от количества лиц, входящих в совет директоров. Так, в случае, если совет директоров компании состоит из 2 или 3 человек — в нем должно быть по 1 человеку каждого пола. Если из 4 или 5, то уже должно быть по 2 человека, а если из 6–8 человек — 3 каждого пола соответственно. Но это частные случаи, которые применительны для компаний с малым советом директоров. Общим правилом считается, что «в крупных советах директоров (9 и более человек) должно присутствовать 40% лиц каждого пола». Закон требовал достаточно длительного времени для исполнения, а потому в нем было закреплено, что все компании обязаны в течение 5 лет (до января 2008 года) исполнить установленные законом требования². Далее в 2011 году

¹ Пекинская декларация Принята четвертой Всемирной конференцией по положению женщин, Пекин, 4–15 сентября 1995 года. Текст взят с: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/womdecl.shtml.

² DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS «Gender Quotas in Management Boards», 2012 г. Текст взят с: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

произошло введение гендерных квот в совете директоров в большинстве европейских стран (Испания, Франция).

Следует выделить 2 основных механизма законодательного регулирования гендерных квот в совете директоров. Первый — с помощью императивных норм, предписывающих строго определенный процент присутствия лиц обоих полов, а второй — добровольный режим, в соответствии с которым, закрепленные законодателем нормы носят рекомендательный характер. Далее мы рассмотрим оба механизма с их плюсами и минусами.

2. Механизм внедрения квот через императивные нормы

Как уже было сказано, первый механизм представляет собой использование государством императивных норм, закрепленных либо отдельным законом, либо в качестве поправок в уже действующие. Такие законы обязывают компании привести свои кадры в соответствие. Нельзя не обратить внимания на то, что данные нормы касаются большого количества правоотношений, а потому многим странам приходится вносить изменения в уже действующие акты. Так, Франция в 2011 году приняла отдельный закон n°2011–103 от 27 января 2011 года «О равном участии мужчин и женщин в совете директоров и надзорном совете и о профессиональном равенстве»¹. Однако, кроме этого, изменения коснулись также и Трудового кодекса Франции; так, в частности, изменения затронули статьи L2323–57 и L2323–47².

Основной чертой данного механизма является государственный аппарат принуждения, благодаря которому обеспечивается исполнение данных норм. Одним из самых показательных примеров реализации этого механизма является Норвегия, где норма об обязательном установлении гендерных квот в советах директоров компаний была закреплена резолюцией норвежского парламента в 2003 году. Кроме того, этому правовому режиму соответствует наличие санкций

¹ LOI n° 2011–103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle. Текст взят с: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023487662>.

² Code du travail, 2008. Текст взят с: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006901989&cidTexte=LEGITEXT000006072050>.

за неприведение штата в соответствие с требованиями закона. Так, в разных правопорядках они различаются по степени жесткости: от роспуска совета директоров компании до отмены регистрации юридического лица и его ликвидации. Это связано, в первую очередь, с тем, что на практике невозможно быстро провести смену кадров, подготовить квалифицированных специалистов. Поэтому законы устанавливают определенные временные промежутки для приведения штата в соответствие с требованиями законодательства. К примеру, в Норвегии резолюция была принята в январе 2003 года, но уже существующим на данный момент компаниям было дано 5 лет (до января 2008 года) для исполнения данной нормы. Однако компании, которые создавались с 2006 года, уже должны были соответствовать требованиям закона на момент их регистрации.

Интересен пример законодательного регулирования данного вопроса во Франции. Там законом установлено, что компании должны привести штат в соответствие при ближайшей смене участников совета директоров¹. В случае, если компания не исполнила требования по приведению штата в соответствие с законом к установленному сроку, то ей выносятся 2 предупреждения с требованием устранить нарушения. При неисполнении к компании применяются санкции вплоть до ликвидации.

В некоторых странах существуют исключения из данного правила. Так, в Испании составлен отдельный список компаний, на которых действуют положения о гендерных квотах в советах директоров. Из-под действия закона полностью выведены компании малого и среднего бизнеса. В свою очередь, в Голландии действует принцип «исполни или объясни». Его идея заключается в том, что если компания по какой-либо причине не может привести свой штат в соответствие с требованиями закона, то она может обратиться в государственный орган с объяснением причин и просьбой о неисполнении требований закона. Как показывает практика, более чем в половине случаев к компаниям не применяются санкции.

Основным преимуществом данного механизма законодательного закрепления гендерных квот является достаточно быстрое достижение

¹ LOI n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle. Текст взят с: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023487662>.

результата (благодаря наличию санкций). Однако в таком механизме гораздо больше минусов, что, несомненно, только подкрепляет аргументы противников данной системы. Так, в первую очередь, отмечается упадок производительности компании в первые несколько лет после замены штата. Это связано с тем, что подготовить качественные кадры и искусственно сделать из них хороших управленцев достаточно сложно. В итоге, время для устранения проходит, а кадры еще не готовы. Поэтому, чтобы избежать санкций со стороны государства, членами директоров становятся лица, не подготовленные для занятия такого рода должностей: к примеру, бухгалтеры и экономисты, не имеющие должных навыков управления.

Также в процессе реализации данных норм в Норвегии обнаружилось, что некоторые женщины стали членами советов директоров одновременно нескольких компаний, что, в свою очередь, негативно отразилось и на производительности компаний. В данном случае основным аргументом считается общее снижение производительности компаний, однако сторонники данного механизма не соглашались с этим, утверждая, что подобные результаты напрямую никак не связаны с участием женщин в управлении компанией и являются следствием неправильной политики и деятельности самой компании. В данном случае для более объективной оценки следовало бы обратиться к результатам Евростата¹, которые показывают явную отрицательную динамику прибыли компаний в первые 3–5 лет после реализации на практике положений законов о гендерных квотах.

3. Добровольные режимы регулирования гендерных квот

Вторым механизмом является установление добровольного режима для компаний. Его применяют: Великобритания, Соединенные Штаты Америки, Голландия, Сингапур, Канада, Австралия, Германия и другие². При добровольном режиме закон обычно не обязывает компании строго соблюдать процентное соотношение лиц обоих полов

¹ Gender pay gap in unadjusted form in % — NACE Rev.1.1. Текст взят с: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/EN/earn_gr_gpg_esms.htm.

² Deloitte «Women in the boardroom: A global perspective», 2011. Текст взят с: http://www.deloitte.com/view/en_GX/global/press/global-press-releases-en/3cb4d5721baad210VgnVCM3000001c56f00aRCRD.htm.

в советах директоров компаний. В этом случае большая роль отводится методам стимулирования.

При данном механизме реализации государство закрепляет диспозитивные нормы где указан определенный уровень присутствия лиц обоих полов в совете директоров. Но в данном случае эти нормы носят рекомендательный характер. В отличие от первого способа, при этом механизме реализации отсутствуют санкции за несоответствие штата рекомендуемым законом требованиям. Общий способ включает в себя большое количество различных способов достижения гендерного равенства в совете директоров компаний. Таким образом, можно выделить: установление прозрачности в продвижении по службе и наборе новых кадров в компаниях; инициативы по профессиональному обучению и подготовке; закрепление норм в кодексах корпоративного управления; преимущества при продвижении по службе для женщин.

Кроме того, следует отметить, что добровольные режимы устанавливаются как на государственном, так и на межнациональном уровне. Так Австрийский институт по исследованию малых и средних предприятий (Austrian Institute for SME Research) в 2010 году, при участии более 100 компаний по всей Европе, разработал и систематизировал некоторое количество инициатив, которые могли бы служить целям продвижения гендерного равенства в компаниях¹. Успешная деятельность некоторых компаний была отмечена призами и наградами за успешное продвижение в своей деятельности принципов гендерного равенства. Этим компаниям были предоставлены определенные привилегии, предоставляемые таким компаниям. Также была введена система оценки успешности внедрения данных механизмов. В 2011 году была предложена другая классификация, согласно которой, выделялись 3 основные группы. В первую группу отнесли «положительную деятельность компаний», которая включает в себя установление правильных целей в данной области, организацию тренировочных программ для подготовки квалифицированных специалистов. Второй группой являются «инициативы групп компаний» или «компаний, составляющих отдельный сектор экономики». В таких компаниях выделяются награды за длительное продвижение добровольных квот, а

¹ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS «Gender Quotas in Management Boards», 2012 г. Текст взят с: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

также за положительные результаты в продвижении женщин по службе. Третья группа — «саморегулирование в промышленности». Основным механизмом регулирования в этом случае выступают Кодексы корпоративного поведения, которым отводится решающая роль.

Существует большое количество способов стимулирования должного поведения. В данном случае речь идет, в первую очередь, о всевозможных преимуществах, предоставляемых компаниям, которые придерживаются рекомендованных требований в области внедрения гендерных квот в деятельность компаний. Так в Голландии для компаний, вводящих на локальном уровне квоты на присутствие лиц обоих полов в составе совета директоров компаний, предусмотрены преимущества при предоставлении таким компаниям государственных контрактов. Такие компании в приоритете перед остальными. Более того, практически во всех странах существуют и иные способы поощрения. В рамках Совета Европы постоянно отслеживается уровень присутствия женщин в компаниях¹. Ежегодно составляются списки и подводятся итоги о наличии или отсутствии проблем в конкретных сегментах европейского рынка, а также в странах в целом.

Однако у добровольного режима установления гендерных квот есть и достаточно большое количество минусов. Один из главных минусов — медленные темпы внедрения гендерных квот (в сравнении с императивным методом регулирования). Это достигается, в первую очередь, тем, что зачастую санкции стимулируют компании вести себя должным образом лучше, чем поощрения, которые не во всех странах могут заставить руководства компаний следовать рекомендациям законодательства о гендерных квотах. Второй причиной, по которой добровольные режимы тяжелы для применения, является тот факт, что компании производят смену членов советов директоров намного медленнее, и процесс затягивается на долгие годы. В результате — все те программы, которые декларируются государством, заявляют, что к определенному промежутку времени процент обязательного присутствия лиц обоих полов в составе совета директоров не достигает заявленных показателей. Примером тому является Франция, где первоначально была установлена гендерная квота в размере 20% от общего числа членов совета директоров компаний, однако к 2015 году предполагается и рекомендуется увеличить процентное соотношение

¹ Corporate Gender Gap Report 2011. http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_CorporateReport_2011.pdf.

до 40%¹. Тем не менее, на этот счет возникают большие сомнения, так как законом закреплено, что компаниям рекомендовано достигнуть таких показателей; а на практике неизвестно, насколько долго может растянуться процесс подготовки квалифицированных кадров для занятия места в составе совета директоров, при отсутствии государственного принуждения.

4. Перспективы выбора определенной модели для регулирования гендерных квот в совете директоров в России

В Российской Федерации на данный момент проблема не стоит так остро, как в странах Европы. Это связано, в первую очередь, с тем, что правосознание жителей Европы существенно отличается от российского. Так в Европе права граждан детально регулируются и постоянно дополняются в случае малейшего подозрения на дискриминацию по какому-либо признаку. В России правосознание пока не дошло до такого уровня, а потому многие проблемы решаются по аналогии с Европой. К примеру, проблема гендерных квот в совете директоров компаний в России была заявлена сравнительно недавно, хотя в Европе этим вопросом занимаются достаточно давно (с 2003 года), а пик обсуждений и принятия законодательных актов в странах Европейского Союза пришелся на 2011 год.

Что касается перспектив принятия подобных актов в Российской Федерации, то тут вопрос очень спорный, так как непонятно, какой из механизмов был бы предпочтительнее и в полной мере реализовать на практике предполагаемые цели.

Так добровольные режимы в установлении гендерных квот в России могут повлечь негативные последствия. Основной проблемой здесь может стать то, что компании будут назначать фиктивных лиц, которые ничего не будут решать в действии компании. Такие лица будут назначаться исключительно для целей получения льгот и преимуществ. К примеру, будет сложно применить механизм приоритета при размещении государственных контрактов. Сейчас в Российской Федерации

¹ LOI n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle. Текст взят с: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023487662>.

данный вопрос вызывает и так вызывает много нареканий. Такой механизм, несомненно, нуждается в серьезном реформировании. На практике не редки случаи ненадлежащего исполнения обязательств компаниями, получающими государственные контракты на выполнение каких-либо работ или оказание услуг. Введение данной возможности может повлечь увеличение числа подобных проблем. Также может произойти и с иными льготами, так как они могут быть использованы во вред другим компаниям лицами, ведущими недобросовестную предпринимательскую деятельность. Более того, существует вероятность, что российские компании не будут обращать на данные рекомендации внимания в силу того, что на данном этапе развития бизнеса слишком мало квалифицированных кадров. Так что добровольный режим введения квот будет неэффективен.

Также существуют проблемы и при введении гендерных квот на законодательном уровне в качестве императивных норм, предписывающих строго определенный процент соотношения лиц обоих полов в советах директоров компаний. Кроме указанной выше проблемы недостатка кадров, существует и другая — принятие данной нормы. В данном случае можно говорить о том, что введение такой нормы будет нежелательно для крупных компаний, имеющих возможность влиять на политический процесс в Российской Федерации. Принятие отдельного закона также потребует значительных изменений и в других правовых актах. Примером тому служит Франция, в которой, помимо отдельного закона, были внесены поправки во Французский трудовой кодекс и иные акты. В России, в силу большого массива законодательства, придется вносить изменения в гораздо большее количество актов, а простое принятие одного закона без приведения в соответствие со специальными актами может повлечь за собой множество коллизий и противоречий. Таким образом, данный механизм на практике также ожидает множество проблем.

Вариантом решения подобных проблем может стать постепенная интеграция зарубежного права в право российское. Связующим звеном могут послужить обычаи делового оборота и заимствование декларативных норм в кодекс корпоративного поведения, который, в свою очередь, может повлиять на положительную динамику в данной области. Кодекс корпоративного поведения в Российской Федерации имеет рекомендательный характер. Однако компании руководствуются его положениями, пусть те и не носят обязательного характера. При введении в кодекс диспозитивных норм, направленных

на обеспечение гендерного равенства, возможно постепенное увеличение процента присутствия лиц обоих полов в органах управления компаний, ведущих свою деятельность на территории Российской Федерации. В первую очередь, туда следует включить рекомендуемый процент обязательного присутствия лиц обоих полов в органах управления компаний. Кроме того, большое значение будет иметь и система подготовки кадров, которая должна будет готовить специалистов обоих полов, чтобы те впоследствии могли занять руководящие должности. Положения о повышении квалификации сотрудников также следует включить в кодекс, потому что без качественно подготовленных кадров данные квоты не будут давать максимальной эффективности на практике.

Также следует целенаправленно проводить политику по повышению уровня подготовки кадров, так как квалифицированные сотрудники со временем смогут занимать посты в органах управления компаний без различий по половому признаку. Тем не менее, следует сначала понять, имеется ли в России данная проблема, и выявить отношение бизнеса к ней. Легко принять закон, который на практике не будет действовать. Для принятия же нужных для предпринимательства законов требуется всестороннее рассмотрение проблемы и поиск путей решения применительно к существующим реалиям. В любом случае, для осуществления этого требуется немало времени. Например, путь западно-европейских стран в понимании этой проблемы занял около 10 лет, а значит и в России решать такую проблему в сжатые сроки, подражая Европе, где данные нормы уже действуют, не следует.

5. Выводы

Во многих странах Европейского Союза, а также в иных государствах, нормы о гендерном равенстве в совете директоров компаний на сегодняшний момент стали неотъемлемой частью корпоративного права. В данной статье была предпринята попытка проанализировать механизмы внедрения гендерных квот. Оба механизма имеют свои достоинства и недостатки, однако пока говорить о явных преимуществах одного из них над другим нельзя. Причиной этому является сравнительно небольшое количество времени, прошедшее с момента закрепления на законодательном уровне той или иной модели в большинстве стран Европейского Союза. Поэтому только после нескольких лет практической реализации данных норм и анализа результатов

можно будет говорить о преимуществах одного из механизмов над другим.

В Российской Федерации пока данному вопросу не уделяется достаточного внимания, но в скором времени, из-за вступления в ВТО и принятия страной дополнительных международных обязательств, проблема гендерного равенства в совете директоров компаний начнет активно разрабатываться российским законодателем. После проведения анализа возможных плюсов и минусов реализации на практике обоих механизмов введения гендерных квот было выявлено, что для России больше подойдет механизм добровольного регулирования. В статье были предложены варианты практической реализации метода добровольного регулирования посредством введения отдельных положений в кодекс корпоративного поведения. Однако то, как на практике будет реализовано закрепление гендерного равенства в советах директоров российских компаний, покажет только время.

Мария Сизова

аспирантка кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Реорганизация хозяйственных обществ: особенности эмиссии облигаций и опционов

При реорганизации хозяйственного общества его права и обязательства переходят к реорганизованному обществу. Для того, чтобы принять обязательства, закрепленные ценными бумагами, реорганизованному обществу необходимо выпустить собственные ценные бумаги. Но вопросы, связанные с эмиссией ценных бумаг при реорганизации хозяйственных обществ, и в теоретическом, и в законодательном аспектах в настоящее время слабо разработаны.

Целью данной работы является проведение анализа законодательства, регулирующего эмиссию облигаций и опционов при реорганизации хозяйственных обществ, обозначить основные пробелы и предложить варианты их устранения.

Само понятие реорганизации в действующем законодательстве отсутствует. Его можно определить следующим образом: реорганизация — это комплексное явление, которое влечет как юридические, экономические, так и социальные последствия. С правовой точки зрения, реорганизация — это сложный юридический состав, который осуществляется не только действиями реорганизуемых юридических лиц, но и действиями государственных органов. Процесс начинается с принятия на общем собрании решения о реорганизации. В состав данного решения может входить договор о слиянии или договор о присоединении (в случае реорганизации в соответствующих формах).

Эти же документы дают начало процессу эмиссии ценных бумаг при реорганизации хозяйственных обществ, так как в них может быть включен порядок конвертации опционов и облигаций (п. 2 ст. 37 Федерального закона «Об акционерных обществах»¹ (далее — Закон об АО), п. 9 ст. 33 Федерального закона «Об обществах с ограниченной

¹ Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (с изм. и доп. от 28 июля 2012 г. № 145-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; 2012. № 31. Ст. 4334.

ответственностью»¹ (далее — Закона об ООО)). Эмиссией является сложный юридический состав, содержащий последовательность установленных законом этапов и направленный на возникновение ценных бумаг. Тем не менее, как отмечает А. В. Габов, создание ценных бумаг — это не самоцель эмитента, а средство достижения других целей². Так, при реорганизации посредством конвертации выпускаются новые ценные бумаги на основе и взамен подлежащих аннулированию. Целью же такой эмиссии будет являться сохранение прав, предоставляемых владельцу ценных бумаг, а также после погашения этих ценных бумаг.

Порядок эмиссии также во многом зависит и от предоставленных ценными бумагами прав. Так, облигация удостоверяет имущественные права ее владельца, что следует из определений, данных ст. 816 Гражданского кодекса РФ³ (далее — ГК РФ) и ст. 2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»⁴ (далее — Закона о РЦБ). Облигации являются эмиссионными, а также инвестиционными ценными бумагами, и выпускаются эмитентом для привлечения денежных средств. Опцион — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе эмитента (ст. 2 Закона о РЦБ). Как видно из данного законом определения, в настоящее время опцион предоставляет право приобрести только акции, а следовательно, эмитентом опциона может быть лишь акционерное общество. Опцион — производная ценная бумага, так как «этот документ удостоверяет классическое „производное“ право приобрести в будущем другие ценные бумаги»⁵.

На основании и в соответствии с решением о размещении ценных бумаг (в нашем случае это и есть решение о реорганизации) утверж-

¹ Федеральный закон от 08 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (с изм. и доп. от 06 декабря 2011 г. № 405-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785; 2011. № 50. Ст. 7347.

² См.: Габов А. В. Ценные бумаги: Вопросы теории и правового регулирования рынка — М.: Статут, 2011 (по СПС «Консультант Плюс»).

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (с изм. и доп. от 30 ноября 2011 г. № 363-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2011. № 49 (ч.1). Ст. 7041.

⁴ Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (с изм. и доп. от 28 июля 2012 г. № 145-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918; 2012. № 31. Ст. 4334.

⁵ См.: Габов А. В. Ценные бумаги: Вопросы теории и правового регулирования рынка (по СПС «КонсультантПлюс»).

дается решение о выпуске ценных бумаг. Под решением понимается документ, содержащий данные, достаточные для установления объема прав, закрепленных эмиссионной ценной бумагой (ст. 2 Закона о РЦБ). Решение о выпуске эмиссионных ценных бумаг хозяйственного общества утверждается советом директоров или, если он не создан, общим собранием общества (п. 2 ст. 17 Закона о РЦБ).

Облигация может быть именной или на предъявителя. В последнем случае она выпускается в документарной форме, поэтому к решению о выпуске прилагается описание или образец сертификата. Решение о выпуске облигаций, исполнение обязательств эмитента, согласно которым обеспечивается муниципальная или государственная гарантия; залог, банковская гарантия или поручительство должны также содержать сведения о лице, предоставившем обеспечение, и об условиях обеспечения. Поскольку облигация с обеспечением предоставляет ее владельцу все права, возникающие из такого обеспечения, решение о выпуске облигаций должно быть также подписано лицом, предоставляющим такое обеспечение.

Порядок эмиссии опционов или облигаций при реорганизации хозяйственного общества соответствует общему, установленному абз. 1 п. 1 ст. 19 Закона о РЦБ. Так, после утверждения решения о выпуске ценных бумаг происходит государственная регистрация данного выпуска. Г. Н. Шевченко отмечает, что законодатель, устанавливая исключения из порядка ст. 19 Закона о РЦБ, использует термин «эмиссионные ценные бумаги». Однако «...они касаются только акций и неприменимы к иным эмиссионным ценным бумагам, которые могут размещаться только после регистрации их выпуска»¹.

Государственная регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг является средством регулирования и контроля рынка ценных бумаг. В настоящее время регистрация производится Федеральной службой по финансовым рынкам (ФСФР России), ее территориальными органами, Центральным банком (при реорганизации кредитных организаций) по заявлению эмитента.

При государственной регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг ему присваивается индивидуальный государственный регистрационный номер (цифровой (буквенный, знаковый) код, идентифи-

¹ Шевченко Г. Н. Эмиссионные ценные бумаги: понятие, эмиссия, обращение — М.: Статут, 2006. С. 141.

цирующий конкретный выпуск эмиссионных ценных бумаг¹). Эмиссионные ценные бумаги, выпуск которых не прошел государственную регистрацию, не подлежат размещению (п. 1 ст. 19 Закона о РЦБ)

Государственная регистрация выпуска облигаций и опционов осуществляется только после полной оплаты уставного капитала эмитента, а также после государственной регистрации в уставе акционерного общества положений о номинальной стоимости, количестве, и о правах по объявленным акциям соответствующих категорий (типов), в которые конвертируются облигации (в случае размещения облигаций, конвертируемых в акции), либо право на приобретение которых предоставляют опционы (п. 2.4.18, п. 2.4.19 Стандартов эмиссии ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг² (далее — Стандарты эмиссии)). Важно, что акционерное общество не вправе принимать решение об изменении прав, предоставляемых акциями, в которые могут быть конвертированы размещенные обществом ценные бумаги (абз. 3 п. 2 ст. 27 Закона об АО).

Согласно абз. 3 п. 3 ст. 33 Закон об АО, абз. 2 п. 2 ст. 31 Закона об ООО, номинальная стоимость всех выпущенных обществом облигаций не должна превышать размера уставного капитала общества и (или) величину обеспечения, предоставленного обществу для этих целей третьими лицами. Данное предписание необходимо учитывать, так как при реорганизации может измениться и размер уставного капитала, и количество выпущенных облигаций (посредством объединения с облигациями другого реорганизуемого общества). Более того, государственная регистрация облигаций не допускается, если сумма номинальных стоимостей размещаемых облигаций выпуска в совокупности с суммой номинальных стоимостей всех непогашенных облигаций эмитента, являющегося хозяйственным обществом, превышает размер его уставного капитала и/или величину (размер) обеспечения, предоставленного ему третьими лицами. Названное положение особенно актуально в случае присоединения. Установленное

¹ Приказ ФСФР России от 13 марта 2007 г. № 07–23/пз-н «Об утверждении Порядка присвоения государственных регистрационных номеров выпускам (дополнительным выпускам) эмиссионных ценных бумаг» (Зарегистрирован в Минюсте России 11 апреля 2007 г. № 9277) // БНА ФОИВ. 2007. № 19.

² Утверждены Приказом ФСФР России от 25 января 2007 г. № 07–4/пз-н (с изм. и доп. от 20 июля 2010 г. № 10–48/пз-н) Зарегистрирован в Минюсте России 15 марта 2007 г. № 9121 // БНА ФОИВ. 2007. № 25; 2010. № 35.

ограничение не применяется для облигаций с ипотечным покрытием и биржевых облигаций (п. 2.4.18 Стандартов эмиссии).

После государственной регистрации выпуска происходит размещение облигаций и опционов, которое осуществляется лишь одним способом — путем конвертации. А.Ю. Синенко определяет конвертацию как «...способ размещения ценных бумаг нового выпуска путем замены на них ценных бумаг прежнего выпуска с аннулированием последних»¹. Не стоит приравнивать конвертацию к сделке, что во многом вызвано данным в законе определением размещения как отчуждения ценных бумаг путем заключения гражданско-правовых **сделок**. Мы согласимся с А.В. Габовым. Он полагает, что конвертация является юридическим составом, так как осуществляется действиями не только эмитента, но и — налоговых органов, регистратора, депозитариев и даже владельца акций².

Согласно п.8.3.2 Стандартов эмиссии, при реорганизации одна облигация конвертируется только в одну облигацию, предоставляющую те же права. Один опцион также конвертируется только в один опцион, предоставляющий те же права. При конвертации в конвертируемые облигации и опционы эмитента количество акций, в которые они могут быть конвертированы, определяется в соответствии с коэффициентом конвертации акций.

Необходимо учитывать, что общество не вправе размещать облигации, конвертируемые в акции, и опционы, если количество объявленных акций общества определенных категорий и типов меньше количества акций этих же категорий и типов, право на приобретение которых предоставляют такие ценные бумаги (п.4 ст.33 Закона об АО). Таким образом, при принятии решения о реорганизации в уставе создаваемого общества необходимо правильно обозначить количество объявленных акций. К тому же количество акций определенной категории (типа), право на приобретение которых предоставляют опционы эмитента, не может превышать 5 % акций этой категории (типа), размещенных на момент представления документов для государственной регистрации выпуска опционов эмитента (ст. 27.1 Закона о РЦБ).

¹ Синенко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг: правовое регулирование, теория и практика — М.: Статут, 2002 (по СПС «Консультант Плюс»).

² См.: Габов А.В. Способы размещения акций при реорганизации // Предпринимательское право. 2008. № 4. С. 25, 28.

Возникает вопрос о возможности конвертации облигаций под обеспечением без согласия лица, предоставившего такое обеспечение. По сути, в результате конвертации происходит перевод долга, закрепленного ценной бумагой, на нового эмитента. По общему правилу, согласие, например, залогодателя или поручителя на перевод долга необходимо (ст. 356, 367 ГК РФ¹). На наш взгляд, в случае с облигациями под обеспечением согласие на перевод закрепленного ими долга будет требоваться всегда, так как в решении о выпуске должна стоять подпись лица, предоставляющего обеспечение. Те же облигации, за которые лицо уже подписалось, в процессе конвертации погашаются.

Владельцы облигаций, приобретая такие ценные бумаги, брали в расчет наличие обеспечения по ним. Что делать, если лицо не согласится предоставить обеспечение под облигации создаваемого общества? Искать новое лицо, готовое предоставить такое обеспечение? В срочном порядке погашать такие облигации? К сожалению, законодательство не дает ответа на данные вопросы, тем самым, не обязывая нового эмитента предпринимать какие-либо действия.

Больше всего проблем на данном этапе может возникнуть при преобразовании хозяйственного общества. В соответствии с законодательством, акционерное общество вправе преобразовываться: в общество с ограниченной ответственностью, в производственный кооператив, в некоммерческое партнерство (по единогласному решению всех акционеров)², а также в акционерное общество работников (в случае с открытым акционерным обществом, только если его работникам принадлежит не менее 49 % уставного капитала)³. Общество с ограниченной ответственностью, согласно п. 1 ст. 56 Закона об ООО, вправе преобразоваться в хозяйственное общество другого вида, хозяйственное товарищество или производственный кооператив.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм. и доп. от 06 декабря 2011 г. № 405-ФЗ) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301: 2011. № 50. Ст. 7347.

² Пункт 1 ст. 20 Закона об АО.

³ Пункт 1 ст. 2 Федерального закона от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» (с изм. и доп. от 21 марта 2002 № 31-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3611: 2002. № 12. Ст. 1093.

Возникает вопрос о правовой судьбе облигаций, конвертируемых в акции, в случае преобразования акционерного общества. Данная проблема существует, поскольку производственный кооператив, общество с ограниченной ответственностью и некоммерческое партнерство не вправе выпускать акции. Что должно произойти с такими облигациями: конвертируются ли они в обычные облигации или, может быть, обмениваются на доли, паи (как в подобном случае акции)? Все это касается и опционов, так как их эмитентом может быть только акционерное общество.

В соответствии с п. 7.1.6 Стандартов эмиссии, порядок и условия конвертации конвертируемых ценных бумаг должны предусматривать, что конвертация осуществляется:

- а) по требованию владельцев конвертируемых ценных бумаг; и/или
- б) по наступлении срока (календарная дата, истечение периода времени или событие, которое должно неизбежно наступить); и/или
- в) при наступлении обстоятельств, указанных в решении о выпуске (дополнительном выпуске) конвертируемых ценных бумаг.

Таким образом, в решении о выпуске конвертируемых ценных бумаг стоит предусматривать, что они могут быть конвертированы по требованию их владельца или что, в случае принятия решения о реорганизации, должна производиться их конвертация в акции. Способ же размещения акций при преобразовании акционерного общества закреплен в подп. 3 п. 3 ст. 20 Закона об АО.

Существует еще один вариант предотвращения указанной проблемы, хотя только для случая с облигациями. Согласно п. 6.2.32 Стандартов эмиссии, в решении о выпуске облигаций может быть предусмотрена возможность приобретения облигаций эмитентом по соглашению с их владельцами и/или по требованию владельцев облигаций с возможностью их последующего обращения. Так, в соответствии п. 2 ст. 450 ГК РФ, при существенном нарушении договора одной из сторон он может быть изменен или расторгнут по решению суда, если одна из сторон потребует этого. Последняя вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ). При этом существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб; в результате которого она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Согласно п. 2 ст. 450 ГК РФ существенным нарушением эмитентом договора облигационного займа, по мнению ФСФР

России, является также неисполнение эмитентом обязанности по приобретению облигаций по требованию их владельца¹.

Таким образом, в случае принятия решения о реорганизации, владелец облигаций вправе потребовать приобретения облигаций обществом. В противном случае — владелец облигаций может обратиться в суд с требованием изменения или расторжения договора — займа и уплаты понесенных в связи с этим убытков.

Однако, что делать, если в решении не прописана возможность досрочной конвертации или досрочного приобретения облигаций обществом? Схожий вопрос возникает относительно облигации при преобразовании хозяйственного общества в юридическое лицо, не выпускающее облигаций. И опять же, что делать с биржевыми облигациями? Они не могут быть конвертированы, так как единственным способом их размещения является открытая подписка. К тому же, поскольку эмиссия таких облигаций осуществляется без государственной регистрации их выпуска, регистрации проспекта облигаций и государственной регистрации отчета об итогах их выпуска, то их эмитентом может быть только общество, просуществовавшее не менее трех лет. Однако в процессе реорганизации создается новое общество. Исключением является присоединение, но оно ведет к прекращению присоединяемого общества.

На наш взгляд, в перечисленных случаях владельцу облигаций как кредитору следует воспользоваться правом требования досрочного исполнения обязательства, а при невозможности досрочного исполнения — прекращения обязательства, закрепленного облигацией, и возмещения связанных с этим убытков. Таким образом, ст. 60 ГК РФ дает выход из сложившейся ситуации для владельцев облигаций, однако для владельцев опционов вопрос остается открытым.

А. В. Габов в своем исследовании задается вопросом: что, если владелец облигации не воспользуется правом погасить ее? Ученый приходит к выводу, что в данном случае возникнет «юридический тупик: с момента окончания реорганизации обязательства по ним останутся, а самих облигаций как бы и нет»². При этом он считает, что

¹ Пункт 2 Письма ФСФР России от 02 июля 2009 г. № 09-ВМ-03/14905 «О некоторых вопросах, связанных с обеспечением и исполнением обязательств по облигациям» (документ опубликован не был) // СПС «КонсультантПлюс».

² Габов А. В. Правовая судьба ценных бумаг при реорганизации юридического лица // Предпринимательское право. 2008. № 3. С. 9.

такая ситуация возможна при любом виде реорганизации, так как в законе не указана обязанность эмитента прописывать в решении о реорганизации порядок эмиссии облигаций и опционов.

Заключительным этапом эмиссии ценных бумаг является государственная регистрация отчета об итогах их выпуска.

Выводы

Таким образом, порядок эмиссии облигаций и опционов при реорганизации хозяйственных обществ регулируется недостаточно. Так, императивно даже не закреплена обязанность прописывать условия размещения облигаций и опционов при реорганизации хозяйственных обществ. Такое невнимание со стороны законодателя к эмиссии опционов и облигаций при реорганизации создает возможность возникновения правовой неопределенности их судьбы, что может вызвать ущемление прав их владельцев при проведении реорганизации общества.

Особенно это касается случаев, когда общество преобразовывается в другое юридическое лицо, не выпускающее облигаций или опционов. Если в решении о выпуске не была предусмотрена возможность досрочного исполнения или требования приобретения обществом ценных бумаг, то к облигациям могут применяться общие гарантии, предусмотренные для кредиторов при реорганизации общества. Однако в проекте ГК РФ¹ предлагается к отношениям, возникающим при реорганизации юридического лица в форме преобразования, не применять правила ст. 60 ГК РФ, в которых как раз и установлены эти гарантии. Поэтому, по нашему мнению, следует императивно закрепить необходимость включения в содержание договора о слиянии, договора о присоединении, решения о реорганизации, наряду с порядком размещения акций (порядком обмена долей), порядок конвертации опционов и облигаций.

¹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации (представлен Президенту РФ 31 января 2012г.) // <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/44088.html>.

Дмитрий Текутьев

аспирант кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

«Золотой парашют» как средство повышения эффективности деятельности членов органов управления хозяйственных обществ

В последние годы при заключении трудовых договоров с топ-менеджерами¹ отечественных и зарубежных компаний огромную популярность получило включение в них положений о дополнительных повышенных компенсациях в случае досрочного прекращения трудовых отношений. В качестве компенсации может выступать комплекс преференций для руководителя: значительная денежная сумма, акции компании-работодателя, иное имущество, имущественные права (в том числе опционы) и другие формы материального вознаграждения. Такой метод стимулирования менеджеров высшего звена получил довольно остроумное название — **«золотой парашют»** («золотое рукопожатие»)².

¹ Автор статьи понимает, что термины «топ-менеджер» (от англ. «top» — высший, главный, ведущий; и «manager» — управляющий, директор, руководитель, организатор), т.е. наемный профессиональный управляющий компанией, руководитель организации; и «член органа управления» не есть одно и то же. Так как, во-первых, понятие «топ-менеджер» в его классическом понимании значительно шире, и включает в себя, помимо членов органов управления, еще и ключевых заместителей руководителя организации, отвечающие за финансовые, коммерческие, производственные и иные функциональные, а также проектные направления бизнеса. Во-вторых, понятия «менеджер» и «топ-менеджер» не являются правовыми терминами и не упоминаются в действующем российском законодательстве. Тем не менее, автор данной статьи иногда будет употреблять их как синонимы, чтобы избежать тавтологии.

² Отметим, что родовым понятием по отношению к «золотому парашюту» в праве США является общий термин «компенсационный парашют» (severance parachute) как условие о выплате работнику корпорации определенной суммы в случае его досрочного увольнения. Помимо «золотых парашютов» (golden parachute, golden handshake) на практике встречаются также «серебряные парашюты» (silver parachute). под ними понимается условие о предоставлении компенсации представителям среднего менеджмента корпорации. «Серебряные парашюты» отличаются от «золотых» значительно меньшим размером выплат. Также существуют и «жестяные парашюты» — компенсации, которыми наделяются все работники компании.

Как правило, за условием о «золотом парашюте» стоит сложная игра интересов собственников компании и наемного менеджера. В зависимости от конкретной бизнес-ситуации, включение в договор подобного условия может преследовать различные цели. Прежде всего, «золотой парашют» — это мотивационное средство, стимулирующее лояльность топ-менеджера по отношению к компании-работодателю как во время трудовых отношений, так и после увольнения (что предотвращает, например, распространение негативной информации о компании, разглашение коммерческой тайны, судебные иски против компании, работу на конкурентов и т. д.). Предполагается, что топ-менеджер, имея «страховку» на случай своего увольнения, может не волноваться относительно своего будущего и спокойно сосредоточиться на выполнении своих обязанностей, что, в перспективе, принесет компании больше прибыли, чем возможная сумма компенсации.

Во-вторых, пункт о «золотом парашюте» как части предоставляемого компанией компенсационного пакета повышает шанс привлечь профессионального менеджера с высокой репутацией. «Золотой парашют» выступает в данном случае в качестве своеобразного «знака качества», признака того, что в компании заботятся о ценных работниках (особенно это касается привлечения иностранных специалистов, для которых подобный пункт является нормой трудовых отношений).

В-третьих, установление «золотых парашютов» для топ-менеджмента может быть направлено на предотвращение резкой перемены курса в случае будущей смены собственника компании и выступает своеобразным средством защиты менеджмента от действий нового владельца. Если новый собственник захочет уволить старое руководство, то он будет вынужден выплатить последнему весьма обременительное для себя выходное пособие. В некоторых случаях «золотой парашют» может выступать и в качестве способа защиты от недружественного поглощения компании¹.

В-четвертых, выплата «золотого парашюта» нередко позволяет компании избавиться от неудобного управленца в случае корпоративного

¹ В данном случае «золотой парашют» является способом реализации так называемой стратегии “Poison Pill” (под данным термином в США понимается стратегия по созданию негативных последствий для стороны, намеренной осуществить недружественное поглощение путем искусственного увеличения долговой нагрузки компании).

конфликта либо стимулировать прослужившего в течение долгого времени сотрудника к выходу на пенсию. Наконец, на практике встречаются случаи, когда «золотые парашюты» используются в качестве инструмента мошеннической сделки. Это происходит, когда руководитель организации, используя свое право на заключение трудовых договоров с топ-менеджментом компании, по предварительномуговору включает в договоры условие о неоправданно высоких компенсациях в случае увольнения. После этого руководитель способствует раскрытию «золотого парашюта», и сообщники делят выведенные из компании активы.

С точки зрения российского законодательства, «золотой парашют» представляет собой компенсацию, предусмотренную в трудовом договоре, либо условие дополнительного соглашения между работником и работодателем. Данное условие предусматривает материальное стимулирование в случае прекращения трудовых отношений по определенным основаниям¹. Таким образом, к актуальным правовым нормам, обеспечивающим применение технологии «золотого парашюта», относится, главным образом, ряд положений Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ). Во-первых, это ст. 57 ТК РФ, согласно которой в трудовом договоре могут содержаться дополнительные условия, не ухудшающие положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством. Во-вторых, это нормы, устанавливающие возможность договориться об условиях прекращения трудовых отношений по соглашению сторон (п. 1 ст. 77 ТК РФ).

Если же происходит смена собственника имущества организации — новый собственник, согласно ст. 181 ТК РФ, обязан выплатить руководителю организации, его заместителям и главному бухгалтеру компенсацию в размере не менее трехкратного среднего месячного заработка. Согласно ч. 4 ст. 178 ТК РФ, трудовым договором могут предусматриваться различные случаи выплаты выходных пособий, а также устанавливаться повышенные размеры выходных пособий. Таким образом, при установлении размера выходного пособия ввиду увольнения, стороны никак не ограничены количественными

¹ Основаниями, способствующими «раскрытию золотого парашюта», могут являться: смена собственника организации (п. 4 ст. 81 ТК РФ), ликвидация организации-работодателя (п. 1 ст. 81 ТК РФ), соглашение сторон (ст. 78 ТК РФ), инициатива работника (ст. 80 ТК РФ), принятие уполномоченным органом юридического лица либо собственником имущества организации решения о прекращении трудового договора с руководителем организации (п. 2 ст. 278 ТК РФ) и др.

показателями: главное, чтобы данный вид выходного пособия и его размер были предусмотрены в трудовом договоре. Законодательное закрепление возможности выплаты подобных компенсаций содержится и в статьях 278–279 ТК РФ, устанавливающих дополнительные основания прекращения трудового договора с руководителем организации и дополнительные гарантии. При отсутствии действий (бездействия) руководителя ему выплачивается компенсация в размере, определяемом трудовым договором, но не ниже трехкратного месячного заработка¹.

Таким образом, действующее трудовое законодательство позволяет включать в трудовые договоры, дополнительные соглашения к ним, а также локальные нормативные акты компании, положения о «золотых парашютах». Это подтверждается и позицией судов, в подавляющем большинстве случаев удовлетворяющих требования бывших работников о выплате им компенсаций при увольнении (если они предусмотрены надлежащим образом оформленным документом).

Наиболее актуальным, с практической точки зрения, сегодня является вопрос о возможности оспаривания соглашений о «золотых парашютах» по иску акционеров (участников) компании. Это связано с тем, что в последнее время компенсации при увольнении нередко достигали астрономических размеров², составляя существенную долю активов компании, и справедливо воспринимались акционерами как нарушение собственных прав. С точки зрения действующего российского

¹ Указанные статьи в 2005 году рассматривались Конституционным судом РФ, который в Постановлении от 15 марта 2005 года № 3-П указал: «Законодатель не устанавливает конкретный размер компенсации и не ограничивает ее каким-либо пределом — размер компенсации определяется трудовым договором, т.е. по соглашению сторон. Исходя из целевого назначения этой выплаты — в максимальной степени компенсировать увольняемому лицу неблагоприятные последствия, вызванные потерей работы, размер компенсации может определяться с учетом времени, остающегося до истечения срока действия трудового договора, тех сумм (оплаты труда), которые увольняемый мог бы получить, продолжая работать в должности руководителя организации, дополнительных расходов, которые он, возможно, вынужден будет понести в результате досрочного прекращения договора, и т. п.».

² Широкий резонанс вызвали «золотые парашюты» 16-ти топ-менеджеров энергетической компании ОГК-2 в размере 24–36 месячных окладов на общую сумму 557 млн рублей в 2008 году (<http://www.vedomosti.ru/newsline/news/2008/06/03/604079>) или компенсации при увольнении 13-ти членов правления Банка Москвы на общую сумму 1,57 млрд руб. в 2011 году (<http://lf.rbc.ru/news/other/2011/08/02/192355.shtml>).

законодательства, правовым основанием признания таких соглашений недействительными может быть:

1) Нарушение процедуры корпоративных одобрений соглашений о «золотых парашютах» как крупных сделок¹ и сделок с заинтересованностью²;

2) Взыскание убытков, вызванных выплатой «золотого парашюта» в порядке п.5 ст.71 ФЗ «Об акционерных обществах» и п.5 ст.44 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»;

3) Признание выплаты непомерно высокой компенсации в качестве формы злоупотребления правом, согласно ст.10 ГК РФ. Рассмотрим данные основания подробнее.

1. Признание недействительными соглашений о «золотых парашютах» как крупных сделок и сделок с заинтересованностью

В соответствии с п.6 ст.79 и п.1 ст.84 Федерального закона «Об акционерных обществах», крупная сделка и сделка с заинтересованностью, совершенные с нарушением порядка их одобрения, может быть признана недействительной по иску общества или его акционера. Что касается «золотых парашютов», то здесь основная проблема заключается в возможности распространения указанных норм корпоративного законодательства на трудовые отношения³ между компанией и ее топ-менеджером. С одной стороны, трудовой договор не является гражданско-правовой сделкой, что подтверждается ст.5 Трудового кодекса РФ, не предусматривающей применения норм гражданского законодательства к трудовым отношениям. Кроме того, в трудовом законодательстве отсутствует механизм признания недействительным трудового договора, имеющего особый предмет — выполнение трудовой функции с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка. С другой стороны, если действующее законодательство не запрещает заключение

¹ Ст.78 Федерального закона от 26.12.1995 №208-ФЗ «Об акционерных обществах»; ст.46 Федерального закона от 08.02.1998 №14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

² Ст.81 Федерального закона от 26.12.1995 №208-ФЗ «Об акционерных обществах»; ст.45 Федерального закона от 08.02.1998 №14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

³ В подавляющем большинстве случаев формой закрепления условий о «золотых парашютах» является трудовой договор либо дополнительное соглашение к нему.

соглашений о «золотых парашютах», то должны применяться и определенные механизмы контроля, обеспечивающие баланс имущественных интересов акционеров (участников) и топ-менеджеров, претендующих на получение выплаты.

Крайне противоречива и имеющаяся по данному вопросу судебная практика. Одни суды считают, что трудовой договор не является гражданско-правовой сделкой и не может быть признан недействительным по основаниям, установленным гражданским законодательством¹. В частности, Верховный Суд РФ в определении от 14 ноября 2008² года указал: «Регулирование трудовых отношений с помощью прямого или по аналогии закона применения норм гражданского законодательства противоречит ст. 5 Трудового кодекса РФ и не предусмотрено ст. 2 Гражданского кодекса РФ... в силу специфики предмета и метода регулирования, а также с учетом невозможности возвращения сторон в первоначальное положение после исполнения условий трудового договора полностью или частично в трудовом законодательстве отсутствует механизм признания трудового договора недействительным».

Однако ряд судов занимает прямо противоположную позицию³. Отклоняя доводы о невозможности признать трудовой договор недействительным как гражданско-правовую сделку, суды, как правило, ссылаются на норму п. 3 ст. 69 ФЗ «Об акционерных обществах». Согласно этому пункту, на отношения между обществом и его единоличным исполнительным органом и членами коллегиального исполнительного органа действие законодательства РФ о труде распространяется в части, не противоречащей положениям данного Закона. Ссылка судов на данную норму приводит к следующим выводам: во-первых, возможно оспорить положение о «золотом парашюте» только члена исполнительного органа, а не каждого топ-менеджера⁴ (правда, на практике,

¹ См., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 июля 2009 года по делу № А56-31445/2007; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21 октября 2004 года № Ф-08-4740/04.

² Определение Верховного Суда РФ от 14 ноября 2008 года № 5-В08-84.

³ См., например, Постановление ФАС Центрального округа от 28 декабря 2009 года № Ф10-5598/09; Определение ВАС РФ от 1 июня 2009 года № ВАС-6329/09; Постановление ВАС РФ от 27 апреля 2010 года № 17255/09.

⁴ Понятие «топ-менеджер» в его классическом понимании значительно шире, и включает в себя, помимо членов органов управления, еще и ключевых заместителей руководителя организации, отвечающих за финансовые, коммерческие, производственные и иные функциональные, а также проектные направления бизнеса.

существует способ «распространения» указанной нормы на любого топ-менеджера путем включения его в состав коллегиального исполнительного органа, если такой орган предусмотрен Уставом компании); а во-вторых, оспорить можно только компенсации члену исполнительного органа акционерного общества, т. к. ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» подобной нормы не содержит¹.

Все это, безусловно, сужает область применения данной формы контроля за активами компании со стороны ее собственников. Кроме того, даже те суды, которые исходят из возможности оспаривания «золотых парашютов» на основании положений ФЗ «Об акционерных обществах», указывают на необходимость доказывания убытков, возникших у компании в результате подобных выплат. Такие суды ссылаются на п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью»², в котором говорится: «При рассмотрении дел об оспаривании сделок с заинтересованностью судам необходимо исходить из того, что условием для признания сделки с заинтересованностью недействительной является наличие неблагоприятных последствий, возникающих у акционерного общества или акционеров в результате ее совершения». Учитывая то, что доказать наличие убытков в России традиционно сложно, а бремя доказывания, согласно указанному выше постановлению, возлагается на истца; оспорить соглашение о «золотом парашюте» как экстраординарную сделку в настоящий момент крайне сложно.

2. Взыскание убытков, вызванных выплатой «золотого парашюта» в порядке п. 5 ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах» и п. 5 ст. 44 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

Согласно п. 1 ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах», члены совета директоров общества, единоличный исполнительный орган

¹ Ряд исследователей, однако, считает, что положение п. 3 ст. 69 ФЗ «Об акционерных обществах» подлежит применению к обществам с ограниченной ответственности по аналогии (См., например, Шиткина И. С. Отдельные проблемы правового регулирования образования и деятельности единоличного исполнительного органа, Хозяйство и право, 2011, № 4).

² Постановление Пленума ВАС РФ от 20.06.2007 № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью», «Вестник ВАС РФ», № 8, август, 2007.

общества, а также члены коллегиального исполнительного органа общества, при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должны действовать в интересах общества, то есть, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно. В соответствии с п. 5 ст. 71, общество или акционер (акционеры), владеющие в совокупности не менее чем 1 процентом размещенных обыкновенных акций общества, вправе обратиться в суд с иском к указанным выше лицам о возмещении причиненных обществу убытков (аналогичная норма содержится в п. 5 ст. 44 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»). В случае если акционер (участник) считает, что выплата компенсации при увольнении носила неоправданно высокий характер, причинила компании убытки и нарушила его права, и предъявит компании иск; то в качестве ответчика по такому иску может выступать как единоличный исполнительный орган (как лицо, уполномоченное заключать трудовые договоры со всеми работниками общества), так и члены совета директоров (в случае если договор с условием о «золотом парашюте» одобрялся советом директоров, в том числе, при установлении подобной компенсации самому генеральному директору).

Как уже отмечалось выше, доказать причинение убытков в порядке ст. 15 ГК РФ крайне затруднительно. Акционер (участник), требующий возмещения убытков, должен доказать факт их причинения, противоправность поведения лица, причиняющего убытки, а также причинно-следственную связь между его поведением и причиненным компанией вредом. С учетом того, что в России практика привлечения топ-менеджеров к ответственности в порядке ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах» крайне незначительна, возможность оспорить в суде выплату «золотого парашюта» по указанной статье невелика. Все это подтверждается имеющейся судебной практикой. Так, в Постановлении Третьего арбитражного апелляционного суда от 21 января 2011г. указывается, что факт противоправности поведения генерального директора не может быть признан доказанным, поскольку включение в трудовой договор условия о компенсационных выплатах в размере двенадцати средних месячных заработков не противоречит действующему законодательству...выплаченные денежные средства работникам общества в соответствии с заключенными с ними договорами не могут являться убытками для общества... генеральный директор действовал в рамках

своих полномочий¹. В то же время ФАС Северо-Кавказского округа в Постановлении от 29 января 2010 года указал: «Выплаты компенсаций в размере, значительно превышающем установленные внутренними локальными актами общества либо трудовыми договорами, могут рассматриваться в качестве необоснованных расходов, поскольку влияют на имущественное положение юридического лица»².

3. Признание выплаты непомерно высокой компенсации в качестве формы злоупотребления правом согласно ст. 10 ГК РФ

Другой теоретически возможной формой оспаривания «золотого парашюта» является признание выплаты непомерно высокой компенсации в качестве формы злоупотребления правом. Нарушение общеправового принципа недопустимости злоупотребления правом, согласно ст. 10 ГК РФ, влечет собой отказ суда в защите принадлежащего лицу права. В качестве ответчиков по такому иску могут выступать как генеральный директор общества (злоупотребивший, к примеру, правом на определение суммы компенсации при увольнении, которая должна была быть выплачена работникам общества), так и члены совета директоров (в случае если они санкционировали установление генеральному директору непомерно высокой компенсации при увольнении, явно несоизмеримой с финансовым положением компании и влекущей существенное уменьшение ее имущества). Как и в случае с причинением убытков, доказать факт злоупотребления правом на практике крайне сложно, т.к. в данный момент отечественная судебная практика не выработала четких критериев признания того или иного действия в качестве формы злоупотребления правом. Случаи удовлетворения подобных исков довольно редки.

Таким образом, в настоящий момент отсутствует единый механизм защиты прав акционеров (участников) компании при оспаривании «золотых парашютов», имеющаяся по данному вопросу судебная практика крайне противоречива, а дискреционные полномочия суда очень высоки. Все это указывает, безусловно, на недостатки правового регулирования компенсационных выплат, а также существенно мешает

¹ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 21.01.2011 по делу № А33-7629/2010.

² Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29.01.2010 по делу № А63-2000/2009.

собственникам в реализации их прав на контроль за активами компании. Неясным остается и вопрос о подведомственности споров о «золотых парашютах», т. к. сегодня подобные дела рассматриваются как судами общей юрисдикции в качестве индивидуальных трудовых споров, так и арбитражными судами (на основании п. 3 ст. 225.1 АПК РФ в качестве споров о признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом). Крайне актуальна сегодня и проблема налогообложения компенсаций при увольнении подоходным налогом¹.

4. Выводы

Подводя общий итог об оценке эффективности для компании такого средства повышения эффективности, как «золотой парашют», отметим, что дать однозначный ответ по этому поводу крайне сложно. Каждый конкретный случай применения данного средства мотивации носит сугубо индивидуальный характер и зачастую зависит от личности того или иного руководителя, расстановки сил в компании, ее экономического положения, стратегии ее развития и т. д. Однако, представляется возможным сформировать ряд общих рекомендаций, позволяющих компании максимизировать мотивационный эффект «золотого парашюта» и снизить связанные с ним риски.

Прежде всего, в компании необходимо установить грамотное соотношение между мотивационными (годовые бонусы, опционы и т. д.) и страховыми выплатами, т. к. в случае, если размер «золотого парашюта» будет выше суммы, которую топ-менеджер получил бы в случае эффективной работы — мотивация у топ-менеджера может снизиться. Как вариант возможно включение в трудовой договор принимаемого на работу руководителя условия, устанавливающего зависимость размера «золотого парашюта» от качества результатов его деятельности. Кроме того, принимая во внимание противоречивость отечественной судебной практики в данном вопросе, можно сделать вывод, что «золотые парашюты» топ-менеджеров компании следует одобрять в порядке, предусмотренном корпоративным законодательством (если есть основания полагать, что «золотые парашюты» могут быть крупной сделкой или

¹ В настоящее время в Госдуме рассматривается законопроект, по которому с 2012 года компенсации при увольнении будут в обязательном порядке облагаться 13%-ным подоходным налогом (http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/269562/otrezat_ot_parashyuta).

сделкой с заинтересованностью). Одобрение такого договора, даже если оно не требуется, не приведет к негативным последствиям, в то время как его отсутствие может являться основанием для оспаривания выплат компенсаций, а также оказаться причиной признания трудового договора недействительным в соответствующей части.

При определении размера «золотого парашюта» необходимо руководствоваться принципами рациональности, разумности и адекватности компенсации по отношению к финансово-экономическому состоянию компании. Наконец, в целях повышения контроля акционеров (участников) за топ-менеджментом и гарантии капиталовложений, можно регламентировать порядок и условия выплаты подобных компенсаций на уровне устава и внутренних документов компании. В частности, следовало бы предусмотреть обязанность директоров, акционеров и участников общества участвовать в принятии решения, когда предлагаемые компенсации являются значительными, и установить размер компенсации, в случае превышения которого, одобрение становилось бы обязательным. Более того, можно сформировать в рамках совета директоров компании специальный комитет по вознаграждениям, предметом деятельности которого будет рассмотрение целесообразности применения той или иной стимулирующей выплаты.

Екатерина Хальзова

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

Кластеры: вопросы правового регулирования в Российской Федерации

В настоящее время в Российской Федерации активно принимаются программы, направленные на развитие кластеров. Однако ни на уровне Федерации, ни на уровне ее субъектов с момента принятия в 2008 г. программы развития кластерной политики в полной мере так и не был урегулирован вопрос о том, что же представляет собой кластер и каково должно быть его правовое регулирование.

Основная цель данной работы — рассмотрение и анализ существующей нормативно-правовой базы, определяющей правовое положение кластера. В своей статье автор предпринимает попытку доказать, что кластер — это изначально хотя и экономическое явление, но без достаточного его правового регулирования невозможна будет эффективная реализация данного института на практике.

В современных условиях передовой формой конкуренции является создание и развитие новых бизнес-моделей. Одно из перспективных направлений в данной области, соотносящееся в полной мере с укреплением субъектов предпринимательской деятельности и улучшением бизнес-среды, — создание территориальных кластеров. Кластерная теория развития была впервые предложена профессором Гарвардской бизнес-школы Майклом Портером и сразу же получила широкое признание. По мнению М. Портера, кластер — это «группа географически соседствующих взаимосвязанных компаний и связанных с ними организаций, действующих в определенной сфере, характеризующихся общностью деятельности и взаимодополняющих друг друга»¹. В качестве примера можно привести экостроительный кластер, развиваемый в настоящее время на Дону. В его состав будут входить субъекты, обеспечивающие весь процесс «от момента зарождения научной идеи до серийного выпуска продукции»², то есть, начиная от субъектов, занимающихся

¹ Портер М. Конкуренция. Издательский дом «Вильямс». 2005 г. С. 258.

² Экономика Дона будет расти по кластерному принципу. // URL: <http://novadon.ru/stati/articles/ehkonomika-dona-budet-rasti-ponbspklasternomu-principu.html>.

исследованиями в области экостроительной деятельности, и заканчивая компаниями, занимающимися реализацией продукции на территории Ростовской области. М. Портер обосновал эффективность подобной кооперации с точки зрения более успешного и быстрого развития ее участников по сравнению с другими участниками рыночных отношений: внутри кластера субъекты не конкурируют между собой — они взаимодополняют друг друга, и их деятельность устремлена к достижению единой, общей цели — увеличению собственной доли на рынке. Поэтому участникам кластера гораздо удобнее, чем разрозненным предпринимателям, вести конструктивный и эффективный диалог. Более того, внутри кластера лучше осуществляется распространение новейших технологий, опыта, информации, обмен и обучение кадров¹.

Как свидетельствует зарубежная практика, кластеры во многом оправдывают свое назначение. Можно упомянуть такие успешные кластеры, как, например, кластер информационных технологий в Силиконовой долине в США, автомобильный кластер в Германии, парфюмерный кластер во Франции. Было установлено, что в зарубежных странах в кластерах на 44% выше производительность труда и на 29% — заработная плата².

Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 18.11.2008 г. № 1662-р, закрепляет необходимость применения кластерного подхода в России. В методических рекомендациях по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации отмечается, что развитие территориальных кластеров является одним из главных условий повышения конкурентоспособности отечественной экономики, интенсификации механизмов частно-государственного партнерства, роста отечественных и иностранных инвестиций³.

В указанном выше документе дается и определение кластера. Так, территориальные кластеры (далее — кластеры) — *объединение* предприятий, поставщиков оборудования, комплектующих, специализирован-

¹ См. Портер М. Указ. соч. С. 265.

² Гурвич В. Модные кластеры // Московский комсомолец. URL: <http://www.mk.ru/economics/article/2010/06/06/504999-modnyie-klasteryi.html>.

³ «Методические рекомендации по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации». Утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19 // Документ опубликован не был.

ных производственных и сервисных услуг, научно-исследовательских и образовательных организаций, связанных отношениями территориальной близости и функциональной зависимости в сфере производства и реализации товаров и услуг. Кластеры могут размещаться на территории как одного, так и нескольких субъектов Российской Федерации. Из приведенного выше определения можно выделить два существенных признака кластера:

1. Территориальная близость расположения участников кластера по отношению друг к другу;
2. Функциональная зависимость в сфере производства и реализации товаров и услуг¹.

Назначение кластера состоит в установлении эффективного партнерства между участниками рынка, и в большей мере именно в организации взаимовыгодных отношений между субъектами малого и среднего предпринимательства, с одной стороны, и субъектами крупного бизнеса — с другой. Стоит отметить, что стимулирование участия крупных компаний с государственным участием в деятельности кластеров выделяется в качестве одного из основных инструментов поддержки пилотных программ развития инновационных кластеров².

Автор статьи считает, что эффективный кластер не может быть создан административным решением: сотрудничество между субъектами предпринимательской деятельности должно развиваться естественным образом с учетом потребностей рынка. Государство может создать условия, предпосылки для его возникновения или оказать поддержку уже существующему кластеру.

В России кластеры только начали развиваться (экостроительный кластер, кластер атомных технологий³, Алтайский биофармацевтический кластер). Деятельность в сфере кластерной политики только начала осуществляется Российской Федерацией. Такая деятельность

¹ См.: Методические рекомендации по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации. Утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19 // Документ опубликован не был.

² См. Доклад Министерства экономического развития РФ «О предложениях по мерах государственной поддержки развития инновационных территориальных кластеров» // URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/innovations/politic/doc20120907_03.

³ Экономика Дона будет расти по кластерному принципу. // URL: <http://novadon.ru/stati/articles/ehkonomika-dona-budet-rasti-ponbspklasternomu-principu.html>.

развивается в настоящее время под эгидой государственно-частного партнерства.

В рамках реализации кластерной политики каждая из сторон осуществляет свои интересы. Субъекты предпринимательской деятельности, объединяясь в кластеры, получают возможность повысить конкурентоспособность своих товаров и услуг, а в долгосрочной перспективе — быстрее и эффективнее перейти на инновационную модель функционирования. Также происходит экономия и в масштабах производства, поскольку значительно снижаются транзакционные издержки, повышается качество и разнообразие товаров и услуг, обеспечивается бесперебойность их предоставления. Для малого и среднего предпринимательства объединение в кластер означает увеличение возможностей по укреплению своих позиций на рынке, снижение предпринимательского риска, обусловленного тем фактором, что субъекты малого и среднего предпринимательства являются наиболее незащищенными участниками рынка. Субъекты предпринимательской деятельности, объединившиеся в кластеры, также получают поддержку от государства. В Докладе Министерства экономического развития РФ «О предложениях по мерам государственной поддержки развития инновационных территориальных кластеров» предлагаются следующие меры по поддержке: предоставление субсидий субъектам Российской Федерации для реализации федеральных программ, налоговые льготы и т. д.¹ Для экономики государства кластерная система также выгодна, она стимулирует: рост объемов производства, освоение новых областей производства и новых рынков, укрепление экономического состояния страны. Более того, происходит улучшение инфраструктуры в регионе, где находится кластер.

Государство, осуществляя кластерную политику, может стимулировать наиболее значимые отрасли экономики. В России в настоящий момент кластерная политика, в первую очередь, направлена на развитие экспортного потенциала продукции малых и средних предприятий, а также на формирование кластеров малых и средних предприятий в сфере инноваций и промышленного производства. В методических рекомендациях указывается, что на территории

¹ См. Доклад Министерства экономического развития РФ «О предложениях по мерах государственной поддержки развития инновационных территориальных кластеров» // URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/innovations/politic/doc20120907_03.

Российской Федерации уже сформировались благоприятные возможности для развития кластерных проектов:

1. В части использования потенциала особых экономических зон технико-внедренческого, промышленно-производственного, туристско-рекреационного и портового типа;

2. В рамках реализации проектов «промышленной сборки», осуществляемых в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 29 марта 2005 г. № 166;

3. На базе наукоградов.

По мнению автора, в методических рекомендациях указывается именно на формирование благоприятных нормативно-правовых возможностей по созданию кластеров на территории России, но не экономических. Данный тезис подтверждается четырехлетней практикой реализации методических указаний. За прошедший период было создано всего лишь два кластера: туристический кластер и фармацевтический кластер¹.

Несмотря на актуальность и специфичность кластеров, нормативно-правовое регулирование данного института на федеральном уровне ограничилось принятием:

1) Распоряжения Правительства РФ от 08.12.2011 № 2227-р «Об утверждении Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года»², в котором описаны цели создания кластеров и меры по содействию государственных органов.

2) «Методических рекомендаций по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации» (утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19)³. По сути, это единственный нормативно-правовой акт, в котором прописываются цели и задачи

¹ См., например: Постановление Правительства РФ от 14.10.2010 № 833 «О создании туристического кластера в Северо-Кавказском федеральном округе, Краснодарском крае и Республике Адыгея» // СЗ РФ 18.10.2010. № 42. ст. 5401; Постановление Правительства МО от 25.03.2011 № 237/11; Постановление Правительства МО от 25.03.2011 № 237/11 «О создании фармацевтического кластера «Фармополис» на территории Волоколамского муниципального района Московской области» // Информационный вестник Правительства МО. 29.04.2011. № 4. Ч. 2.

² Распоряжения Правительства РФ от 08.12.2011 № 2227-р «Об утверждении Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 02.01.2012. № 1. ст. 216.

³ «Методических рекомендаций по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации» (утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19) // Документ опубликован не был.

кластерной политики, система мероприятий по реализации кластерной политики, понятие кластера, признаки и типы кластера.

На уровне Федерации и на уровне Субъектов Российской Федерации разрабатываются стратегии и концепции развития кластеров в целом, а также концепции развития кластеров в отдельных промышленных областях (автомобильные кластеры, фармацевтические кластеры и т. д.¹);

3) Постановлениями Правительства Российской Федерации и субъектов Российской Федерации регулируется создание отдельных кластеров².

На уровне субъектов Российской Федерации предпринимаются попытки урегулировать данный правовой институт. Так, Правительство Москвы развивает и реализовывает кластерную политику в своем регионе. В Постановлении Правительства Москвы от 29.04.2011³ № 167-ПП в п. 2.9.10 устанавливается порядок и условия предоставления организационной поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства для развития инноваций в сфере промышленного производства, а также для обеспечения развития инновационных кластеров. Поддержка оказывается в форме субсидии в отношении приоритетных направлений — инноваций. В Постановлении Правительства Санкт-Петербурга от 28.06.2011 № 835 «О Комплексной

¹ См. например: Приказ Минпромторга РФ от 23.04.2010 № 319 «Об утверждении Стратегии развития автомобильной промышленности Российской Федерации на период до 2020 года»// документ опубликован не был; Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 22.04.2010 № 419 «О Концепции создания кластера фармацевтической и медицинской промышленности в Санкт-Петербурге»// Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 28.05.2010. № 5.

² См. например: Постановление Правительства РФ от 14.10.2010 № 833 «О создании туристического кластера в Северо-Кавказском федеральном округе, Краснодарском крае и Республике Адыгея»// СЗ РФ. 18.10.2010. № 42. Ст. 5401; Постановление Правительства МО от 25.03.2011 № 237/11 «О создании фармацевтического кластера «Фармополис» на территории Волоколамского муниципального района Московской области»// Информационный вестник Правительства МО. 29.04.2011. № 4. Ч. 2. и т. д.

³ Постановление Правительства Москвы от 29.04.2011 № 167-ПП «О корректировке на 2011 год мероприятий Городской целевой программы развития и поддержки малого и среднего предпринимательства в городе Москве на 2010–2012 гг. и внесении изменений в отдельные правовые акты Правительства Москвы, признании утратившими силу постановлений Правительства Москвы от 19 января 2010 г. № 19-ПП и от 7 сентября 2010 г. № 784-ПП»// Вестник Мэра и Правительства Москвы. 13.05.2011. № 28.

программе „Наука. Промышленность. Инновации“ в Санкт-Петербурге на 2012–2015 годы»¹ также предлагается программа по развитию кластеров в Санкт-Петербурге.

В Законе Московской области от 16.07.2010 №96/2010-ОЗ «Об инвестиционной политике органов государственной власти Московской области»² в ст. 9 предусматривается участие органов государственной власти Московской области в создании и развитии кластеров в соответствии с федеральным законодательством и законодательством Московской области. Однако никакие конкретные меры и механизмы содействия развитию кластеров нормативными правовыми актами Московской области не предусматриваются. Другие субъекты Российской Федерации еще не разработали достаточного аналитического и нормативного материала для реализации кластерной политики в своем регионе.

Таким образом, можно сделать вывод, что в сложившихся правовых реалиях наблюдается следующая тенденция: на федеральном уровне закрепляется возможность поддержки государством субъектов предпринимательской деятельности, объединившихся в кластер; а на региональном уровне практически отсутствуют достаточные меры по реализации федеральных программ.

Принципы и правила реализации сотрудничества предпринимателей между собой внутри кластера, государства и объединенных в кластер предпринимателей, устанавливаются также системой неспециализированных правовых актов, куда входят:

- Конституция Российской Федерации (например, принципы равенства перед законом, недопустимости дискриминации (ст. 19), недопущение экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ст. 34), и т. д.);
- административное законодательство, регулирующее деятельность органов власти по реализации государственной кластерной политики, определяющее статус и компетенцию федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти

¹ Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 28.06.2011 №835 «О Комплексной программе «Наука. Промышленность. Инновации» в Санкт-Петербурге на 2012–2015 годы»// Информационный бюллетень Администрации Санкт-Петербурга. 05.09.2011. №33.

² Закон Московской области от 16.07.2010 №96/2010-ОЗ «Об инвестиционной политике органов государственной власти Московской области» (принят постановлением Мособлдумы от 08.07.2010 №8/126-П)// Ежедневные Новости. Подмосковье. 22.07.2010. №130.

субъектов РФ в данной области (Постановление Правительства РФ от 05.06.2008 № 437 «О Министерстве экономического развития Российской Федерации»¹);

- гражданское законодательство, регулирующее обязательственные отношения между сторонами при заключении ими договора в рамках взаимодействия внутри кластера (Гражданский кодекс). Таким образом, могут заключаться договоры аренды, договоры на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, договоры простого товарищества и т. д.;

- нормы уголовного законодательства и административного законодательства, устанавливающие ответственность за правонарушения, например, при злоупотреблении представителями государственных органов своими полномочиями² или при осуществлении незаконной предпринимательской деятельности и т. д. (Уголовный кодекс, Кодекс об административных правонарушениях);

- бюджетное законодательство, регулирующее формы и порядок предоставления субъектам Российской Федерации субсидий на реализацию кластерных программ (Бюджетный кодекс, Федеральный закон от 30.11.2011 № 371-ФЗ «О федеральном бюджете на 2012 год и на плановый период 2013 и 2014 годов»);

- налоговое законодательство, определяющее порядок налогообложения хозяйственных операций и налоговые льготы для субъектов предпринимательской деятельности в рамках кластера (Налоговый кодекс РФ);

- земельное и экологическое законодательство (поскольку территория — это один из важных признаков кластера), регулирующее правовой статус земель и охрану окружающей среды на территории кластера; также является важным аспектом регулирования (Земельный

¹ Постановление Правительства РФ от 05.06.2008 № 437 «О Министерстве экономического развития Российской Федерации» // СЗ РФ. 16.06.2008. № 24. Ст. 2867.

² К сожалению, судебная практика по совершению подобных правонарушений уже существует: в августе 2012 г. в Башкирии было возбуждено уголовное дело в отношении заместителя министра промышленности и инновационной политики И. Кусова по подозрению в совершении преступления по п. б ч.2 ст. 285.1 (нецелевое расходование бюджетных средств) Уголовного кодекса РФ. «По версии следствия, в декабре 2011 года Кусов подписал с директором ГАУ РНТИК «Баштехинформ» договор без даты на оплату за счет средств субсидии мероприятий на развитие кластеров. При этом их финансирование не было предусмотрено конкурсной заявкой, прошедшей конкурсные процедуры сметой и решением конкурсной комиссии Минэкономразвития России (по материалам сайта Pravo.ru // URL: <http://pravo.ru/news/view/76623/>).

кодекс, ФЗ от 21.12.2004 г. № 172-ФЗ «О переводе земель и земельных участков из одной категории в другую» и т. д.);

• Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» (далее — Закон об особых экономических зонах)¹ дает определение кластера с целью реализации своих положений.

Таким образом, наблюдается относительное развитие законодательства в части регулирования отношений между государством и предпринимателями, входящими в кластер; а также полное отсутствие специализированного нормативно-правового регулирования отношений, которые складываются между субъектами предпринимательской деятельности внутри кластера.

Как уже было сказано выше, в рамках кластера субъекты предпринимательской деятельности взаимодействуют, сотрудничают с другими членами кластера в области создания и реализации товаров и услуг. Кластер — это объединение предпринимателей, определенная модель их взаимодействия. Это не цельное правовое образование, однако правоотношения внутри кластера все же обладают определенной спецификой. Так какие же правоотношения возникают между предпринимателями? И в полной ли мере существующее законодательство Российской Федерации охватывает данные правоотношения?

В п. 3 ст. 2 Закона об особых экономических зонах дается определение кластера для целей реализации законодательства об особых экономических зонах — территориях с особым юридическим статусом, создающихся государством для предоставления предпринимателям льготных экономических условий функционирования с целью решения важнейших экономических государственных задач. По данному закону, кластер — это совокупность особых экономических зон одного типа или нескольких типов; такая совокупность определяется Правительством Российской Федерации и *управление экономическими зонами осуществляется одной управляющей компанией*. Данное определение не берет во внимание кластеры, создаваемые не на территории особых экономических зон, но, наряду с такими признаками, как территориальная близость и функциональная взаимозависимость, это определение предлагает третий признак кластера — наличие единого органа управления кластера. Так, Министерство экономического

¹ Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 25.07.2005. № 30 (ч. II). Ст. 3127.

развития при отборе инновационных территориальных кластеров для содействия их развитию выделяет в качестве одного из важнейших критериев «уровень организационного развития кластера», а одним из необходимых для предоставления документов является Программа развития инновационного территориального кластера, *утвержденная руководителем организации-координатора*¹. Таким образом, государство выделяет наличие системы управления кластером как одно из оснований эффективности функционирования кластера.

Очевидно, что без единого органа управления механизмы взаимодействия предпринимателей не будут налажены. В этот орган должны входить представители всех организаций, составляющих кластер, для защиты предпринимателей от оппортунистического поведения со стороны коллег. Рассмотрим подробнее способы реализации данного критерия:

1. Взаимоотношения внутри кластера могут осуществляться на основе заключенного между субъектами предпринимательской деятельности, входящими в кластер, договора простого товарищества. Данный договор регулируется главой 55 Гражданского кодекса РФ². В п. 1 ст. 1041 ГК РФ указывается, что, по договору простого товарищества, двое или несколько лиц обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону, цели. При заключении данного договора товарищи получают право на ведение общих дел: действовать от имени всех товарищей, совершать сделки и т. д. Однако необходимо принять во внимание п. 2 ст. 1047 ГК РФ, который устанавливает солидарную ответственность между товарищами по всем обязательствам, независимо от оснований их возникновения, при осуществлении ими предпринимательской деятельности. То есть, заключение договора простого товарищества предполагает наличие между его сторонами доверительных отношений, поскольку обратное может быть связано с существенным имущественным риском. Поэтому заключение

¹ Объявление о формировании перечня пилотных программ развития инновационных территориальных кластеров // URL: http://www.economy.gov.ru/mines/activity/sections/innovations/politic/doc20120319_001. Однако в «Методических рекомендациях по реализации кластерной политики в субъектах Российской Федерации». Утв. Минэкономразвития РФ 26.12.2008 № 20615-ак/д19 ничего не говорится о наличии органов управления как признаке кластера.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. 29.01.1996. № 5. ст. 410.

указанного договора хотя и возможно, но не целесообразно, ввиду возможных несоразмерных по отношению к положительному результату экономических потерь.

2. Также участники кластера могут выбрать управляющую компанию. Это эффективный способ организации управления внутри кластера. Однако стоит отметить, что в случае образования кластера субъектами малого и среднего предпринимательства, данный вариант определяется как весьма затратный.

3. На основании соглашения или иной договоренности между участниками кластера может быть создан орган управления без образования юридического лица. В данном случае, если существует законодательная неопределенность, члены кластера могут выбрать любые принципы и способы взаимодействия, не нарушающие законодательства Российской Федерации. Но та же неопределенность и вариативность соглашений может негативно отразиться на практике для всех или некоторых участников кластера, поскольку нет никаких методических указаний и ориентиров, касающихся основных и опасных моментов и необходимых для их урегулирования.

Кластер не является административно-территориальной единицей, субъекты расположены территориально близко, однако, не ограничены этой территорией и не имеют определенной границы. Границы кластера могут быть определены условно государством для анализа масштабов кластера. Необходимо отметить, что эти границы могут изменяться, уменьшая или увеличивая территорию кластера в зависимости от уменьшения или увеличения масштабов производства, изменения сфер производства и т. д.

Кластер может не иметь никакой организационно-правовой формы, а также может оставаться незарегистрированным объединением предпринимателей. Однако если кластер будет выступать в качестве самостоятельного субъекта рыночных отношений или если кластер будет претендовать на получение государственной поддержки, то его необходимо будет зарегистрироваться в качестве юридического лица либо зарегистрировать в качестве юридического лица орган управления кластера. Здесь не должно быть ограничений с точки зрения выбора организационно-правовой формы — это может быть как коммерческая, так и некоммерческая организация (в соответствии с требованиями специального законодательства).

Создание кластеров, на взгляд автора, должно быть охарактеризовано как перспективный способ развития конкурентоспособности

субъектов предпринимательской деятельности. Однако анализ существующей нормативно-правовой базы показывает значительное количество недоработок, в частности:

- Защита от оппортунистического поведения внутри кластеров. Очевидно, одной из проблем существующего нормативно-правового регулирования кластеров в целом является отсутствие рассмотрения предположения о возможном оппортунистическом поведении участников кластера. Возможна ситуация, в которой участнику данного кластера может быть выгоднее использовать преимущества участия в кластере в своих личных интересах. Введение дополнительных гарантий защиты от злоупотреблений недобросовестных предпринимателей могло бы стабилизировать состояние кластера (например, запрет для участников кластера вступать в договорные отношения с конкурентами других участников кластера).

- В настоящее время на уровне субъектов не назначены уполномоченные государственные органы, отвечающие за поддержку кластеров; а также не прописаны механизмы их взаимодействия с предпринимателями, возможные полномочия в сфере контроля качества производимых кластерами товаров или услуг.

- К сожалению, кластерная политика не сможет решить такие проблемы, как существование административных барьеров или высокие тарифы по налогообложению, от которых напрямую зависит конкурентоспособность хозяйствующего субъекта.

- При отборе кластерных проектов для комплексной поддержки на конкурсной основе приоритет будет отдаваться, в первую очередь, перспективным отраслевым направлениям (инновационное предпринимательство, экспортно-ориентированное предпринимательство). Однако кластерная политика также могла бы решить многие проблемы отраслей производства, неперспективных, но нуждающихся в развитии (например, сельское хозяйство).

Выводы

Кластер является одним из способов повышения конкурентоспособности российского предпринимательства. На настоящий момент уже сложилось определенное правовое регулирование кластеров, активно создаются новые кластеры и разрабатываются программы поддержки уже существующих. Но для ускорения и оптимизации процессов по реализации кластерной политики в России еще не достаточно разработана

нормативно-правовая база, более того, до сих пор не выявлена экономическая сущность кластеров. В соответствии с точкой зрения автора, для кластеров необходимо специальное правовое регулирование не в части принятия закона но подзаконного акта, к примеру, Постановления Правительства Российской Федерации с четким описанием критериев кластера, требований к организационно-правовой форме кластера и ее наличию вообще, требований к органам управления внутри кластера.

Андрей Черкашин

*Выпускник юридического факультета Казанского (Приволжского)
Федерального Университета*

Некоторые концептуальные проблемы правового регулирования «публичных поглощений» открытых акционерных обществ в России

Как известно, создание открытого акционерного общества (далее — ОАО) является наиболее оптимальным способом ведения бизнеса в тех случаях, когда необходимо привлечение значительных инвестиционных средств. Данное обстоятельство связано с одной из характерных черт ОАО — это единственная организационно-правовая форма коммерческих организаций (за исключением неиспользуемых на практике производственных кооперативов), которая может иметь неограниченное число участников. В связи с этим существует объективная потребность в специальном правовом регулировании приобретения крупного пакета акций ОАО, так как в данном случае возможно столкновение интересов приобретателя и многочисленных акционеров, обладающих разным количеством акций. Как в США, так и в ЕС, достаточно давно существует механизм так называемого «публичного поглощения». Его суть заключается в том, что при приобретении акций определенного ОАО (далее — компания-цель) свыше установленного законом порогового значения (как правило, около 30–35% акций), приобретатель обязан сделать публичное предложение всем остальным акционерам компании-цели продать ему свои акции. При приобретении же почти всех акций компании-цели (как правило, 90–95% акций) приобретатель по своей инициативе или по требованию оставшихся акционеров может в принудительном порядке выкупить оставшийся пакет акций. Данный механизм направлен, прежде всего, на защиту миноритарных акционеров, так как смена контроля в ОАО может не отвечать их интересам (новый мажоритарий вправе, например, изменить дивидендную политику). Миноритарные акционеры вправе требовать выкуп их акций у приобретателя компании-цели.

Институт «публичного поглощения» был введен в законодательство РФ относительно недавно: в начале 2006 года Федеральный Закон от 26 декабря 1995 года (далее — ФЗ об АО) был дополнен новой главой IX.1 «Приобретение более 30 процентов акций открытого общества». Таким образом, был закреплен механизм «публичных поглощений»

ОАО в нашей стране. Данный механизм имеет много общего со своим аналогом в странах ЕС (на уровне Европейского Союза «публичные поглощения» урегулированы Директивой ЕС 2004/25 от 21.04.2004г.).

Несмотря на то, что глава IX.1 ФЗ об АО действует чуть больше пяти лет, в настоящий момент накопилось огромное количество споров в арбитражной практике, связанных с применением этой главы. Существование такого рода споров обусловлено большим количеством злоупотреблений. Это связано как с мелкими пробелами в нормах главы IX.1 ФЗ об АО, так и с общими (концептуальными) для всей главы и очень спорными решениями законодателя. В настоящей статье мы бы хотели обратиться к наиболее спорным аспектам данной проблемы, так как большинство вопросов наверняка будут решены Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ), в данный момент находящимся в разработке¹. Задачей настоящей статьи является выявление этих общих (концептуальных) проблем главы IX.1 ФЗ об АО с целью их разрешения путем предложения возможных изменений ФЗ об АО.

Прежде всего, вызывает недоумение сфера применения главы IX.1 ФЗ об АО. Она распространяется в равной мере на все ОАО, вне зависимости от того, обращаются ли их акции на публичных торгах на рынке ценных бумаг или нет (далее, соответственно, — публичные ОАО и непубличные ОАО²). При этом рассматриваемая глава ФЗ об АО почти не содержит норм, адресованных специально одному из двух указанных видов ОАО. Исключением являются, во-первых, положения ст. 84.9 ФЗ об АО о том, что факт добровольного или обязательного предложения приобретения более 30% акций публичного ОАО подлежит предварительному уведомлению ФСФР РФ за 15 дней до его направления в данное ОАО; а факт добровольного или обязательного предложения приобретения более 30% акций непубличного ОАО подлежит последующему уведомлению ФСФР РФ в день его направления. В обоих случаях ФСФР РФ может выдать предписание о приведении соответствующих предложений к требованиям ФЗ об АО (например, включение обязательных в силу

¹ Данный проект можно найти на официальном сайте ВАС РФ по ссылке — <http://www.arbitr.ru/vas/proj/>.

² Данные термины используются в настоящей статье в связи с тем, что проектом грядущих изменений ГК РФ предполагается закрепить термины публичных и непубличных обществ в ст. 66.3 ГК РФ в зависимости от допуска ценных бумаг хозяйственных обществ к организованным торгам на рынке ценных бумаг.

закона для данных предложений условий). Во-вторых, глава IX.1 ФЗ об АО закрепляет разный порядок определения цены приобретаемых акций в зависимости от того, является ли компания-цель публичным или непубличным ОАО. В первом случае, согласно ч.4 ст. 84.2 ФЗ об АО, денежная оценка ценных бумаг, приобретаемых на основании обязательного предложения (в добровольном предложении приобретатель свободен в определении цены), не может быть ниже их средневзвешенной цены, определенной по результатам торгов организатора торговли на рынке ценных бумаг за последние шесть месяцев. Во втором случае — цена приобретаемых ценных бумаг не может быть ниже их рыночной стоимости, определенной независимым оценщиком. Таким образом, весь массив норм, содержащийся в главе IX.1 ФЗ об АО, идентично регулирует приобретение более 30 процентов акций как ОАО с двумя-тремя десятками акционеров (а такие в РФ встречаются нередко), так и ОАО с одной тысячей акционеров. Это вызывает, по меньшей мере, две проблемы:

во-первых, проблему излишней административной нагрузки на бизнес;

во-вторых, проблему определения независимым оценщиком справедливой рыночной цены приобретаемых акций.

Вторая проблема, на наш взгляд, является самым болезненным моментом при применении главы IX.1 ФЗ об АО. Данный вопрос нашел свое отражение и в арбитражной практике¹. В частности, Постановлением Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 443/11 в очередной раз было подтверждено, что при приобретении ценных бумаг в рамках «публичного поглощения» рыночная стоимость одной акции должна определяться равноценно одной акции в составе 100-процентного пакета акций компании-цели, а не в составе пакета акций, принадлежащего миноритариям; хотя в ФЗ об АО об этом прямо и не сказано. Правда, данное Постановление Президиума ВАС РФ относится к случаям принудительного выкупа акций, однако, аналогичный вывод был сделан и для случаев обязательного предложения в практике окружных арбитражных судов². Автору данной статьи не удалось обнаружить

¹ См, например, интересные прецеденты в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 31.03.2009 по делу № А79-202/2008, Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 21.07.2011 по делу № А46-13265/2010, Постановлении ФАС Центрального округа от 08.12.2010 по делу № А08-2788/2008-21, Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 01.02.2010 по делу № А44-1775/2008 и др.

² Этот вывод, в частности, был сделан в Постановлении ФАС Московского округа от 16.11.2009 № КА-А40/12100-09 по делу № А40-85964/08-119-438.

в арбитражной практике случаев оспаривания цены выкупаемых акций, когда компании-цели являлись публичными ОАО, то есть, когда стоимость выкупаемых ценных бумаг определялась по результатам их обращения на публичных торгах без привлечения независимого оценщика. Можно сделать вывод, что именно слишком широкое действие норм главы IX.1 ФЗ об АО является одной из причин большинства споров в арбитражных судах (оспаривание оценки выкупаемых акций, произведенной независимым оценщиком). Согласно ст. 1 Директивы ЕС 2004/25 от 21.04.2004, правила «публичных поглощений» распространяются только на публичные ОАО. В связи с этим, законодателю следовало бы подумать о том, чтобы последовать примеру европейского опыта правового регулирования «публичных поглощений» и сузить сферу действия главы IX.1 ФЗ об АО до распространения лишь на публичные ОАО. Было бы неплохо, как минимум, установить порог определенного количества акционеров, при недостижении которого правила главы IX.1 ФЗ об АО не действуют (однако такой порог должен определяться исходя из статистических данных, а не браться наобум).

Как известно, лицо может владеть более 30% акций не единолично, а совместно с заинтересованными и (или) зависимыми от него лицами. На этот случай ст. 84.2 ФЗ об АО предусматривает активацию правила обязательного предложения, когда лицо приобретает более 30% акций, в том числе совместно с аффилированными лицами (аналогичное правило содержится в ст. 84.7 и 84.8 для случаев принудительного выкупа акций). Однако, институт аффилированных лиц является дефектным, что налагает отпечаток на применение многих сфер законодательства, в том числе главы IX.1 ФЗ об АО. Понятие аффилированного лица дается в ст. 4 Закона РСФСР от 22 марта 1991г. №948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (причем уже долгое время — с 2006-го года — данный закон практически утратил силу, за исключением ст. 4 и имеет множество недостатков. Прежде всего, это закрытый перечень оснований установления аффилированности лиц. Однако главным недостатком является то, что в отношении физических лиц закон говорит только об «аффилированных лицах физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность», то есть у физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем, аффилированных лиц быть не может. Исходя из этого, напрашивается предположение о том, что физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем, может легко обойти правила об обязательном предложении покупки

акций компании-цели, если будет фактически приобретать пакет акций свыше 30% совместно, например, со своими родственниками или установив контроль над акционерами компании-цели (глава IX.1 ФЗ об АО, в принципе, ничего не говорит об установлении косвенного контроля над компанией-целью). Данное предположение подтверждается арбитражной практикой (например, Определением ВАС РФ от 10.11.2010 № ВАС-14518¹). Более того, в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 05.03.2010 по делу № А45-4654/2008 сказано, что у акционера — физического лица, вообще не может быть аффилированных лиц, даже если он зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя. Это связано с тем, что во взаимоотношениях с ОАО и его акционерами такой акционер выступает только как физическое лицо (гражданин), а не как индивидуальный предприниматель. Какой-либо предпринимательской деятельностью в качестве акционера общества он не занимается. В Постановлении ФАС Уральского округа от 08.04.2011 № Ф09-1699/11-С4 суд попытался распространить на физических лиц-граждан действие норм об аффилированных лицах и, следовательно, главы IX.1 ФЗ об АО, путем применения аналогии закона (со ссылкой на ст. 6 ГК РФ). Однако такой подход вряд ли оправдан ввиду вышеуказанной позиции ВАС РФ. Таким образом, правовое регулирование «публичных поглощений» в РФ лишним раз подтверждает несовершенство института аффилированности лиц. Возможно законодателю вообще стоит отказаться от использования различных терминов, обозначающих зависимость лиц друг от друга (таких терминов, как «аффилированные лица», «заинтересованные лица», «группа лиц») и ввести единый термин с открытым перечнем оснований его действия. Самым оптимальным, на наш взгляд, является определение, используемое для целей налогового законодательства — «взаимозависимые лица». Данный термин закреплен в ст. 20 НК РФ (факт взаимозависимости устанавливается в каждом конкретном случае), в этой же статье содержатся нормы об установлении косвенного контроля.

Эффективность действия правовой нормы во многом зависит от санкции, последующей за ее нарушением. Однако, на наш взгляд,

¹ В Постановлении Президиума ВАС РФ от 22.03.2012г. по делу № А60-41550/2010-С4 было сказано, что для целей применения ст. 81 ФЗ об АО физические лица, не обладающие статусом индивидуального предпринимателя, могут иметь аффилированных лиц. В тоже время ВАС РФ подтвердил, что, по общему правилу, физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, не могут иметь аффилированных лиц.

соблюдение требований ФЗ об АО, касающихся обязательного предложения, недостаточно подкреплено с точки зрения ответственности за их нарушение. В соответствии с ч.6 ст. 84.2, ФЗ об АО, до направления обязательного предложения лицо, которое приобрело более 30 процентов ОАО, и его аффилированные лица имеют право голоса только по акциям, составляющим 30 процентов таких акций. При этом остальные акции, принадлежащие этому лицу и его аффилированным лицам, голосующими не считаются и при определении кворума не учитываются. Хотя ФЗ об АО прямо не предусматривает правовых последствий неисполнения данной обязанности, арбитражная практика пошла по пути применения ч.6 ст. 84 ФЗ об АО к случаям ненаправления обязательного предложения (Определение ВАС РФ от 18.09.2009 № ВАС-11766/09), а также к случаям направления обязательного предложения с нарушением требований ФЗ об АО (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 21.04.2008 по делу № А82-5422/2007-43 — в этом случае обязательное предложение считается «ненаправленным»). В упомянутом Определении ВАС РФ от 18.09.2009 также отмечается, что вторым правовым последствием нарушения рассматриваемой обязанности является привлечение к административной ответственности по ст. 15.28 КоАП РФ. Однако принудить приобретателя более 30 % акций направить обязательное предложение ФЗ об АО не предусмотрено¹. Запрет голосования частью акций, превышающих 30 % акций компании-цели, не имеет для приобретателя никакого значения. В случаях приобретения им крупного пакета акций, значительно превышающего порог в 30 %, а также при приобретении сразу более 70 % акций (например, 71 % акций), получается, что, если обязанности направления обязательного предложения будут нарушены, правом голоса будут обладать только 59 % акций (контрольный пакет акций, в свою очередь, будет составлять 30 % плюс одна акция). Согласно ч.7 ст. 84.3, требование направить обязательное предложение также распространяется и на приобретение доли акций ОАО, превышающей 50 % и 75 %-процентную долю акций компании-цели. В данных случаях положение ФЗ об АО о запрете голосовать долей акций, превышающей указанные пороговые значения, вообще никак не может напугать приобретателя,

¹ Хотя в п.5 проекта информационного письма Президиума ВАС РФ о главе IX.1 ФЗ об АО предлагается предусмотреть для акционеров возможность обязать лицо, приобретшее более 30 %, 50 % или 75 % ОАО направить им обязательное предложение путем обращения с иском в суд.

так как в этих случаях он всегда будет обладать большинством голосов на общем собрании акционеров. Санкция ст. 15.28 КоАП за нарушения правил приобретения более 30% акций ОАО составляет до 2500 рублей для физических лиц, для должностных лиц — до 20 тысяч рублей, для юридических лиц — от 50 тысяч до 500 тысяч рублей. Скорее всего, для юридических лиц — приобретателей больших пакетов акций в крупных ОАО, указанный размер санкций не является значительным (расходы на штраф можно просто заложить в бизнес-план при проектировании «публичного поглощения»). В связи с этим, по нашему мнению, в целях защиты миноритарных акционеров, законодателю следует более внимательно отнестись к правовым последствиям несоблюдения требований направления обязательного предложения, а также разработать более эффективные меры по борьбе с нарушениями главы IX.1 ФЗ об АО. Например, запретить приобретателю в случае нарушения норм данной главы голосовать всеми своими акциями, более того, не учитывать их при определении кворума.

Завершающим этапом механизма «публичного поглощения» является вытеснение миноритарных акционеров при получении приобретателем контроля над почти всеми акциями компании-цели (как правило, 90–95% акций). Данный институт существует как в модели «публичных поглощений» ЕС и США, так и в России, и повсеместно является предметом дискуссии, так как его суть состоит в принудительном выкупе у миноритариев оставшихся 5–10% акций и, следовательно, ущемлении права собственности. Рассматриваемый институт закреплен ст. 87.8 ФЗ об АО. Эта статья не раз рассматривалась на заседаниях Конституционного Суда РФ (далее — КС РФ), однако она была признана конституционной¹. Вместе с тем, в своем Определении КС РФ от 3 июля 2007г. №681-О-П в абз. 4 п. 7 суд подчеркнул, что процедура принудительного лишения миноритариев права собственности на акции должно быть обеспечено, в том числе, надлежащим судебным контролем. На наш взгляд, именно нормы главы IX.1 ФЗ об АО о судебном контроле при вытеснении миноритариев являются наиболее неоднозначными нормами данного института. Дело в том, что, согласно ч.8 ст. 84.8 ФЗ об АО, в течение трех дней после представления приобретателем всех требуемых настоящей статьей документов в компанию-цель, держатель реестра данного ОАО обязан списать выкупаемые ценные бумаги с лицевых счетов их владельцев и зачислить на лицевой счет приобретателя.

¹ См., в частности Определении КС РФ от 3 июля 2007г. №681-О-П.

Миноритарий же, в соответствии с абз. 5 ч.4. ст. 84.8 ФЗ об АО, в течение 6 месяцев с момента списания его ценных бумаг с лицевых счетов регистратора компании-цели, вправе обратиться в суд с иском о возмещении убытков, если такой миноритарий не согласен с оценкой принудительно выкупленных у него ценных бумаг. При этом предъявление подобного иска не является основанием для приостановления выкупа ценных бумаг. Таким образом, ст. 84.8 ФЗ об АО устанавливает последующий судебный контроль за процедурой принудительного лишения миноритариев их акций. Учитывая то, что при соблюдении всех временных рамок, установленных АПК РФ для рассмотрения дел в первой, апелляционной и кассационной инстанции, срок судебной тяжбы в системе арбитражных судов на сегодняшний день в совокупности составляет 11 месяцев; последующий судебный контроль за принудительным выкупом акций миноритарных акционеров предоставляет возможность для злоупотреблений со стороны приобретателя компании-цели. Данный вывод подтверждается многочисленной арбитражной практикой¹. Действие главы IX.1 ФЗ об АО, как уже отмечалось ранее, распространяется на любые ОАО, то есть на самый широкий круг миноритариев акционерных обществ, поэтому, на наш взгляд, законодателю стоит подумать о введении предварительного судебного контроля за процедурой принудительного лишения миноритарных акционеров их акций. Такая практика уже существует, в частности, в Германии, где требование о выкупе ценных бумаг (включая указание цены) направляется сначала в суд, который его утверждает (при этом решение суда может быть обжаловано), а потом уже исполняется².

Выводы

Подводя итоги всего вышесказанного, хотелось бы сделать заключение, что, в целом, российский законодатель при установлении правового регулирования «публичных поглощений» идет по пути западных

¹ См., в частности, Постановление ФАС Московского округа от 22.01.2009 № КГ-А40/12774-08 по делу № А40-19435/08-34-118, Постановление ФАС Центрального округа от 08.12.2010 по делу № А08-2788/2008-21, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 02.03.2011 по делу № А56-17795/2010, Постановление ФАС Московского округа от 15.10.2010 № КГ-А40/12351-10 по делу № А40-32834/08-57-241, Постановление ФАС Московского округа от 19.04.2011 № КА-А40/1809-11-2 по делу № А40-44215/10-149-277 и многие другие.

² Ст. 327e Закона Германии об акционерных обществах.

стандартов, закрепленных на уровне ЕС. Однако отдельные спорные законодательные решения, являющиеся зачастую попросту игнорированием положительного европейского опыта, создают большие проблемы при применении норм о «публичных поглощениях». Все это питает почву для большого количества судебных споров. Большинство мелких недочетов главы IX.1 ФЗ об АО наверняка будет решено специальным Информационным письмом Президиума ВАС РФ, находящимся на данный момент в разработке. Однако даже этот шаг вряд ли сможет решить ряд принципиальных моментов, требующих внесения концептуальных изменений в главу IX.1 ФЗ об АО. В связи с этим, возможно, законодателю стоит заняться:

- Более точным определением сферы применения главы IX.1 ФЗ об АО — только к публичным ОАО или ко всем ОАО при превышении определенного количества акционеров.
- Реформированием института аффилированных лиц — на наш взгляд, в российском законодательстве, в целом, необходим единый термин связанных между собой лиц. На сегодняшний день это институт «взаимозависимых лиц», применяемый лишь для целей налогового законодательства.
- Более продуманной разработкой правовых последствий нарушения требований главы IX.1 ФЗ об АО — лишение права голоса по части акций, принадлежащих приобретателю сверх порогового значения в 30, 50 и 75 %, зачастую может не иметь серьезных последствий; а размер штрафов (не очень больших, особенно не для юридических лиц) можно просто закладывать в бизнес-план. Скорее всего, более оптимальный вариант — лишение права голоса по всем акциям приобретателя.
- Введением предварительного судебного контроля за процедурой принудительного выкупа ценных бумаг у миноритарных акционеров в случае получения приобретателем контроля над 95 % акций компании-цели. Последующий контроль в условиях российских реалий в области сроков рассмотрения дел в арбитражных судах, по нашему мнению, не способен обеспечить адекватную защиту миноритарных акционеров. Однако, именно их защита как экономически более слабых субъектов является конечной целью правового регулирования «публичных поглощений»

Александра Чиненова

аспирантка кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Особенности государственного регулирования отношений по транспортировке газа по магистральным трубопроводам в России и США

Газовая индустрия и отношения по транспортировке газа крайне необходимы для обеспечения государственных и общественных нужд, а также безопасности любой страны мира. Вопросы, связанные с регулированием транспортировки газа по системе магистральных трубопроводов, не раз освещались в российской и зарубежной литературе. Однако сравнения нормативного регулирования данных правоотношений в России и США еще не проводилось.

В данной статье мы рассмотрим систему актов, составляющих основу правового регулирования транспортировки газа по системе магистральных трубопроводов в указанных странах, а также выявим общие черты и различия такого правового регулирования. Более того, мы проведем обзор таких вопросов, как доступ к системе магистральных газопроводов и тарифное регулирование.

Транспортировка газа представляет собой сложный технологический процесс, и отношения, связанные с данным процессом, могут иметь ряд отличительных особенностей. Данный факт лег в основу специального государственного регулирования отношений по транспортировке газа через магистральные газопроводы. Прежде чем переходить к описанию вышеуказанной проблемы, стоит сказать несколько слов о том, что собой представляет государственное регулирование тех или иных правоотношений в сфере экономики в общем, и каковы его методы.

Данный вопрос неоднократно исследовался в различных научных работах¹. Существуют следующие определения государственного регулирования экономики: деятельность государства в лице его органов, направленная на реализацию государственной экономической политики

¹ Предпринимательское право РФ. Под редакцией Е.П.Губина, П.Г.Лахно. Норма. Инфра М. 2011; Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства. Правовые проблемы. Москва, Юристъ, 2006 год; Предпринимательское право: Учебник. Отв.ред.И. В. Ершова, Г.Д.Отнюкова. Проспект. 2011.

с использованием специальных средств, форм и методов¹; целенаправленная деятельность государства, осуществляемая в правовой форме, в которой реализуется экономическая деятельность государства². Выделяют прямые и косвенные методы государственного регулирования, а также общие и специальные правовые средства и формы государственного регулирования³. К общим правовым средствам регулирования относят, в частности, нормы права и правоотношения. Специальные правовые средства устанавливают количественные измерители деятельности: нормы, нормативы, коэффициенты и т. д.

Основы государственного регулирования отношений по транспортировке газа по системе магистральных трубопроводов заложены в Федеральном законе от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»⁴ (далее — ФЗ «О естественных монополиях») и в ФЗ от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» (далее — Закон о газоснабжении)⁵.

Согласно ст. 4 Закона о естественных монополиях, транспортировка газа по трубопроводам отнесена к сфере деятельности естественных монополий. Однако указанный закон, также как и Закон о газоснабжении, не содержит определения транспортировки газа.

В декабре 2010 года в Москве между правительствами стран Евразийского экономического сообщества (Республика Беларусь, Республика Казахстан и РФ) было заключено Соглашение о правилах доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере транспортировки газа по газотранспортным системам, включая основы ценообразования и тарифной политики (далее — Соглашение)⁶. Данный документ, среди прочего, приводит и понятие «услуг по транспортировке газа» (ст. 1 Соглашения), под которыми понимаются услуги, осуществляющиеся при перемещении газа по газотранспортным системам.

¹ Предпринимательское право РФ. Под редакцией Е.П.Губина, П.Г.Лажно. Норма. С. 388.

² Предпринимательское право: Учебник. Отв.ред. И.В. Ершова, Г.Д.Отнюкова. СПС Консультант Плюс.

³ Предпринимательское право РФ. Под редакцией Е.П.Губина, П.Г.Лажно. Норма. Инфра М. 2011. С. 396–397.

⁴ СЗ РФ, 21.08.1995, № 34, ст. 3426.

⁵ СЗ РФ, 05.04.1999, № 14, ст. 1667.

⁶ <http://www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/e873e9004660237b9795ff293491a18d/gaz.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e873e9004660237b9795ff293491a18d>.

Объекты, связанные с транспортировкой газа, являются частью федеральной системы газоснабжения, а также единой системы газоснабжения (далее — ЕСГ).

Закон о газоснабжении приводит следующее определение «единой системы газоснабжения» (ст.6 Закона) — имущественный производственный комплекс, состоящий из технологически, организационно и экономически взаимосвязанных и централизованно управляемых производственных и иных объектов, предназначенных для добычи, транспортировки, хранения и поставок газа; данный комплекс находится в собственности организации, образованной в установленных гражданским законодательством организационно-правовой форме и порядке, получившей объекты указанного комплекса в собственность в процессе приватизации либо создавшей или приобретшей их на других основаниях, предусмотренных законодательством РФ. ЕСГ является основной системой газоснабжения в РФ.

Собственником ЕСГ, в том числе и транспортных активов, является ОАО «Газпром». Газотранспортные дочерние компании ОАО «Газпром» (около 17) отвечают за транспортировку газа по магистральным трубопроводам и снабжение потребителей газом на соответствующих территориях субъектов РФ¹. Сейчас в ЕСГ входит 161,7 тыс.км. магистральных газопроводов².

В деятельность субъектов естественных монополий (далее — субъекты ЕМ), входят, в том числе и услуги по транспортировке газа. Такая деятельность регулируется, в первую очередь, Законом о естественных монополиях. В данном акте установлены методы регулирования деятельности субъектов ЕМ, сфера государственного контроля, обязанности субъектов ЕМ.

Одним из основных методов государственного регулирования деятельности в сферах ЕМ является ценовое регулирование посредством установления цен (тарифов), а также определение потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию и установлению минимального уровня их обеспечения при невозможности удовлетворения их потребностей в полном объеме (абз. 1–3 ст. 6 Закона о естественных монополиях).

Газ включен в Перечень продукции производственно-технического назначения, товаров народного потребления и услуг, на которые

¹ Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. Под ред. Лахно П. Г. и Ф. Ю. Зеккера. Издательская группа Юрист, Москва, 2011. С. 324.

² <http://www.gazprom.ru/about/production/transportation/>.

государственное регулирование цен (тарифов) на внутреннем рынке Российской Федерации осуществляют Правительство Российской Федерации и федеральные органы исполнительной власти¹.

В сфере транспортировки газа такие тарифы и потребители определены в Постановлении Правительства РФ от 29.12.2000 № 1021 «О государственном регулировании цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке на территории РФ»². Кроме того, определенное значение в данной сфере имеет Постановление Правительства РФ № 950 от 10.12.2008 «Об участии органов исполнительной власти субъектов РФ в области государственного регулирования тарифов в осуществлении государственного регулирования и контроля деятельности субъектов естественных монополий»³.

Федеральная служба по тарифам (далее — ФСТ) и Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС) являются уполномоченными органами по контролю за деятельностью субъектов ЕМ. Вопрос разграничения полномочий между этими двумя службами представляется достаточно актуальным. Как указано в специальной литературе, государственное воздействие на естественные монополии имеет три основные функции: применение методов государственного регулирования; контроль над соблюдением законодательства о естественных монополиях и контроль над соблюдением антимонопольного законодательства⁴. Услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам отнесены к подлежащим государственному регулированию. При этом по общему правилу на регулируемые товары не распространяется компетенция антимонопольных органов по контролю за ценами⁵. Причем ФАС РФ осуществляет общий надзор за соблюдением субъектами ЕМ Закона о естественных монополиях и антимонопольного законодательства, в том числе и за обеспечением недискриминационного доступа к услугам по транспортировке газа.

¹ Перечень Утвержден Постановлением Правительства РФ от 07.03.1995 № 239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)// СЗ РФ, 13.03.1995, № 11, ст. 997.

² СЗ РФ, 08.01.2001, № 2, ст. 175.

³ СЗ РФ, 15.12.2008, № 50, ст. 5971.

⁴ Даурова Т.Г. Правовое регулирование деятельности естественных монополий// Законодательство и экономика. 2006. № 12. С. 7.

⁵ Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. Под ред. Лахно П. Г. и Ф. Ю. Зекера. С. 538.

Исходя из части 1 ст.25 Закона о газоснабжении, государственное регулирование тарифов на услуги по транспортировке газа, отнесенных Законом о естественных монополиях к сфере деятельности субъектов ЕМ, осуществляет федеральный орган исполнительной власти в области регулирования тарифов, то есть, ФСТ.

Следующие виды тарифов на услуги по транспортировке газа подлежат государственному регулированию на территории РФ (п.4 Основных положений формирования и государственного регулирования цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке на территории РФ¹):

- Тарифы на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам для независимых организаций (то есть, не входящих в одну группу лиц с ОАО «Газпром»);
- Тарифы на услуги по транспортировке газа по газопроводам, принадлежащим независимым газотранспортным организациям;
- Тарифы на услуги по транспортировке газа по газораспределительным сетям.

Регулирование данных тарифов осуществляется в соответствии с методическими указаниями ФТС. Так, на данный момент тарифы на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам ОАО «Газпром» для независимых организаций утверждены Приказом ФСТ РФ от 08.06.2012 № 143-э/1².

ФСТ имеет право осуществлять контроль по определению и применению тарифов в форме проверки финансово-хозяйственной деятельности газотранспортных организаций. При такой проверке исследуется экономическая обоснованность расходов организаций, учтенных при регулировании тарифов на услуги по транспортировке газа; а также обоснованность фактического расходования средств при осуществлении услуг, в том числе и правильность применения тарифов³.

Еще одной важной сферой государственного регулирования отношений по транспортировке газа является обеспечение недискриминационного доступа к газотранспортным сетям. Доступ к системе магистральных газопроводов является необходимым условием для торговли газом и развития газовой отрасли; в отсутствии доступа к системе не могут

¹ Утверждены вместе с Постановлением Правительства РФ от 29.12.2000 № 1021.

² http://www.fstrf.ru/tariffs/info_tarif/gas/288.

³ Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. Под ред. Лахно П. Г. и Ф. Ю. Зеккера. С. 532.

быть исполнены договоры купли-продажи газа¹. Основной целью государства при регулировании данного вопроса является предотвращение дискриминации независимых организаций, которые получают доступ к системе и становятся потенциальными конкурентами на рынке сбыта газа аффилированных компаний собственника системы транспортировки, то есть ОАО «Газпром».

Согласно ст.8 Закона о газоснабжении, Правительство РФ в области газоснабжения осуществляет свои полномочия, а также утверждает порядок доступа независимых организаций к газотранспортным и газораспределительным сетям.

В соответствии с данным положением Закона о газоснабжении Правительство РФ приняло 14 июля 1997 года Постановление №858 «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром» (далее — Постановление об обеспечении доступа)².

Данное Постановление закрепило право любой организации на территории РФ на недискриминационный доступ к газотранспортной системе ОАО «Газпром» для транспортировки газа (п. 4 Постановления об обеспечении доступа). Это право осуществляется при соблюдении определенных условий: наличие свободных мощностей (понятие раскрывается в пункте 1 Постановления об обеспечении доступа) в газотранспортной системе от места подключения до места отбора газа на предполагаемый период поставки газа; соответствие качества и параметров поставляемого газа нормативно-техническим документам, действующим в системе ОАО «Газпром»; наличие к предполагаемой дате начала поставки газа подводящих газопроводов у поставщиков и газопроводов-отводов к покупателям с пунктами учета и контроля качества газа.

Процедура доступа к газотранспортной системе ОАО «Газпром» включает в себя такие этапы, как подача заявки в ОАО «Газпром», рассмотрение заявки и принятие решения.

Доступ к сетям ОАО «Газпром» до сих пор вызывает множество споров. В качестве примера можно привести решение и предписание ФАС от 27.01.2012, согласно которым, ОАО «Газпром» отказал в доступе ООО «Реал-газ» к своим сетям газоснабжения. Такое шаг ОАО «Газпром» был

¹ Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование. Под ред. Лахно П. Г. и Ф. Ю. Зеккера. С. 575.

² СЗ РФ, 07.05.2001, № 19, ст. 1941.

расценен как злоупотребление доминирующим положением¹. Арбитражный суд города Москвы решением от 03.08. (27.07.) 2012 оставил данные решения и предписания ФАС в законной силе².

В настоящее время разработано несколько проектов нового постановления по данному вопросу. Один из основных проектов был предложен ФАС³. Данным проектом предполагается детально регламентировать процедуру заключения договора оказания услуг по транспортировке газа по газотранспортной системе, стандарты раскрытия информации ОАО «Газпром» (в частности, обязать ОАО «Газпром» раскрывать информацию о свободных мощностях и предоставлять доступ к ГТС всем независимым производителям, имеющим договоры на поставку газа на срок более одного года). На данный момент проект все еще находится в стадии рассмотрения⁴.

Регулирование отношений по транспортировке газа по магистральным газопроводам осуществляется в США на федеральном уровне, а также на уровне штатов. В данной работе речь пойдет о федеральном законодательстве, касающемся данной области. Следует отметить, что все еще существует проблема разделения компетенции между федеральным законодательством и законодательством штатов.

Энергетический сектор США в целом претерпевает сейчас значительные изменения. Старые системы регулирования заменяются на новые. Последние, в свою очередь, концентрируются скорее на конкуренции и сохранении ресурсов, нежели чем на монополии и увеличении добычи⁵. Основу нынешнего регулирования газового сектора в США определили проблемы, возникшие в XX веке и связанные с существованием монополии в газовой индустрии.

К основным актам, регулирующим газовый сектор и отношения по транспортировке газа, могут быть отнесены: Закон об энергетической политике (Energy Policy Act; 2005)⁶, Закон о природном газе (Natural Gas Act; 1938), Закон о политике в сфере природного газа (Natural Gas

¹ http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34399.html.

² http://ras.arbitr.ru/PdfDocument/9050d939-baa6-4202-adf6-c28403d0af12/A40-69840-2012_20120803.pdf.

³ http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_7006.html.

⁴ http://fas.gov.ru/fas-in-press/fas-in-press_33231.html.

⁵ Energy, Economic, and Environment: Cases and Materials. By Fred Bosselman, Thomson/West, 2011С. 1.

⁶ <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ58/pdf/PLAW-109publ58.pdf>.

Policy Act; 1978), § 717–717z Аннотированного Свода Законов США (The United States Annotated Code), а также антимонопольные акты и соответствующие прецеденты.

В 1938 году был принят Закон о природном газе, согласно которому, Федеральная Энергетическая Комиссия (предшественник Федеральной Комиссии по Регулированию Энергетики (Federal Energy Regulatory Commission; далее — ФКРЭ) получила право устанавливать справедливые и обоснованные ставки на транспортировку газа в ходе торговли между штатами¹.

Следует отметить, что в истории регулирования транспортировки газа в США были совершены серьезные ошибки². К таковым относят, например, решение по делу Phillips Petroleum Co.v.Wisconsin³ (1954), определившее развитие газовой отрасли и экономики США в целом на следующую пару десятилетий. Данным решением было закреплена обязанность Федеральной Энергетической Комиссии по регулированию цен на природный газ, реализуемый независимыми добывающими компаниями в ходе торговли между штатами. Причиной этому стало слишком широкое толкование Закона о природном газе, а также отсутствие понимания того, что добыча газа не относится к сфере естественных монополий⁴. Все это привело к тому, что компании, эксплуатирующие межштатные газопроводы, начали использовать свое монопольное положение в сфере добычи газа для понижения цен на газ на скважине. При этом сами компании реализовывали газ по завышенным ценам. Результатом такой махинации стала острая нехватка газа в 1970-х.

Закон о политике в сфере природного газа был принят в 1978 году для устранения последствий вышеуказанного решения и установления нового режима регулирования в газовой индустрии. Однако недостатком данного Закона стало то, что он предусматривал длительный процесс дерегулирования цен на газ. Закон о дерегулировании цен на скважине 1989 года покончил с контролем за ценами на все виды газа, начиная с 1993 года⁵.

¹ [Http://www.eia.gov/oil_gas/natural_gas/analysis_publications/ngmajorleg/ngact1938.html](http://www.eia.gov/oil_gas/natural_gas/analysis_publications/ngmajorleg/ngact1938.html).

² Energy, Economic, and Environment: Cases and Materials. By Fred Bosselman. С. 491.

³ 347 U.S. 672 (1954).

⁴ Energy, Economic, and Environment: Cases and Materials. By Fred Bosselman. С. 491.

⁵ Там же. С. 489.

Кроме ФКРЭ, полномочиями в сфере тарифного регулирования на федеральном уровне обладают также Министерство энергетики (Department of Energy; при этом право осуществления энергетической политики оставлено за ФКРЭ) и Министерство внутренних дел (Department of Interior), осуществляющее, в частности, контроль над федеральными землями. На уровне штатов соответствующими полномочиями обладают Комиссии по предприятиям коммунального обслуживания штатов (State Public Utility Commissions), регулирующие ставки и услуги частных энергетических компаний по поставке природного газа в рамках штата¹.

Выделяют два вида тарифов на услуги по транспортировке газа: низкий тариф (interruptible rate), позволяющий промышленным потребителям приобретать газ по низким ставкам при условии, что они могут быть отключены, если потребуются трубопроводные мощности, например, для отопления домов населения в очень холодные дни; и двухставочные тарифы (two-part rates) для постоянных потребителей газа². Отключаемые потребители платят по тарифу, основанному на фактическом количестве газа, транспортируемом по системе трубопроводов, — это так называемая плата за использование (usage or commodity charge). Постоянные потребители выплачивают плату за использование, а также платят за право потребовать обслуживания в самые холодные дни, — это так называемая плата за требование (reservation or demand charge). Плата за требование оплачивается независимо от того, будет ли такое право требования использовано.

Так же как и в РФ, транспортировка газа в США отнесена к естественной монополии³. Более того, до 80-х годов XX века продажа природного газа и его транспортировка были объединены в единую услугу, регулируемую по тарифам⁴. Таким образом, компании, эксплуатирующие трубопроводы, выступали одновременно как продавцы газа и лица, осуществляющие транспортировку газа. В 1980-х продажа газа была отделена от услуг по его транспортировке. Таким образом, был обеспечен равный доступ любых компаний к услугам по транспортировке газа (Приказ 436 ФКРЭ (1985)). После этого необходимо было расширить возможности для добывающих компаний по непосредственной торговле газом друг

¹ Energy, Economic, and Environment: Cases and Materials. By Fred Bosselman. С. 13.

² Там же. С. 447.

³ Там же. С. 18.

⁴ Там же. С. 18.

с другом и устранить Компании, выступавшие в качестве посредников при такой торговле. Использовать такие компании следовало только для оказания услуг по транспортировке газа¹.

Огромную роль в либерализации сектора транспортировки газа сыграл Приказ 636 ФКРЭ (1992), устанавливающий, что межштатные газопроводы должны предоставлять полностью разделенные услуги. Другими словами, от компаний, эксплуатирующих данные газопроводы, потребовали продавать отдельно газ, услуги по его транспортировке и хранению². Основные положения данного Приказа могут быть сведены к следующему: услуги по продаже газа были отделены от услуг по его транспортировке; предоставлен равный доступ к газохранилищам на месторождениях, которые находились в управлении компаний, эксплуатирующих газопроводы, (далее — Компании) на условиях, равных тем, что применяются данными компаниями в отношении собственного газа; компании обязали подавать прейскурант тарифов, демонстрирующий, что все поставщики газа могут приобрести услуги по транспортировке газа по той же ставке, что и покупатели, приобретающие газ у компаний. Более того, все компании должны были устанавливать свои тарифы на услуги по транспортировке на основании одной и той же формулы, перемещающей капитальные затраты на постоянных потребителей³.

Выводы

По результатам проведенного исследования можно сделать следующие выводы: услуги по транспортировке газа и в США и в России отнесены к сфере естественных монополий. Законодатели обеих стран предусмотрели обязательное государственное регулирование тарифов на услуги по транспортировке газа, а также и установили право третьих лиц на недискриминационный доступ к трубопроводам и услугам по транспортировке. И в нашей стране и в США ставятся сходные цели, что связано с либерализацией рынка данных услуг. Однако в обоих государствах все еще существуют проблемы, связанные с функционированием рынка услуг по транспортировке природного газа, которые необходимо будет решить.

¹ Energy, Economic, and Environment: Cases and Materials. By Fred Bosselman. С. 510.

² Там же. С. 495.

³ Там же. С. 511.

Актуальные проблемы предпринимательского права

Выпуск III

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

Выпускающий редактор *А. Д. Гаврилова*

Менеджер проекта *Р. М. Янковский*

Корректоры *А. Е. Познышев, А. К. Вартанова*

Дизайн и оформление *С. А. Заньков*

Верстка *Р. Г. Набиев*

Подписано в печать 15.01.2013. Формат 60×90/16.
Гарнитура «CharterC». Печать офсетная. Бумага офсетная.
Усл.-печ. л. 9,75. Тираж 1000 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

info@biz-startup.ru

www.biz-startup.ru

Отпечатано в типографии МГУ имени М. В. Ломоносова



97 85990 4 33410 >