

— МВА —

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	8
ЧАСТЬ 1. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ВИДЫ ОРГАНИЗАЦИЙ	10
1.1. Определение предпринимательской деятельности и предпринимательская деятельность гражданина.	10
1.2. Регулирование предпринимательской деятельности	14
1.3. Характеристики и атрибуты юридического лица	17
1.4. Филиалы и представительства	24
1.5. Виды организаций.	25
1.5.1. Коммерческие организации	26
1.5.2. Некоммерческие организации	53
ЧАСТЬ 2. ИМУЩЕСТВО И ПРОЧИЕ ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ. СОБСТВЕННОСТЬ.	64
2.1. Имущество	65
2.1.1. Недвижимость.	65
2.1.2. Деньги	73
2.1.3. Ценные бумаги	77
2.1.4. Источники повышенной опасности	94
2.1.5. Транспортные средства	96
2.1.6. Имущественные права.	97
2.2. Собственность	100
2.2.1. Правомочия собственника	100
2.2.2. Ограничения права собственности	101
2.2.3. Принудительное изъятие собственности	102
2.2.4. Обязанности и риски собственника	103
2.2.5. Приобретение и прекращение права собственности	104
2.2.6. Виды собственности	109
2.3. Интеллектуальная собственность.	112
2.3.1. Авторское право: произведения науки, литературы и искусства.	113
2.3.2. Программы для ЭВМ	119
2.3.3. Смежные права: исполнение, фонограмма, сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач, базы данных	120
2.3.4. Патентное право: изобретение, полезная модель, промышленный образец	121

2.3.5. Селекционные достижения	126
2.3.6. Топология интегральных микросхем	127
2.4. Средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий	128
2.4.1. Фирменное наименование	128
2.4.2. Товарные знаки и знаки обслуживания	128
2.4.3. Наименование мест происхождения товаров	131
2.5. Коммерческая тайна	132
2.5.1. Секрет производства (ноу-хау)	133
2.6. Нематериальные блага	133
2.6.1. Деловая репутация	134
ЧАСТЬ 3. ДОГОВОРЫ, ВНЕШНЕТОРГОВЫЕ КОНТРАКТЫ, ДОВЕРЕННОСТЬ	136
3.1. Понятия «договор» и «сделка»	137
3.2. Формы договоров	138
3.2.1. Устная форма	138
3.2.2. Простая письменная форма	140
3.2.3. Нотариальная форма	141
3.2.4. Государственная регистрация договора	144
3.3. Содержание договора	144
3.3.1. «Шапка» и преамбула договора	144
3.3.2. Свобода договора	146
3.3.3. Права и обязанности сторон	148
3.3.4. Цена договора	151
3.3.5. Ответственность сторон	151
3.4. Налоговые последствия договора	152
3.5. Изменение и расторжение договора	154
3.6. Прекращение договора	156
3.7. Недействительность договора	160
3.8. Обеспечение договорных обязательств	162
3.8.1. Залог	163
3.8.2. Поручительство	166
3.8.3. Банковская гарантия	167
3.8.4. Неустойка	168
3.8.5. Задаток	168
3.8.6. Удержание	169

3.9. Внешнеэкономические сделки	169
3.9.1. Репатриация валютной выручки	170
3.9.2. Проверка правоспособности иностранного контрагента и его представителя	171
3.9.3. Апостиль, легализация и перевод документов	173
3.9.4. Содержание внешнеторгового контракта	175
3.9.5. ИНКОТЕРМС	176
3.9.6. Применимое право	178
3.9.7. Выбор суда или арбитража	179
3.10. Доверенность	182
3.10.1. Область применения доверенности	182
3.10.2. Форма и реквизиты доверенности	183
3.10.3. Последствия выдачи доверенности	184
3.10.4. Прекращение доверенности	185
3.10.5. Мифы и легенды о доверенности	187
3.10.6. Передоверие	188
ЧАСТЬ 4. ОБЗОР РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ	189
4.1. Законодательство Российской Федерации	189
4.1.1. Конституция РФ	190
4.1.2. Международные договоры	190
4.1.3. Законы.	192
4.1.4. Указы Президента РФ.	194
4.1.5. Постановления Правительства РФ.	195
4.1.6. Акты федеральных органов исполнительной власти	195
4.1.7. Акты толкования права и судебная практика	197
4.2. Виды правонарушений	201
4.2.1. Преступления	201
4.2.2. Административные проступки	205
4.2.3. Дисциплинарные проступки	207
4.2.4. Гражданско-правовые проступки	210
4.3. Судебная система России	213
4.3.1. Конституционный Суд РФ	213
4.3.2. Суды общей юрисдикции	214
4.3.3. Арбитражные суды	215
4.3.4. Конституционные (уставные) суды субъектов РФ	217
4.4. Разрешение экономических споров	218

ПРЕДИСЛОВИЕ

Есть книги полезные и скучные, которые читают через силу, потому что нужно. Есть книги увлекательные и бестолковые, которые читают с удовольствием, но забывают, что было написано, перевернув последнюю страницу. Мы попытались написать книгу полезную и вместе с тем увлекательную.

В основе книги лежит курс лекций автора «Правовая среда бизнеса в России» для слушателей программы Executive MBA. В рамках очень ограниченного по времени курса не удавалось рассказать даже о самых важных вещах, которые обязан знать каждый руководитель. Искреннее желание рекомендовать хорошую литературу не помогло найти чего-нибудь подходящее для занятых людей, урывками готовящихся к занятиям. Поэтому мы изложили на бумаге то, что нам кажется самым необходимым руководителю, менеджеру, предпринимателю для понимания правил игры, которые мы называем правом, или законодательством.

Почти все книги о юриспруденции тяжеловесны, изобилуют юридической терминологией и пространными выдержками из законов. У юриста не поворачивается язык сказать слово «человек» вместо «физическое лицо» или того хуже «гражданин, иностранец или лицо без гражданства», поскольку в законах не пишут слово «человек». В итоге, чтобы понять такие книги, необходимо иметь юридическое образование.

Встречаются книги, написанные простым языком для широкого круга читателей, посвященные вопросам семейного, наследственного законодательства и прочей «бытовой юриспруденции». Популярной юридической литературы для бизнесменов и руководителей мы не нашли. Видимо, считается, что они, если нужно, всегда могут воспользоваться услугами своего сотрудника-юриста.

Мы решили отказаться от общепринятого юридического языка, написав «учредитель ООО» вместо «участник», потому что так говорит большинство людей, хотя это не всегда юридически точно. Мы пишем «договор» там, где правильное было бы «сделка»; «законы» вместо

«законы и подзаконные нормативные акты» и т.п. Мы опускаем массу юридических нюансов, которые нужны только специалистам. Возмущенных юристов, которым случайно попадет в руки эта книга, хотим предупредить, что мы сами знаем обо всех юридических неточностях, которые допустили ради того, чтобы содержание книги было понятно широкому кругу читателей.

Теперь несколько слов о структуре книги. В *первой части* рассказывается о правовых формах предпринимательской деятельности. *Вторая часть* повествует об имуществе и интеллектуальной собственности, по поводу которых предприниматели и организации вступают в отношения между собой и с потребителями. *Третья часть* книги посвящена оформлению таких отношений – договорам. Завершается изложение – *четвертая часть* – обзором российской правовой системы, с которого книга, по логике, должна начинаться. Однако наш опыт свидетельствует о том, что эта часть материала воспринимается хуже других его частей и может отбить интерес к дальнейшему чтению, если начать с нее. Сторонники системного подхода могут сразу обратиться к четвертой части. Сторонники бессистемного подхода могут читать с любого места: мы старались сделать каждый раздел и подраздел относительно автономными, а в необходимых случаях давали ссылки на другие разделы.

По ходу изложения материала мы затронули многие животрепещущие вопросы корпоративной и предпринимательской практики, делая акцент на наиболее распространенных ситуациях и ошибках, стараясь иллюстрировать положения закона конкретными примерами. Книга содержит множество провокационных утверждений, преследующих цель возбудить в читателе интерес к юридическим вопросам. Если нам это удалось, то надеемся получить сообщение на почтовый ящик **kurzenin@yandex.ru**. Будем очень благодарны за любые отзывы, замечания и пожелания, которые обязательно учтем в следующем издании.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ВИДЫ ОРГАНИЗАЦИЙ

- Определение предпринимательской деятельности и предпринимательская деятельность гражданина
- Регулирование предпринимательской деятельности
- Характеристики и атрибуты юридического лица
- Филиалы и представительства
- Виды организаций

1.1. Определение предпринимательской деятельности и предпринимательская деятельность гражданина

Предпринимательская деятельность определяется законом как «самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг». Ключевые слова здесь «**систематическое получение прибыли**», а то, что после них, – перечисление всех возможных способов ее получения.

Не всегда можно провести границу между предпринимательской деятельностью и прочими действиями, сделками гражданина. Вопрос о том, где проходит эта граница, совсем не абстрактный. Во-первых, незаконная предпринимательская деятельность влечет административную и уголовную ответственность. Во-вторых, это влияет на режим налогообложения и, соответственно, тоже может повлечь уголовную и административную ответственность в случае неуплаты налогов. В-третьих, некоторым категориям лиц прямо запрещено заниматься предпринимательской деятельностью, в частности государственным и муниципальным служащим.



Государственный служащий, являющийся учредителем нескольких организаций, периодически предоставляет этим организациям займы под процент. Специалисты посчитали такую деятельность предпринимательской, поскольку имело место систематическое извлечение дохода в виде процентов по займам, существенно превышающего его заработную плату. Госслужащему рекомендовано предоставлять принадлежащим ему организациям беспроцентные займы.

Для многих актуален вопрос: может ли рассматриваться в качестве предпринимательской деятельности получение арендной платы от сдачи в аренду принадлежащей гражданину квартиры? На практике такую деятельность не признают предпринимательской. Государству не выгодно предъявлять претензии по этому поводу, тем более что зарегистрировавшийся в качестве предпринимателя гражданин может платить всего 6% от дохода от такой деятельности, если перейдет на упрощенную систему налогообложения (УСНО) в соответствии с положениями главы 26.2 Налогового кодекса Российской Федерации (НК РФ), вместо 13% налога на доходы физических лиц (НДФЛ).

*Индивидуальные
предприниматели
бюджету
не нужны*

Позволим себе предположить, что налоговые органы предъявят претензии гражданину, сдающему в аренду квартиры (или иную недвижимость), если сумма арендной платы за год превысит 60 млн руб. В этом случае не может быть применена УСНО, а подлежит уплате налог на прибыль и налог на добавленную стоимость (как минимум), а значит, гражданин, уплачивающий НДФЛ в размере 13%, причиняет ущерб бюджету со всеми вытекающими последствиями.

В ту же логику укладывается деятельность по перепродаже частными лицами автомобилей, торговля грибами и ягодами, репетиторство, услуги няни и т.п.: государство в лице налоговых органов, как правило, предъявляет претензии только по уплате НДФЛ, но не по поводу незаконной предпринимательской деятельности.

Из сказанного следует, что гражданину зачастую самому выгодно зарегистрироваться в качестве предпринимателя с применением УСНО.

Регистрацию гражданина в качестве предпринимателя осуществляют органы (инспекции) Федеральной налоговой службы (ИФНС) по месту жительства гражданина. Заявление о применении УСНО может быть подано одновременно с заявлением на регистрацию в качестве предпринимателя.

Гражданин-предприниматель не приобретает в силу регистрации какого-либо фирменного наименования, поэтому крайне неграмотно упоминать предпринимателя, как это иногда делается в письменных документах, ИП «Иванов», или ПБЮЛ «Петров». Предприниматель фигурирует в документах со своими фамилией, именем и отчеством без кавычек. В качестве указания на то, что гражданин действует как предприниматель, перед фамилией могут стоять слова «индивидуальный предприниматель» (или сокращенно – ИП), предприниматель без образования юридического лица (ПБЮЛ) или просто «предприниматель». Случается встречать такие анахронизмы, как ЧП (частный предприниматель) и ИЧП (индивидуальное частное предприятие), что сегодня совсем уж неправильно.

Предприниматель может иметь печать. Проставление печати на документе тоже может свидетельствовать о том, что гражданин в данном случае действует как предприниматель.

Далее рассмотрим все плюсы и минусы предпринимательской деятельности гражданина.

Канули в Лету те золотые времена, когда гражданин-предприниматель не платил налог на добавленную стоимость (НДС), даже если продавал стальной прокат железнодорожными составами на миллиарды рублей. Налоговый режим (в том числе и УСНО) в настоящее время общий для предпринимателей и организаций. Однако остается все-таки одно важное преимущество индивидуального предпринимателя с точки зрения уплаты налогов: после уплаты всех налогов в распоряжении предпринимателя остается чистая прибыль, которую он вправе тратить на свое усмотрение, в том числе и на личные нужды, в частности может снять наличные деньги с банковского счета без каких-либо обоснований. Организация, в отличие от предпринимателя, при перечислении чистой прибыли

(дивидендов) учредителю обязана удержать налог на доходы физических лиц (НДФЛ) в размере 9%, а получить наличные деньги в банке может только в ограниченной сумме (в пределах установленного кассового лимита) и тратить их может строго на нужды организации.

В остальном гражданин-предприниматель проигрывает организации. Перечисленные далее недостатки предпринимательской деятельности гражданина отвечают на вопрос о том, зачем нужна конструкция юридического лица, о котором речь пойдет несколько позже.

Основная проблема предпринимателя – **полная имущественная ответственность** по обязательствам. Если деятельность предпринимателя связана с риском (а какая же иначе может быть настоящая предпринимательская деятельность?), то может сложиться ситуация, при которой на все личное имущество предпринимателя будет обращено взыскание по долгам, вытекающим из его деятельности, даже если нет никакой вины предпринимателя в возникновении долгов и убытков. Ситуация несколько сглаживается процедурой банкротства предпринимателя, в процессе которой долги списываются после обращения взыскания на имеющееся личное имущество. По крайней мере, предпринимателю не придется расплачиваться по долгам всю оставшуюся жизнь, как может случиться с гражданином, не зарегистрированным в качестве предпринимателя (в России до сих пор нет закона о банкротстве физических лиц).

Поэтому граждане-предприниматели занимаются чаще деятельностью, не связанной с высокими рисками, например арендой недвижимости. Поскольку порядочный человек не склонен заниматься высокорисковым бизнесом, неся за это полную имущественную ответственность, давно возникла идея ограниченной ответственности предпринимателя, воплотившаяся в концепцию юридического лица.

Другая трудноразрешимая проблема предпринимателя – объединение капиталов нескольких партнеров с целью нести пропорциональные вложениям риски и получать прибыли. Такой инструмент, как договор простого товарищества (договор о совместной деятельности), не

предоставляет надежных гарантий всем участникам такого партнерства. Эта проблема также разрешается путем создания юридического лица.

Мы бы выделили также такой немаловажный момент, как потребность предпринимателя в анонимности: далеко не все предприниматели хотят, чтобы их имя фигурировало в каждом документе и при каждом упоминании их бизнеса. Деятельность предпринимателя через юридическое лицо позволяет отчасти решить и этот вопрос.

Наконец, многие виды деятельности недоступны гражданину-предпринимателю в силу прямого запрета или, главным образом, условий лицензирования и сертификации. Предприниматель не может получить банковскую лицензию или лицензию на пользование недрами, например.

1.2. Регулирование предпринимательской деятельности

Предпринимательскую деятельность прямо регулируют или затрагивают многочисленные законы и подзаконные акты, которые в совокупности называют предпринимательским правом или хозяйственным правом. Ядром предпринимательского права является Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ), который иногда называют экономической конституцией страны. Действительно, именно этот документ узаконивает эксплуатацию человека человеком в традиционном понимании: возможность капиталиста – учредителя организации изымать в форме дивидендов созданный трудящимися организации добавочный продукт.



История свидетельствует, что гражданский кодекс – гораздо более долговечный документ, чем конституция и политический строй страны. Первоначальная редакция действующего Гражданского кодекса Франции была написана еще при личном участии Наполеона Бонапарта и введена в действие в 1804 г. Кодекс Наполеона пережил несколько революций и конституций. Аналогичный документ в Германии – Германское гражданское уложение действует с 1900 г. Прообразом гражданских кодексов стран континентальной Европы служит Кодекс Юстиниана, составленный в Византии в VI в.

В отличие от некоторых стран в России нет отдельного кодекса для предпринимателей, ГК РФ регламентирует как предпринимательскую деятельность, так и частные отношения между гражданами.

«Гражданским» кодекс именуется по традиции, так как в Древнем Риме соответствующие законы действительно распространялись только на граждан Рима. Действующий ГК РФ действует в отношении всех участников хозяйственного оборота – так называемых субъектов гражданского права или лиц. Этот перечень субъектов (лиц) полезно знать:

- ◆ Российская Федерация;
- ◆ субъекты РФ;
- ◆ муниципальные образования;
- ◆ физические лица;
- ◆ юридические лица.

Российская Федерация и субъекты РФ (республики, области, края, автономные области, автономные округа и два города федерального значения – Москва и Санкт-Петербург) практически не вступают в хозяйственные отношения непосредственно. От их имени и в их интересах действуют, как правило, государственные органы в форме учреждений (например, воинская часть), а предпринимательскую деятельность ведут учрежденные государством для этих целей юридические лица, например государственные унитарные предприятия (ГУПы). Однако Российская Федерация и субъекты РФ непосредственно фигурируют, например, в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в качестве собственников объектов недвижимости, поскольку не передают эти объекты в собственность учреждений и предприятий.

Муниципальные образования – городские или сельские поселения, муниципальные районы, городские округа либо внутригородские территории города федерального значения тоже вступают в хозяйственные отношения чаще через созданные ими учреждения и муниципальные унитарные предприятия.

Физические лица – это все люди, которых для целей правового регулирования классифицируют на граждан России, иностранцев (лиц, не имеющих гражданства

Гражданский кодекс – не только для граждан

России, но имеющих гражданство другой страны) и лиц без гражданства (не имеющих подтверждения гражданства ни одной страны). Часто под словом «граждане» в юриспруденции принято считать все эти категории лиц, поскольку, если иное прямо не предусмотрено законом, иностранцы и лица без гражданства имеют равные с гражданами России права в сфере предпринимательства и хозяйственного оборота.

Юридические лица (организации) – основные участники предпринимательской деятельности.

Юридическое лицо – это искусственная конструкция (юридическая фикция), наделенная рядом атрибутов, делающих ее неким виртуальным участником хозяйственного оборота наравне с живыми людьми; эта конструкция может обладать собственностью, заключать сделки, нести обязательства, обращаться в суд за защитой своих прав, может быть привлечена к ответственности (только не к уголовной), имеет почтовый адрес и даже имеет волю (по поводу последнего, правда, нет единого понимания).

Среди самых древних прообразов современного юридического лица можно назвать товарищества по снаряжению кораблей в Древнем Риме, монашеские ордена и цехи в средневековой Европе. Такие структуры были организациями в буквальном смысле, т.е. на самом деле объединяли людей для определенных целей, а учреждались только в разрешительном порядке, например буллой папы римского.



Нищенствующий монашеский орден францисканцев, учрежденный папской буллой в 1223 г., внес особую лепту в юриспруденцию: именно францисканцы изобрели доверительное управление («траст», он же «трест» – от англ. trust). Поскольку устав ордена не позволял обладать имуществом на праве собственности, орден вынужден был приобретать имущество на доверенных лиц, которые обязались управлять имуществом в интересах ордена. Такие неформальные договоренности позднее стали защищаться судом.

Очень отличается конструкция юридического лица от своего прообраза: гражданин может зарегистрировать в уведомительном порядке хоть сотню организаций, в которых он будет выступать единственным учредителем

и руководителем, где не будет ни одного работника и никакого имущества. Только в Москве таких организаций около миллиона.

1.3. Характеристики и атрибуты юридического лица

Обособленное имущество называют первым, важнейшим признаком юридического лица. Речь идет о том, что создатель, учредитель юридического лица выделяет, «обособляет» часть своего имущества и передает его в собственность вновь создаваемого юридического лица (в качестве вноса в уставный капитал, например). Это может быть любое имущество, чаще деньги. Для создания закрытого акционерного общества, например, достаточно внести в уставный капитал 10 тыс. руб.

Юридическое лицо отвечает этим имуществом по своим обязательствам. Неверно считать, что ответственность юридического лица ограничена. Юридическое лицо несет **полную ответственность** по своим обязательствам в пределах принадлежащего ему имущества. Когда говорят об ограниченной ответственности, имеют в виду ограниченную ответственность учредителя. Учредитель, за некоторыми исключениями, не отвечает по долгам созданного им юридического лица; его ответственность ограничена тем имуществом, которое он «обособил» и передал в собственность организации.

Неправильно говорить, что организация «отвечает по долгам своим уставным капиталом». **Уставный капитал** (складочный капитал, уставный фонд, паевой фонд) – это сумма, задекларированная в уставе организации, на которую учредитель передал (или должен передать в течение определенного срока) имущество в собственность организации. У некоторых организаций вообще нет уставного капитала или его подобия. Уставный капитал равен стоимости имущества организации только в момент ее создания. Если на следующий день организация выплатила заработную плату директору, ее имущество стало меньше, чем уставный капитал. Если организация на следующий день после регистрации получила аванс за

предполагаемые работы, ее имущество стало больше, чем уставный капитал. Стоимость имущества, которым организация отвечает по долгам, будет соответственно меньше или больше, чем уставный капитал. Таким образом, оценить фактический размер ответственности организации можно, только проанализировав финансовую отчетность организации (при условии, что она достоверна).

Для тех, кому проще говорить на бухгалтерском языке, уставный капитал – это всего лишь одна из строк пассива баланса. Общая сумма пассивов организации, всегда равная сумме активов, может быть больше уставного капитала, например за счет нераспределенной прибыли или переоценки имущества, или меньше уставного капитала из-за непокрытых убытков.

Юридическое лицо может от своего имени приобретать и осуществлять права и нести обязанности, а также выступать истцом и ответчиком в суде. Это означает, что организация является самостоятельным участником хозяйственного оборота, вступает в правоотношения с другими участниками: заключает договоры, приобретает сырье и оборудование, нанимает работников, продает готовую продукцию, берет кредиты, числится собственником имущества в реестрах и т.п., может защищать свои права в судебном порядке и привлекаться к ответственности.

Кстати, некорректно говорить, что учредитель является собственником организации. У организации не может быть собственника, как не может быть собственника у человека (с тех пор, как отменено рабство). Правильно говорить, что учредитель (участник, акционер, член, партнер и т.д.) обладает некоторыми правами в отношении созданного им юридического лица, объем которых зависит от вида организации. Главными из таких прав являются право на управление организацией (путем избрания генерального директора, совета директоров) и право на получение части прибыли организации (дивидендов – для акционерного общества), если мы говорим об организации, которая занимается предпринимательской деятельностью.

Место нахождения и почтовый адрес декларируются в уставе организации и часто не соответствуют действительности, т.е. адресу, по которому фактически на-

ходится рабочее место руководителя организации. Здесь можно провести аналогию с регистрацией («пропиской») граждан, которые далеко не всегда живут по месту такой регистрации. В отличие от граждан, которых штрафуют за нарушение правил регистрации, какого-либо административного наказания за несовпадение реального места нахождения организации с указанными в уставе прямо не предусмотрено. Проблема только одна – почтовая корреспонденция, направленная по указанному в уставе адресу, будет считаться полученной юридическим лицом независимо от того, удосужился ли кто-нибудь эту корреспонденцию получить и передать организации на самом деле. Серьезные неприятности могут возникнуть, если организация не получит, например, извещение из суда о рассмотрении спора с участием в организацию; организация будет считаться извещенной о судебном заседании, и дело рассмотрят без нее, не дожидаясь возражений и каких-либо аргументов со стороны данной организации. Также крайне неприятно вовремя не узнать о претензиях налоговых органов; некоторые узнают о таких претензиях только после того, как налоговый орган арестует банковский счет.

«Юридический адрес» – совершенно бессмысленное, но очень распространенное выражение. «Юридический адрес» часто указывают в документах наряду с «фактическим адресом», чтобы подчеркнуть, что это – разные адреса. Видимо, это выглядит лучше, чем прямо написать в документе «Наш ненастоящий адрес: ...» или «Нас там нет, но в уставе написано, будто бы наше место нахождения: ...».

Руководитель организации. Поскольку юридическое лицо физически не существует, то какие-либо реальные действия оно может совершать только через своих представителей – живых людей. В связи с этим остро стоит вопрос выяснения полномочий людей, действующих от имени организации.

Как правило, только одно лицо – руководитель, «единоличный исполнительный орган», поименованный в учредительных документах организации, может действовать от имени юридического лица непосредственно, без дове-

ренности. Титул такого лица, указанный в учредительных документах, может быть каким угодно: «генеральный директор» (наиболее распространенное название должности), «директор», «президент», «председатель правления» (банковская традиция), «руководитель дирекции» и т.д. Название должности, строго говоря, абсолютно ничего не значит. Совершенно обычная ситуация – несколько лиц в одной организации имеют так сказать звучные должности, например директор и президент. При этом может оказаться, что в уставе указан только директор, а президент – это должность, введенная в штатное расписание росчерком пера директора и не предусматривающая никаких полномочий (если только директор не делегировал свои полномочия путем предоставления доверенности – об этом см. «Доверенность», с. 182). В крайне редких случаях учредительные документы организации действительно предусматривают двух лиц (больше чем про двух авторы не слышали), действующих без доверенности. Понятно, что отсутствие четко очерченной границы между их полномочиями может привести к конфликтам и неразберихе.



Случай из юридической практики. Директор муниципального унитарного предприятия заключил договор аренды недвижимого имущества сроком на пять лет, предусматривающий уплату предприятием 10 тыс. руб. в месяц за арендуемое помещение. Спустя два года новый директор обратился в суд с иском о признании договора недействительным в связи с превышением полномочий предыдущим директором. Суд удовлетворил заявленное требование на основании ст. 23 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», согласно которой сделка, связанная с отчуждением имущества (в данном случае денег в сумме арендных платежей за весь период действия договора) на сумму, превышающую 10% уставного фонда предприятия, требовала согласия учредителя.

Надо помнить, что и полномочия предусмотренного уставом руководителя всегда не безграничны. Типичным ограничением является предельная сумма сделки, которая может быть заключена руководителем без одобрения вышестоящего органа управления (правления, совета директоров, общего собрания акционеров, единственного учредителя и т.п.). Ограничения могут быть очень жесткими, здесь не следует полагаться на здравый смысл,

а всегда необходимо проверять полномочия руководителя организации. Еще правильнее доверить эту работу юристам.

В приведенном выше примере ограничения установлены законом, а контрагенту следовало изучить устав предприятия на предмет размера уставного фонда.

Управляющая организация иногда может быть указана в учредительных документах юридического лица вместо руководителя. В этом случае действия от имени юридического лица совершает руководитель другой организации – управляющей организации, поименованной в учредительных документах юридического лица. В сущности это означает, что руководитель управляющей организации попросту совмещает должности руководителей в обоих юридических лицах, однако не вступая в трудовые отношения с одним из них.

Банковский счет не обязательный признак юридического лица, теоретически. Однако представить себе организацию, функционирующую без банковского счета, крайне трудно. Это связано с жесткими законодательными ограничениями на расчеты юридических лиц наличными деньгами. Ограничений по количеству банковских счетов, которые может открывать организация, нет.

Печать, штампы, бланки, эмблема – из всего перечисленного только печать является обязательным атрибутом юридического лица, да и то ее значение преувеличено. Если изучать законодательство на предмет упоминания печати, с трудом найдется десяток случаев, когда печать действительно необходима (если мы не говорим о государственных учреждениях). Среди них – выдача доверенности, открытие банковского счета (обязательный документ при этом – карточка с образцами подписей и оттиска печати организации), выдача чека для получения наличных денег в банке. Закон не требует проставления оттиска печати на договорах (даже на договоре продажи недвижимости), не говоря уже о письмах. Печать не требуется даже на счетах-фактурах, которые являются основанием для возмещения из бюджета НДС.

Однако обычаи делового оборота диктуют совсем другие правила использования печати: печать принято ставить на всех договорах.

Количество печатей не ограничено. Это может быть несколько идентичных печатей (получить несколько действительно идентичных печатей удастся, только изготовив их одновременно, по одному заказу) или разных печатей с разным режимом использования (например, с разными надписями, характеризующими такой режим – «для счетов-фактур», «отдел кадров», «канцелярия»).

Любая из разнообразных печатей организации должна содержать указание на юридическое лицо, позволяющее его однозначно идентифицировать: точное полное наименование организации и обычно общероссийский государственный регистрационный номер (ОГРН) или идентификационный номер налогоплательщика (ИНН). Всегда указывают место нахождения юридического лица (с точностью до населенного пункта или административного района в населенном пункте: «Россия, г. Москва» или «Россия, г. Нижний Новгород, Автозаводский р-н»). Кроме надписей печать может содержать изображение, назначение которого, как правило, повысить ее защищенность от подделки. Некоторые организации придают большое значение дизайну печати, размещению на ней логотипа, товарного знака. Цвет оттиска печати может быть любым. Встречаются двухцветные печати. Не рекомендуется применять черную печать (как и черные чернила для подписи на документах): этого не любят некоторые государственные органы, поскольку подозревают посетителей в том, что это не оригинальный оттиск печати, а ксерокопия (будто бы в наше время сложно сделать цветную копию или напечатать оттиск печати на цветном принтере).

Печать организации должна быть круглая. Печать иной формы называется штампом. Первоисточник такой классификации нам неизвестен.

Устарело представление о том, что печать должна «скреплять подпись», т.е. обязательно заходить на подпись и при этом быть проставленной обязательно на подписи (в смысле – позднее подписи). Криминалисты

безошибочно могут выяснить, в какой последовательности нанесены чернила авторучки и мастика печати, только в этом нет ровно никакого смысла.

Процесс введения в оборот печати организации следующий: руководитель организации (или наделенное соответствующими полномочиями лицо) утверждает эскиз печати, по которому печать заказывается в одной из многочисленных фирм, специализирующихся на изготовлении печатей и штампов. Никакого разрешения или регистрации печати не требуется, как это было в первые постсоветские годы. Можно издать регламент по использованию печатей с указанием ответственных за их хранение. По умолчанию подразумевается, что печать хранится у руководителя, хотя это тоже не регламентировано никаким законодательным актом.

Штамп, бланк, факсимиле, флаги организации и т.п. – это вопрос корпоративного стиля и организации офисной работы, не имеющий отношения к юридическим вопросам.

Фирменное наименование организации является интеллектуальной собственностью и с 1 января 2008 г. регламентируется частью четвертой ГК РФ. Наименование должно быть на русском языке (русскими буквами, хотя бы и транскрипция иностранных слов: «*Эйч-эс-би-си Банк (РР)*» (*Общество с ограниченной ответственностью*)) и содержать указание на организационно-правовую форму – ЗАО, ООО и т.д. Для некоторых юридических лиц обязательно указание на вид деятельности (банки, страховые организации). Установлен ряд ограничений на содержание фирменного наименования (нельзя использовать ни полностью, ни в сокращенном виде наименование «Российская Федерация», иностранных государств, государственных и муниципальных органов власти, международных организаций). У российской организации может быть только одно полное фирменное наименование, в отличие от организаций в некоторых других странах.

Запрещено также использовать в фирменном наименовании наименование другой, раньше зарегистрированной организации (или похожее до смешения наименование),

если организации занимаются аналогичными видами деятельности. В то же время можно встретить десятки организаций с абсолютно одинаковым наименованием. Это означает одно из двух: либо это взаимосвязанные организации, относящиеся к одному холдингу, группе, либо для этих организаций их наименование не представляет собой ценности. Компании, дорожащие своим наименованием, вправе в судебном порядке запретить любым другим юридическим лицам использовать его в отношении аналогичных видов деятельности. Права на фирменное наименование принадлежат той организации, которая первая зарегистрировала это наименование. Наименование регистрируется одновременно с регистрацией самого юридического лица (либо изменений в учредительные документы при изменении наименования уже существующего юридического лица) и не требует дополнительного оформления для его защиты.

1.4. Филиалы и представительства

Юридическое лицо вправе создавать свои территориально обособленные подразделения двух типов: **представительство**, которое представляет интересы юридического лица и осуществляют их защиту, и **филиал**, который осуществляет все или часть функций юридического лица, включая функции представительства. Другими словами, филиал занимается тем же самым, чем и головная организация: производственной деятельностью, розничной торговлей и т.п. Филиал обладает рядом атрибутов юридического лица, что связано с необходимостью ведения хозяйственной деятельности: филиал обычно имеет свою печать, свой банковский счет (точнее, это один из счетов юридического лица, которым распоряжается руководитель филиала). Филиал иногда даже договоры заключает от своего имени (в силу юридической неграмотности). Несмотря на то что стороной договора может быть указан филиал, договор заключается с головной организацией, а не с филиалом. За филиалом закреплено имущество, которое, разумеется, находится в собственности юридического лица.

Все это несколько сбивает с толку. Не всегда с ходу можно разобраться, что мы имеем дело с филиалом: в заблуждение может вводить еще и наименование филиала: *Байкальский Банк Сбербанка России*, например, это филиал *Акционерного коммерческого Сберегательного Банка Российской Федерации (открытое акционерное общество)*, а не банк в юридическом смысле.

Все филиалы и представительства юридического лица должны быть указаны в его учредительных документах. Руководитель филиала действует по доверенности. Юридическое лицо обязано встать на налоговый учет по месту нахождения филиала или представительства и платить налоги в соответствующие бюджеты по месту нахождения обособленных подразделений.

Надо иметь в виду, что для целей налогообложения даже одно **стационарное рабочее место** рассматривается как обособленное подразделение организации независимо от того, есть ли на него указание в учредительных документах. Стационарное означает существующее более одного месяца. Рабочее место – это то место, где должен находиться работник, находящийся в трудовых отношениях с организацией. Организация обязана встать на налоговый учет по месту нахождения такого рабочего места и платить часть налога на прибыль в соответствующий местный (региональный) бюджет.

1.5. Виды организаций

Все организации делятся на **коммерческие** и **некоммерческие**. Основной целью деятельности коммерческих организаций является извлечение прибыли. Эту прибыль коммерческие организации вправе распределять среди своих учредителей (участников, акционеров). Некоммерческие организации не вправе распределять прибыль среди своих учредителей. Но глубоким заблуждением было бы считать, что некоммерческие организации не вправе заниматься коммерческой, предпринимательской деятельностью. Закон гласит, что некоммерческие организации вправе заниматься предпринимательской деятельностью, поскольку таковая соответствует целям, ради которых они созданы. Провести грань между

предпринимательской деятельностью, соответствующей таким целям, и деятельностью, не соответствующей им, очевидно, еще сложнее, чем между предпринимательской и непредпринимательской деятельностью. Некоммерческие организации очень активно пользуются своим правом заниматься предпринимательской деятельностью.



Случай из юридической практики. Государственное учреждение Войсковая часть № XXXXX предлагало инвесторам заключить договор участия в долевом строительстве жилья. У юристов, проводивших анализ договора, вызвало сомнение право войсковой части заниматься строительством. Изучив устав учреждения, специалисты пришли к выводу, что оно действительно на законных основаниях выступает заказчиком строительства жилого дома для обеспечения квартирами офицерского состава части и вправе продать лишние квартиры.

Более того, некоторые виды деятельности, например образовательную деятельность, могут осуществлять только некоммерческие организации.

Таким образом, на практике главное отличие некоммерческих организаций от коммерческих заключается в их *«специальной правоспособности»*, т.е. в более ограниченных правах на заключение сделок.

Имея дело с коммерческой организацией, можно не беспокоиться о праве организации на заключение того или иного договора, практически любой договор можно смело заключать (не забывая лишь о проверке полномочий лица, которое этот договор подписывает; см. *«Руководитель организации»*, с. 19). При заключении договора с некоммерческими организациями надо задаться вопросом: а имеет ли право эта организация вообще заключать такой договор?

1.5.1. Коммерческие организации

Организационно-правовые формы юридических лиц представлены на рис. 1 (коммерческие организации) и на рис. 2 (некоммерческие организации). Подавляющее количество существующих юридических лиц зарегистрированы в форме хозяйственных обществ, а именно – обществ с ограниченной ответственностью, реже – акционерных обществ.

Общество с ограниченной ответственностью (ООО)

Это основная форма предпринимательской деятельности, 3/4 всех юридических лиц зарегистрированы в этой форме (3,1 млн по состоянию на конец 2009 г.) Практически любой бизнес может быть организован в форме ООО, причем не только малый бизнес, но и очень крупные предприятия – заводы, страховые компании, банки: *Коммерческий банк «Дж. П. Морган Банк Интернешнл» (общество с ограниченной ответственностью)*, юридические фирмы: *ООО «Пепеляев, Гольцблат и партнеры»*, строительные компании и т.д.

Основными достоинствами этой формы являются простота процедур создания и управления, минимум обязательной отчетности. ООО является аналогом таких зарубежных организаций, как *private corporation* и *private company* в США, *private limited company (PLC)* в Великобритании, *GmbH* в Германии. В большинстве других стран аналогичные образования также содержат указание на ограниченную ответственность учредителей («limited», «Ltd.»).

Идея такого рода компаний в разных странах – это закрытый частный (часто семейный) бизнес, подразумевающий небольшое количество учредителей и доверительные отношения между ними (законом предусмотрено ограничение количества участников – не более 50, но в действительности это чаще всего один или до четырех учредителей). Доверие между учредителями необходимо хотя бы потому, что права учредителей защищены плохо. В отличие от акционерных обществ, здесь не прописаны детально процедуры проведения **общего собрания участников** – высшего органа управления обществом. Возможность ознакомления учредителя с документами общества практически не предусмотрена законом и отнесена на усмотрение автора устава. Более того, участник ООО в некоторых случаях может быть исключен из общества решением суда по иску других участников, о чем мало кто помнит.

Далее будут рассмотрены основные процедуры, связанные с созданием, функционированием, реорганизацией и ликвидацией организаций на примере ООО. В отношении других, реже встречающихся видов юридических лиц мы ограничимся только указанием на существенные отличия от ООО.



Рис. 1. Организационно-правовые формы юридических лиц (коммерческие организации)

производственные кооперативы

Сельскохозяйственные производственные кооперативы (СПК)

- сельскохозяйственная артель (колхоз)
- рыболовецкая артель (колхоз)
- кооперативное хозяйство (коопхоз)

Прочие производственные кооперативы

унитарные предприятия

Унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения

- федеральное государственное унитарное предприятие (ФГУП)
- государственное предприятие субъекта РФ (ГУП)
- муниципальное унитарное предприятие субъекта РФ (МУП)

Унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления

- федеральное казенное предприятие (ФКП)
- казенное предприятие субъекта РФ
- муниципальное казенное предприятие

Учредительным документом ООО является устав, который содержит основные сведения о юридическом лице: наименование, место нахождения и почтовый адрес, цели и виды деятельности, размер уставного капитала, наименование и полномочия руководителя организации (как правило, именуемого генеральным директором), порядок принятия решений общим собранием участников и ряд других не столь существенных положений. Большей частью устав любой организации переписывает положения закона (в данном случае Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Юристы, изучая устав, читают примерно 5% его содержания. Главное – найти те страницы, где изложена действительно существенная информация. Учредители общества при его создании утверждают устав, что фиксируется в протоколе собрания учредителей (если учредитель один, то – в его решении). Одновременно учредители должны решить вопрос о назначении руководителя юридического лица, что также отражается в протоколе (решении).

Общество (как и любое другое юридическое лицо) считается созданным с момента его **государственной регистрации**. Регистрацию юридических лиц осуществляют инспекции Федеральной налоговой службы (ИФНС), как правило, по месту нахождения юридического лица, указанному в уставе, в Москве функцию первичной регистрации юридических лиц выполняет только одна – ИФНС № 46. Государственная регистрация заключается в том, что ИФНС присваивает юридическому лицу уникальный номер – общероссийский государственный регистрационный номер и вносит сведения о юридическом лице в Единый государственный реестр юридических лиц (ЕГРЮЛ). Этот Реестр действительно единый, представляет собой всероссийскую электронную базу данных и содержит информацию обо всех существующих в России юридических лицах. Эта информация в основном открыта. Минимум сведений из ЕГРЮЛ можно почерпнуть на сайте Федеральной налоговой службы: <http://egrul.nalog.ru/fns>, более подробную информацию можно получить по письменному запросу с уплатой госпошлины.

Для учредителей юридического лица государственная регистрация заключается в том, что в обмен на сданные в ИФНС протокол (или решение единственного учредителя), устав, заявление о регистрации и квитанцию об уплате госпошлины они через пять рабочих дней получают свидетельство о государственной регистрации юридического лица с указанием ОГРН, выписку из ЕГРЮЛ, а также копию устава, удостоверенную штампом ИФНС (мы немного упрощаем процедуру и список необходимых документов). Одновременно юридическое лицо учитывается налоговыми органами как налогоплательщик, о чем выдается соответствующее свидетельство с указанием присвоенного организации еще одного уникального в масштабах страны номера – идентификационного номера налогоплательщика (ИНН). С некоторой задержкой общество регистрируется в качестве страхователя в Пенсионном фонде РФ, Фонде социального страхования и Фонде обязательного медицинского страхования в качестве страхователя (плательщика соответствующих обязательных взносов), а также вносится в Статистический регистр хозяйствующих субъектов Федеральной службы государственной статистики (Росстат), что подтверждается письмом с указанием на присвоенные организации статистические коды (ОКПО, ОКВЭД и т.д.). Эти четыре регистрации происходят без участия учредителей и вновь созданного общества, налоговая служба сама направляет документы в соответствующие органы.

Учредительными документами в широком смысле (не строго в юридическом) можно назвать устав, протокол о назначении руководителя организации (не только первый, подписанный при учреждении организации, но и последний – о назначении действующего в настоящий момент руководителя), свидетельство о государственной регистрации, свидетельство о постановке на налоговый учет, выписка из ЕГРЮЛ (обычно требуется выписка, выданная не ранее чем 14 дней назад), и иногда упомянутое письмо Росстата. Учредительные документы в этом смысле – минимальный пакет документов, без которого невозможно совершить ни одного значимого действия ни в одном государственном органе, в банке, у нотариуса;

грамотный контрагент без этого пакета документов тоже не будет подписывать никакого договора с такой организацией.

С момента государственной регистрации ООО его учредители становятся участниками общества, и им принадлежит довольно специфическое имущество – доли в уставном капитале ООО. Понять природу долей в уставном капитале можно, проведя аналогию между долями и акциями, на которые разделен уставный капитал акционерных обществ. Доля и акция предоставляют примерно одинаковые права своим обладателям: право на участие в управлении обществом, право на получение части прибыли общества (в акционерных обществах – дивидендов), право на получение части имущества, оставшегося после ликвидации общества, и некоторые другие права. Однако отличие доли от акции существенно.

В отличие от обыкновенных акций общества, каждая из которых представляет собой одинаковую часть уставного капитала акционерного общества, имеет один номинал и предоставляет абсолютно одинаковые права, доли в уставном капитале могут распределяться между учредителями как угодно и не обязательно равны друг другу, например $1/2$, $1/4$ и $1/4$ или 15%, 30 и 55% (в сумме, конечно, они должны составлять 1, или 100%).

Доля в уставном капитале, как и акция, может быть продана, подарена, заложена, передана по наследству. Однако процедура перехода доли от одного собственника к другому существенно сложнее, чем процедура передачи акции. Как правило, требуется удостоверенный нотариусом договор между прежним владельцем доли и ее новым собственником. На основании договора вносятся изменения в ЕГРЮЛ, который содержит информацию обо всех участниках общества и принадлежащих им долях в уставном капитале, а также в список участников ООО, который ведет руководитель общества. Более того, при отчуждении доли, как правило, другие участники общества имеют преимущественное право на ее приобретение, т.е. продать долю нельзя, предварительно не предложив ее приобрести на этих же условиях другим участникам. Уставом общества продажа доли вообще может быть запрещена без согласия других участников.

Ошибкой является проводимая иногда аналогия между долей в уставном капитале ООО и долей в праве собственности на вещь, скажем, объект недвижимости. Эта аналогия зиждется исключительно на одном слове «доля». В частности, глубоким заблуждением некоторых владельцев доли в уставном капитале ООО является убеждение в том, что они могут выделить и забрать часть имущества ООО, пропорциональную их доле. Если долю в праве собственности на вещь действительно можно выделить в натуре по требованию совладельца (если только это физически возможно, что бывает реже, чем кажется; см. «Общая собственность», с. 110), то долю в уставном капитале выделить невозможно. Можно только выйти из общества и потребовать выплаты стоимости своей доли деньгами (если это позволяет устав).

После государственной регистрации, изготовления печати (или нескольких печатей) и открытия расчетных счетов ООО может начинать предпринимательскую деятельность: нанимать персонал, заключать сделки, осуществлять расчеты. Жизненному циклу организации (рождение – развитие – зрелость – упадок) условно можно поставить в соответствие такие организационно-правовые процедуры, как государственная регистрация – реорганизация – ликвидация. Рассмотрим поподробнее эти процедуры. При этом мы выйдем за пределы обсуждения исключительно ООО и рассмотрим общие правила для реорганизации и ликвидации организаций.

Реорганизация ООО (как и любого другого юридического лица) возможна в следующих формах: **слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование**. Эти формы во многом говорят сами за себя.

Термин **слияние** вполне соответствует понятию слияния в общепринятом смысле – объединение бизнесов. Хотя, как известно, на самом деле слиянием часто называют поглощения в гуманных целях сохранения лица руководства и собственников поглощаемого бизнеса. В узкоюридическом смысле слияние означает, что вместо двух или более юридических лиц образуется одно новое юридическое лицо – новое, кроме всего прочего,

в том смысле, что у него новый ОГРН и ИНН. Участвующие в слиянии юридические лица ликвидируются. Записи о регистрации нового юридического лица и ликвидации старых вносятся в ЕГРЮЛ одновременно. К новому юридическому лицу автоматически переходят абсолютно все права и обязательства старого, даже если они не были отражены в балансе и передаточном акте, которым оформлена передача активов от старых организаций к новой. Это касается как прав на имущество, задолженности контрагентов («дебиторка»), так и всякого рода обязательств – договорных, налоговых, спорных, связанных с причинением кому-либо ущерба и т.п. Слияние ни в коем случае не может помочь избавиться, например, от претензий клиентов, возникших до реорганизации. Любые контрагенты совершенно свободны в предъявлении судебных исков к новому юридическому лицу по своим претензиям к любой из «слившихся» организаций.

Ключевой вопрос, возникающий при слиянии организаций, состав собственников (точнее, учредителей, участников, акционеров) которых неоднороден, заключается в том, кто какую долю (какое количество акций) получит во вновь образуемом юридическом лице. Снова следует пояснить, что здесь никакой роли не играет размер уставного капитала или номинальная стоимость акций. Например, сливаются два ООО, у каждого из которых уставный капитал составляет 10 тыс. руб., и по одному учредителю, образуя ООО с уставным капиталом 20 тыс. руб. Это вовсе не значит, что в новом ООО доли учредителей объединившихся организаций должны быть равными. Поскольку активы и финансовое состояние организаций может быть совершенно разное, то участники нового ООО могут совершенно по-разному оценивать свой вклад в новое ООО. Собственно, юридически это вообще никакого отношения не имеет к оценке активов и бизнеса: распределение долей в новой организации исключительно вопрос договоренностей учредителей.

Присоединение (соответствует неюридическому понятию «поглощение», хотя реальные поглощения бизнесов на рынке совсем не обязательно оформляются таким образом) отличается от слияния только тем, что не возникает нового юридического лица, а сохраняется одна из

объединяющихся организаций, к которой переходит все имущество ликвидируемых (присоединяемых) юридических лиц, все права и обязательства. Все сказанное выше для слияния справедливо и для присоединения.

Разделение – процесс обратный процессу слияния: вместо одной ликвидируемой организации возникает несколько новых.

Не возникает вопроса о долях учредителей в новых организациях: понятно, что в каждой организации распределение долей (акций) между участниками такое же, как и в старой, ликвидируемой организации. В то же время участники параллельно могут договориться о продаже друг другу долей во вновь создаваемых организациях и оформить это одновременно с разделением, поэтому на практике вполне может оказаться, что по итогам завершения реорганизации состав учредителей вновь образуемых организаций не одинаков, например, два участника ООО разделили бизнес и стали единственными участниками вновь образованных ООО.

При разделении возникает очень каверзный вопрос с правопреемством. Согласно закону права и обязанности ликвидируемого юридического лица переходят к новым организациям «согласно разделительному балансу», т.е. подразумевается, что если одной из вновь созданных при разделении организаций передано некоторое имущество (балансовые активы), то в той же пропорции должны перейти и обязательства (пассивы). Но мы-то знаем, что качество активов может очень и очень различаться и не совпадать с их балансовой стоимостью: нам известно, что часть задолженности не будет погашена из-за несостоятельности должника (хотя процедура банкротства еще не введена и по документам об этом судить невозможно); какой-то объект недвижимости сильно недооценен в сравнении с балансовой ценой в связи с бурным ростом цен на недвижимость после его покупки; а какая-нибудь встроенная мебель переоценена, потому что учтена бухгалтерией по цене приобретения, но продать ее за эту цену невозможно, и т.п. Таким образом, творчески подойдя к подготовке разделительного баланса, многим удастся наделить одно из создаваемых при разделении юридических лиц совершенно неликвидным имуществом,

не покрывающим переданные этому же юридическому лицу долги. Тем более такой механизм работает, если это не отраженная в балансе задолженность, а лишь потенциальные обязательства, риски возникновения таких обязательств (например, крупные штрафные санкции, ожидаемые в будущем по результатам судебного разбирательства).

Мы подробнее остановились на махинациях с разделительным балансом, потому что видим в этом основной смысл юридических процедур разделения и выделения, реализуемых на практике. Дело в том, что, выделяя (разделяя) бизнес, в действительности его участники обычно предпочитают все-таки создать новое юридическое лицо (дочернюю организацию, возможно), чтобы, так сказать, начать жизнь с чистого листа и не нести риска претензий за деятельность старой компании (может быть, даже за ошибки в бухгалтерском учете), который сохраняется при разделении и выделении юридического лица.

Выделение – процесс, обратный процессу присоединения: сохраняется организация, которая существовала до реорганизации, и возникает новая организация (или несколько организаций), пассивы и активы которых определяются разделительным балансом. Все что описано выше для процедуры разделения, справедливо и для процедуры выделения.



Случай из юридической практики. С 2000 г. десятки тысяч американцев, проживающих в построенных с использованием асбеста домах, предъявили иски к строительным компаниям на общую сумму около 200 млрд долл. В случае проигрыша судебного процесса многим из таких компаний грозило банкротство. Распространенным способом контроля этих рисков явилось выделение компании, к которой перешли обязательства по всем подобным претензиям (как предъявленным, так и еще не предъявленным). Активы, которыми наделялась такая компания при выделении, определяла максимальную сумму, подлежащую выплате по всем удовлетворенным судом претензиям подобного рода.

Преобразование – простейшая форма реорганизации: одно юридическое лицо ликвидируется одновременно с регистрацией нового юридического лица, к которому переходят все права и обязанности ликвидированного.

Смысл такой процедуры – в изменении организационно-правовой формы: ООО преобразовывается в открытое акционерное общество, например, чтобы выпустить в свободное обращение свои акции. Возможности преобразования ограничены законом. Так, ООО может преобразоваться только в акционерное общество или производственный кооператив.

Не является преобразованием и реорганизацией изменение типа акционерного общества – из закрытого акционерного общества в открытое акционерное общество и наоборот.

С реорганизацией не следует путать **изменение наименования** юридического лица. Изменение наименования – это не более чем внесение изменений в устав организации, никоим образом не связанное с ликвидацией или возникновением нового юридического лица, поэтому и о правопреемстве не может быть речи. Уникальные номера – ИНН и ОГРН – при переименовании остаются прежними (в отличие от преобразования), что позволяет легко идентифицировать организацию и не может никого ввести в заблуждение.

При изменении наименования организации следует иметь в виду следующую за этим немалую работу по внесению изменений во многие другие (кроме устава) документы – от новых печатей и карточек с образцами подписей и оттиска печати в банках до свидетельств о регистрации прав на недвижимость и прочие документы, подтверждающие те или иные права. В целом возникает постоянная проблема, как и у сменивших фамилию людей, – необходимо постоянно доказывать, что документы со старым наименованием имеют отношение к настоящей организации.

Под **ликвидацией юридического лица** по умолчанию подразумевается ликвидация «без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам», т.е. не та ликвидация, которая сопровождает процесс реорганизации и осуществляется с одновременной регистрацией новых юридических лиц, к которым кредиторы ликвидированной организации могут предъявить свои претензии. При этой ликвидации, о которой идет

речь, кредиторам некуда обратиться, если они вовремя не предъявили своих требований к ликвидированной организации. Можно выделить три способа такой ликвидации. Условно назовем их: ликвидация при отсутствии претензий кредиторов, банкротство и исключение юридического лица из ЕГРЮЛ.

Ликвидация при отсутствии претензий кредиторов осуществляется по решению учредителей такой организации, а в некоторых случаях – по решению суда. Ликвидация – это достаточно длительная процедура. Решением о ликвидации организации назначается ликвидатор – единоличный руководитель организации на период процедуры ликвидации или ликвидационная комиссия. Сведения о начале процедуры ликвидации вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц и публикуются в журнале «Вестник государственной регистрации». В публикации указывается порядок и срок предъявления требований кредиторами. Этот срок не может быть меньше двух месяцев.

По истечении срока предъявления требований кредиторов составляется промежуточный ликвидационный баланс, содержащий сведения об активах организации и предъявленных кредиторами требованиях. Только в случае достаточности имущества организации для расчетов с кредиторами возможно завершение ликвидации.

После расчетов со всеми кредиторами составляется ликвидационный баланс организации. Оставшееся после расчетов с кредиторами имущество распределяется между учредителями (участниками, акционерами). Документы организации сдаются на хранение в государственный архив (за плату). В налоговые органы подается заявление по утвержденной форме с приложениями, подтверждающими соблюдение вышеописанной процедуры. На основании такого заявления налоговые органы вносят в ЕГРЮЛ запись о ликвидации организации.

Даже из столь краткого описания процедуры ясно, что она требует значительного времени, труда квалифицированных специалистов и средств, а мысли о ликвидации обычно приходят в голову тогда, когда денег уже нет. Но главное, что делает процедуру ликвидации юридического лица непривлекательной, – это выездная

проверка налоговой инспекции, по результатам которой претензии таких кредиторов, как бюджеты разных уровней и внебюджетных фондов, могут превысить ожидания ликвидируемой организации и ее активы. Все это делает процедуру ликвидации юридического лица крайне малопривлекательной и довольно редкой.

Банкротство – процедура ликвидации юридического лица, сопровождаемая списанием долгов перед кредиторами (в том числе и перед бюджетом). Банкротство может быть инициировано учредителями юридического лица, кредиторами или ликвидатором (ликвидационной комиссией), если в ходе описанной процедуры ликвидации выяснилось, что имущества организации недостаточно для расчетов с кредиторами. Надо заметить, что кредитору для инициирования процедуры банкротства достаточно иметь решение суда о взыскании с должника 100 тыс. руб. (правда, в эту сумму не должны включаться штрафные санкции).

Процедура банкротства инициируется путем подачи соответствующего заявления в арбитражный суд по месту нахождения организации. Арбитражный суд, признав заявление обоснованным, вводит одну из предусмотренных Федеральным законом от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» процедур. Одновременно суд назначает внешнего управляющего – лицо, к которому, в сущности, переходят полномочия руководителя организации.

Очень упрощенно и в самых общих чертах охарактеризовать процедуру банкротства можно следующим образом. Это весьма дорогостоящая и длительная по срокам процедура (в среднем около двух лет). С точки зрения структуры управления организацией место учредителей (участников, акционеров) занимают кредиторы. Принципиальные вопросы в процедуре банкротства решаются собранием кредиторов путем голосования, простым большинством голосов. При этом количество голосов кредитора пропорционально сумме его требований к организации (без учета штрафных санкций и процентов). Таким образом, кредитор, которому принадлежит более 50% общей кредиторской задолженности организации-банкрота, почти полностью контролирует процедуру банкротства,

в частности определяя кандидатуру внешнего управляющего. В настоящее время частные кредиторы и бюджет уравниваются в своих правах как при голосовании на собраниях кредиторов, так и в очередности удовлетворения своих денежных требований.

Процедура банкротства сегодня весьма популярна как у кредиторов, так и у должников. Кредиторы торопятся ввести процедуру банкротства, чтобы назначить подконтрольного внешнего управляющего ради доступа к активам должника и пресечения злоупотреблений, направленных на сокрытие имущества от кредиторов. Должник инициирует процедуру банкротства, чтобы ввести мораторий на взыскание кредиторской задолженности (судебные приставы-исполнители не могут изымать имущество должника после введения процедуры банкротства) и получить передышку в надежде сохранить бизнес, поправить финансовое состояние и рассчитаться с кредиторами позже.

Барьером на пути к процедуре банкротства опять же являются немалые денежные затраты. Минимальное ежемесячное вознаграждение арбитражного управляющего, например, составляет 45 тыс. руб., что меньше половины всех расходов. Кредитору при обращении в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом следует иметь в виду, что при недостаточности имущества должника для покрытия таких расходов эти расходы придется нести ему.

Исключение юридического лица, прекратившего свою деятельность, из ЕГРЮЛ по решению налоговых органов – такая процедура была введена в 2005 г. (ст. 21.1 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»). Смысл ее в том, чтобы очистить ЕГРЮЛ от миллионов, фактически не существующих организаций. Критерий прекращения деятельности очень прост: в течение одного года организация не сдает налоговую отчетность и не осуществляет операций ни по одному банковскому счету. При этих условиях организация просто исключается из ЕГРЮЛ через три месяца после соответствующей публикации, если за это время не поступило заявлений от кредиторов.

Казалось бы, замечательный способ бесплатно ликвидировать юридическое лицо – закрыть все банковские счета и перестать сдавать налоговую отчетность. Однако поведение налоговых органов не вполне предсказуемо. Во-первых, руководителя организации, скорее всего, оштрафуют за непредоставление налоговой отчетности. Во-вторых, никто не запрещает налоговым органам все-таки провести выездную налоговую проверку со всеми вытекающими последствиями. В-третьих, если за организацией числится хотя бы копеечная задолженность перед бюджетом, налоговые органы не исключают организацию из ЕГРЮЛ.

Как же на самом деле ликвидируют юридические лица, если говорить честно, после нескольких страниц описания юридических процедур?

В действительности легко найти компанию, которая за вполне умеренную плату (платите вы, разумеется, а не вам платят) купит у вас ставшую обузой организацию: т.е. вы продаете долю в ООО какому-либо гражданину, который станет директором ООО, неся всю ответственность за последующую деятельность организации. Прежние собственники и руководитель организации больше не имеют к ней никакого отношения и могут о ней забыть. Компания, которая купила у вас юридическое лицо, скорее всего, осуществит процедуру слияния этого юридического лица и десятков ему подобных с образованием юридического лица, зарегистрированного, например, в Чукотском автономном округе, и назначит директором оленевода из тундры.

Чтобы доказать, что именно такой способ ликвидации организации предпочитают на практике их владельцы, достаточно сказать, что в начале 2009 г. из 4 млн зарегистрированных в ЕГРЮЛ юридических лиц 3,5 млн фактически прекратили свою деятельность, но не были исключены из реестра.

Акционерные общества

Открытое акционерное общество (ОАО) – единственная организация, обладающая правом объявлять открытую подписку на свои акции, которая становится

все более популярным способом привлечения капитала. В бизнес-литературе это называется IPO (англ., от Initial Public Offer). Это единственная организация, акции которой могут свободно обращаться и котируются на бирже. Пример такой организации – *Акционерный Коммерческий Сберегательный Банк Российской Федерации (ОАО)*.

Акционерное общество, акции которого торгуются на бирже, – аналог англо-американской «публичной» компании (Public company, Public corporation). В свободном обращении и котировке акций заключается сущность, основной смысл такой организационно-правовой формы, как ОАО, хотя существует множество ОАО, акции которых не только не котируются на бирже, но и принадлежат одному акционеру. Некоторым бизнесменам кажется, что «открытое акционерное общество» звучит солиднее, чем «общество с ограниченной ответственностью». Такие иллюзии довольно дорого стоят: акционерное общество, в отличие от всех других организаций, имеет дополнительный надзорный орган в лице ФСФР (Федеральной службы по финансовым рынкам), в который обязано сдавать объемную отчетность. ОАО также вынуждено раскрывать информацию о своей деятельности в Интернете; платить лицензированной организации за ведение ее реестра акционеров или, если акционеров менее 50, может вести реестр самостоятельно, но обязано нанять для этого сертифицированного специалиста.

Процедура государственной регистрации акционерного общества не отличается от регистрации ООО. Однако после внесения в ЕГРЮЛ акционерное общество обязано зарегистрировать в ФСФР такие документы, как решение о выпуске акций (проспект акций) и отчет об итогах размещения выпуска акций, что является существенно более сложной и дорогостоящей процедурой. Отсутствие зарегистрированного выпуска акций не является препятствием для хозяйственной деятельности акционерного общества, однако до такой регистрации невозможны сделки с акциями общества.

Акции акционерного общества имеют двоякую юридическую природу. С одной стороны, акция – это ценная

бумага, имущество, обладающее довольно специфическими свойствами. Об этом см. «Акции», с. 85.

С другой стороны, с точки зрения управления обществом акция – это аналог доли в уставном капитале ООО. Как уставный капитал ООО разделен на доли, принадлежащие его участникам, так и уставный капитал акционерного общества разделен на акции, принадлежащие акционерам. С момента государственной регистрации акционерного общества его учредители становятся собственниками акций – акционерами. Обыкновенная акция всегда составляет одинаковую долю уставного капитала. Например, уставный капитал, составляющий 100 тыс. руб. (это минимальный уставный капитал для ОАО) может быть разделен на 10 млн акций номинальной стоимостью 1 коп. Номинальная стоимость акции, по определению, это размер уставного капитала, разделенный на количество акций. Соответственно номинальная стоимость акции практически также ничего не значит, как и размер уставного капитала. Это легко понять, если вспомнить деноминацию 1997 г.: номинальная стоимость акций, как и любые другие номинальные цены, уменьшилась в 1000 раз. Появились, кстати, акции, номинальная стоимость которых оказалась меньше 1 коп., например 0,06 коп. Это, разумеется, никак не сказалось на биржевой стоимости акций, номинированной, например, в долларах США.

Обыкновенные акции, как известно, предоставляют право на участие акционера в управлении обществом посредством участия в высшем органе управления – общем собрании акционеров. Количество голосов, принадлежащих акционеру при голосовании на общем собрании акционеров, пропорционально количеству принадлежащих акционеру акций. Однако нельзя сказать, что у всех акционеров равные права. Из приведенной ниже таблицы видно, что чем больше акций у акционера (в процентах от уставного капитала, т.е. от общего объема размещенных акций), тем больше у него дополнительных правомочий, недоступных другим акционерам.

В таблице напротив размера пакета акций (1%, например) указаны дополнительные полномочия, которыми акционер обладает вдобавок ко всем ранее указанным в таблице полномочиям.

*Все акционеры
равны, но владе-
лец контрольного
пакета намного
равнее*

Таблица 1

Права владельца обыкновенных акций

Пакет акций	Дополнительные полномочия
Менее 1% акций:	• право на получение дивидендов; • право на получение доли имущества общества при его ликвидации; • право на участие в собрании акционеров; • право на ознакомление с документами общества (кроме бухгалтерских)
1%	• право затребовать список акционеров (без номинальных держателей и доверительных управляющих, без адресов акционеров)
2%	• право вносить вопросы в повестку дня годового общего собрания акционеров, а также выдвигать кандидатуры в совет директоров, исполнительный орган и ревизионную комиссию
10%	• право требовать созыва внеочередного общего собрания акционеров с любой повесткой дня и кандидатурами в совет директоров, исполнительные органы и ревизионную комиссию; • в случае отказа в созыве общего собрания акционеров может истребовать список акционеров (с указанием адресов) и созвать собрание самостоятельно
25%	• доступ к первичным бухгалтерским документам
25% + 1 акция	• «блокирующий пакет» – позволяет блокировать решения о дополнительном выпуске акций, изменениях в устав, ликвидации и реорганизации общества, некоторые другие вопросы, требующие 75% голосов на общем собрании акционеров
30%	• «малый контрольный пакет» – кворум для проведения повторного собрания акционеров, если первое созываемое общее собрание акционеров не состоялось из-за низкой явки акционеров (менее 50%)
50% + 1 акция	• «контрольный пакет» – позволяет решать любые вопросы, кроме тех, которые по закону или уставу требуют большего количества голосов; • позволяет формировать большинство в совете директоров; • позволяет формировать исполнительный орган; • позволяет формировать ревизионную комиссию
75%	• «большой контрольный пакет» – позволяет принимать решения, требующие 3/4 голосов, в частности решения о дополнительной эмиссии акций
95%	• право принудительно выкупить акции у всех остальных акционеров

Кроме обыкновенных акций акционерное общество вправе выпускать *привилегированные акции* – акции без права голоса, но с фиксированными ежегодными дивидендами. Такие акции «превращаются» в обыкновенные, голосующие акции, если их владельцам за очередной срок не выплачена предусмотренная уставом сумма дивидендов. Финансисты склонны оценивать такие акции скорее как заемные обязательства с периодической выплатой процентов.

Реорганизация и ликвидация акционерного общества осуществляется, в целом, по тем же правилам, что и ранее описанная реорганизация ООО, но в дополнение

к описанным процедурам сопровождается регистрацией выпусков акций вновь создаваемых организаций и аннулированием выпусков акций ликвидируемых акционерных обществ.

Закрытое акционерное общество (ЗАО) принципиально отличается от ОАО только тем, что при продаже акций посторонним лицам (не являющимся акционерами) у других акционеров возникает преимущественное право приобретения таких акций. Продавец акций предварительно, до заключения сделки, обязан уведомить руководство ЗАО (а оно – всех акционеров) о возможности приобретения акций по цене предложения третьим лицам. Только если никто из акционеров не изъявил желания купить акции, они могут быть проданы постороннему лицу. Такая процедура, конечно, сильно затрудняет свободное обращение акций и делает их менее ликвидными. Кстати и число акционеров ЗАО, в отличие от ОАО, ограничено – акционеров не может быть более 50.

Впрочем, преимущественное право других акционеров легко обходится: продавец может подарить одну акцию потенциальному покупателю. При дарении преимущественное право акционеров не действует. Получатель такого подарка становится акционером и покупает остальные акции без осложнений: акции ЗАО без ограничений могут продаваться одним акционером другому акционеру.

К преимуществам ЗАО можно отнести существенно меньшие объемы отчетности в ФСФР и информации, подлежащей раскрытию. В частности, ЗАО не обязано раскрывать своих крупных акционеров, в отличие от ОАО. Таким образом, ЗАО – это наиболее удобная форма юридического лица для того, кто хочет скрыть его владельцев, особенно в том случае, когда ЗАО само ведет свой реестр акционеров, – риск утечки информации минимален; см. «Акции», с. 85. (к слову, информация об участниках ООО вообще находится в открытом доступе: любой желающий может получить ее в ЕГРЮЛ).

ЗАО по сути своей некоторая промежуточная форма между ОАО и ООО, необходимость которой поставлена под сомнение давно блуждающим в коридорах власти законопроект о ее отмене.

Рассмотрение закрытых акционерных обществ следует завершить упоминанием одной их экзотической разновидности: **акционерное общество работников (народное предприятие)**. В Федеральном законе от 19.07.1998 № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» предпринимались попытки воплотить некую коммунистическую идею свободных тружеников, являющихся хозяевами своего предприятия. 75% народного предприятия должно принадлежать его работникам, причем одному работнику не может принадлежать более 5% акций. При увольнении работник обязан продать предприятию свои акции. Новый работник наделяется акциями предприятия, если он проработал на нем не менее трех месяцев. Наименование такого акционерного общества содержит указание на его форму, например: *Закрытое акционерное общество работников (народное предприятие) «Светлый путь»*, или сокращенно *ЗАОр (народное предприятие) «Светлый путь»*.

Потребность в такой форме юридического лица весьма сомнительна. С одной стороны, она крайне редко востребована на практике, а с другой стороны, похожа по своей идее на производственный кооператив.

Производственные кооперативы

Производственный кооператив – объединение граждан, основанное на их личном трудовом участии и объединении имущественных паевых взносов. В сущности это то, что раньше называлось колхозом (коллективным хозяйством). Более того, Федеральный закон от 18.12.1995 № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» реанимировал само слово «колхоз» и предусматривает три разновидности сельскохозяйственных производственных кооперативов (СПК): 1) сельскохозяйственная артель (колхоз); 2) рыболовецкая артель (колхоз) и 3) кооперативное хозяйство (коопхоз).

Член кооператива обязан трудиться в нем. Прибыль кооператива распределяется в соответствии с трудовым участием его членов, а не имущественным взносом. Если член кооператива уклоняется от трудового участия в его деятельности, то он может быть исключен из кооператива

с выплатой ему стоимости пая или с возвратом пая в натуре (например, внесенного им в качестве пая земельного участка).

Хозяйственные товарищества

О данной разновидности юридических лиц скажем кратко, так как данная форма не столь широко используется.

Прежде всего не следует путать рассматриваемое товарищество с такой архаичной формой, как «товарищество с ограниченной ответственностью», существовавшей до 1994 г. и переименованной в «общество с ограниченной ответственностью». Действующим законодательством предусмотрены два подвида хозяйственного товарищества: полное товарищество и товарищество на вере (командитное товарищество).

Полное товарищество – организация, учредители (участники) которой всем своим имуществом отвечают по ее долгам. Этого достаточно, чтобы понять, что такая форма организации мало привлекательна, тем более что полные товарищества не обладают какими-либо налоговыми преференциями и теми преимуществами, которыми обладает индивидуальный предприниматель *(о плюсах и минусах предпринимательской деятельности гражданина см. на с. 12)*.

Из полной ответственности участника по долгам логично вытекает, что одно лицо может быть участником только одного товарищества, и это, конечно, дополнительно ограничивает свободу предпринимательской и инвестиционной деятельности.

Товарищество предполагает, что все его участники активно участвуют в его делах, в товариществе даже нет исполнительного органа (директора); его функции выполняет один из участников, т.е. в результате рискованной сделки, заключенной одним участником, другой участник может лишиться всего своего личного имущества! В конце концов, полное товарищество во многом может быть заменено простым договором между компаньонами, не влекущим создания самостоятельного юридического лица, который так и называется – договор простого товарищества (или договор о совместной деятельности).

Товарищество на вере (коммандитное товарищество) отличается от полного товарищества тем, что не все участники несут полную ответственность по долгам товарищества. Так, с точки зрения одних участников – полных товарищей организация представляет собой полное товарищество, а с точки зрения других – вкладчиков (или коммандитистов) это ООО. Вкладчики не отвечают по долгам коммандитного товарищества и при банкротстве теряют лишь свою долю в складочном капитале.

Общество с дополнительной ответственностью (ОДО) тоже придется упомянуть, чтобы коснуться всех форм юридических лиц, возможных в частном предпринимательстве по действующему законодательству.

Общество с дополнительной ответственностью отличается от ООО только тем, что при банкротстве такой организации ее учредители (участники) несут ответственность по долгам в пределах суммы, указанной в уставе организации. Например, с единственного учредителя обанкротившегося ОДО с уставным капиталом 10 тыс. руб. в соответствии с уставом может быть взыскано дополнительно еще 10 тыс. руб. (имеется в виду дополнительно к тем 10 тыс. руб., которые он уже внес в уставный капитал при учреждении ОДО).

Идея ОДО – сделать его привлекательным для контрагентов, которым оно призвано казаться более платежеспособным (с учетом дополнительной ответственности участников). Очевидно, что степень такой привлекательности определяется суммой дополнительной ответственности, размер которой надо выяснять из учредительных документов. При этом не следует забывать про платежеспособность самих участников ОДО.

Унитарные предприятия

Итак, перечисленными выше юридическими лицами исчерпываются организационно-правовые возможности для частного бизнеса. Последняя разновидность коммерческих организаций – унитарные предприятия – это форма осуществления предпринимательской деятельности государства и муниципальных образований.

Обескураживающей особенностью унитарных предприятий является то, что они не могут обладать правом

собственности. Имущество, которое закрепляется учредителем за унитарным предприятием, так же как и любое имущество, приобретенное унитарным предприятием в процессе хозяйственной деятельности, принадлежит ему на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления. Эти две формы вещного права – некие суррогаты права собственности, пришедшие к нам из древнего советского прошлого. Собственность на все имущество унитарного предприятия всегда остается у его учредителя – государства или муниципального образования. Даже если в обычном договоре купли-продажи с участием унитарного предприятия вы прочтете стандартную фразу «продавец обязуется передать в собственность покупателю...», не верьте этому. По договорам, подразумевающим переход права собственности, такое право переходит не к унитарному предприятию, а непосредственно к его учредителю. Унитарное предприятие выступает как бы представителем, уполномоченным лицом учредителя в таких сделках. Однако никто не загромождает договоры такими деталями, и это не повод отказываться от заключения договоров с унитарным предприятием.

Опасаться следует совсем другого, а именно крупной сделки с унитарным предприятием. При этом под *крупной сделкой* понимается практически любая сделка на сумму более 10% уставного фонда унитарного предприятия или более чем в 50 тыс. раз превышающую установленный федеральным законом минимальный размер оплаты труда. Унитарное предприятие имеет право заключить такую сделку только с согласия учредителя. При этом уставный фонд унитарного предприятия может быть совсем небольшим, сделка на сумму 30 тыс. руб. зачастую может оказаться крупной. Речь идет не только о сделках купли-продажи. Судебная практика признает недействительными по этим основаниям даже договоры аренды, принимая за сумму сделки общую сумму арендных платежей, подлежащих уплате за весь срок действия договора. Имеются в виду как договоры аренды, по которым унитарное предприятие арендует имущество, так и договоры, по которым оно сдает имущество в аренду.

Еще одно важное замечание: к крупной сделке унитарного предприятия неприменима аналогия закона, т.е. аналогичные положения, регламентирующие крупные сделки других коммерческих организаций. Для акционерного общества, например, не признается крупной сделкой договор, заключенный в рамках обычной хозяйственной деятельности (поставка сырья, комплектующих, сбыт готовой продукции), но в случае унитарного предприятия это исключение не действует.

Итак, имея дело с унитарным предприятием, необходимо изучить его устав на предмет размера уставного фонда. Если сумма планируемой сделки превышает 10% указанного в уставе уставного фонда, сделка подлежит согласованию с учредителем. Кстати, уставом могут быть предусмотрены и другие случаи, когда для сделки необходимо согласие учредителя (определенный вид сделок или еще более низкая планка, чем 10% уставного фонда).

Сказать «согласие учредителя» гораздо проще, чем выяснить, какое именно должностное лицо какого из многочисленных государственных (муниципальных) органов должно дать такое согласие. Даже если кто-то и взял на себя смелость такую бумагу подписать, не очевидно, что это лицо обладает соответствующими полномочиями. Вопрос полномочий на согласование крупных сделок унитарных предприятий требует скрупулезнейшего изучения местного (для унитарного предприятия, учрежденного муниципальным образованием), регионального (для учрежденного субъектом РФ) или федерального (для учрежденного Правительством РФ) законодательства. Всегда следует быть готовым, что унитарное предприятие (или его учредитель), посчитав договор невыгодным для себя, попытается признать его недействительным по перечисленным выше основаниям.

Наконец, даже если оснований для признания договора недействительным нет, унитарные предприятия зачастую уклоняются от исполнения обязательств со ссылкой на отсутствие финансирования из бюджета. Судебная практика склонна признавать такую причину уважительной.

После многочисленных предостережений опишем подробнее разновидности унитарных предприятий.

Унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения, могут быть учреждены Российской Федерацией – **Федеральное государственное унитарное предприятие**, например ФГУП «10 Судоремонтный завод» Министерства обороны РФ; субъектом РФ – **государственное унитарное предприятие субъекта РФ**, например ГУП города Москвы Аптека № 112 «На Фрунзенской набережной» или муниципальным образованием – **муниципальное унитарное предприятие**, например МУП «Водоканал». Само слово «унитарное» означает, что у предприятия может быть только один учредитель, чаще упоминаемый как собственник имущества предприятия.

Несмотря на то что основной целью деятельности любой коммерческой организации закон провозглашает извлечение прибыли, государство и муниципальные образования создают унитарные предприятия, как правило, не ради наживы, а в целях обеспечения выполнения государственных функций: решения социальных задач, обеспечения продовольственной или оборонной безопасности страны, производства изъятой из оборота продукции (например, обогащение урана). Некоторые из них находятся на постоянном бюджетном финансировании.

Государственное (муниципальное) предприятие не может распоряжаться недвижимым имуществом, зато достаточно свободно распоряжается движимым имуществом и заработанными деньгами.

Унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления, учреждаются теми же субъектами и называются соответственно **федеральное казенное предприятие** (ФКП «Казанский государственный казенный пороховой завод»), **казенное предприятие субъекта РФ** (Казенное предприятие Республики Дагестан «Дирекция государственного заказчика-застройщика») или **муниципальное казенное предприятие** (Муниципальное казенное предприятие «Черногорские тепловые сети»).

Цели создания казенных предприятий примерно те же, что и государственных (муниципальных) предприятий, но чаще они создаются именно в целях обеспечения безопасности страны, работают в основном по государственным заказам, зачастую являются планово убыточными.

Отличие казенного предприятия от государственного (муниципального) состоит в гораздо более жестком контроле со стороны государства (муниципального образования). Казенное предприятие осуществляет свою деятельность на основании сметы и крайне ограничено в распоряжении принадлежащим ему имуществом (даже заработанным доходом). В сущности, казенное предприятие очень близко по своему статусу к государственному (муниципальному) учреждению, а статус его руководителя практически приравнен к статусу государственного (муниципального) служащего.

Реорганизация унитарных предприятий имеет некоторую специфику. В результате разделения или выделения могут образовываться только унитарные предприятия, которые, разумеется, будут принадлежать тому же учредителю. Участвовать в слиянии и присоединении тоже могут только унитарные предприятия, принадлежащие одному и тому же собственнику. Унитарное предприятие довольно легко может быть преобразовано в учреждение, к которому оно по своей сути и тяготеет.

Еще один вариант реорганизации унитарного предприятия возможен в рамках законодательства о приватизации: унитарное предприятие может быть преобразовано в открытое акционерное общество. Имущество, закрепленное за унитарным предприятием, при этом передается в собственность вновь образуемого ОАО, 100% акций которого принадлежат учредителю бывшего унитарного предприятия. В дальнейшем акции такого ОАО могут быть выставлены на аукцион или проданы в частные руки другими способами, предусмотренными Федеральным законом от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества».

Возможна ситуация, когда имущество, закрепленное за унитарным предприятием, переходит к другому собственнику, например передается из государственной собственности в муниципальную. Такой случай не будет считаться реорганизацией или преобразованием, это влечет лишь внесение изменений в учредительные документы унитарного предприятия: государственное унитарное предприятие в этом примере станет муниципальным унитарным предприятием.

1.5.2. Некоммерческие организации

Некоммерческие организации (НКО) как организационно-правовая форма юридических лиц представлена на рис. 2.

Как уже было сказано, основное отличие некоммерческой организации от коммерческой с точки зрения контрагента, вступающего с ними в хозяйственные отношения, заключается в их специальной правоспособности, т.е. в ограничениях при заключении договоров и ведении предпринимательской деятельности.

Другим отличием некоммерческой организации является недопустимость распределения прибыли (дивидендов) среди ее учредителей. Это ограничение, впрочем, успешно преодолевается путем выплаты всей прибыли в качестве зарплаты и премий ее руководителям.

Разновидностей некоммерческих организаций очень много. Мы попробуем в самых общих чертах пояснить природу тех из них, с которыми приходится сталкиваться в рамках предпринимательской деятельности.

Учреждения

Пожалуй, именно с этой формой некоммерческих организаций чаще всего приходится встречаться. Дело в том, что именно в этой форме в основном существуют государственные и муниципальные органы.

Любой государственный или муниципальный орган имеет двойственную природу. С одной стороны, государственный (муниципальный) орган наделен властными полномочиями, которые ему делегирует вышестоящий орган. Осуществляя эти полномочия, орган выступает от имени Российской Федерации, субъекта РФ или муниципального образования. Например, районный суд выносит обвиняемому приговор именем Российской Федерации, а налоговая инспекция взыскивает налоги не для себя, а в соответствующий бюджет. Если налоговая инспекция незаконно начислила какой-либо организации налог и взыскала его, то организация предъявляет иск к налоговой инспекции как к государственному органу и возвращает эти деньги из бюджета (со счетов Федерального казначейства).

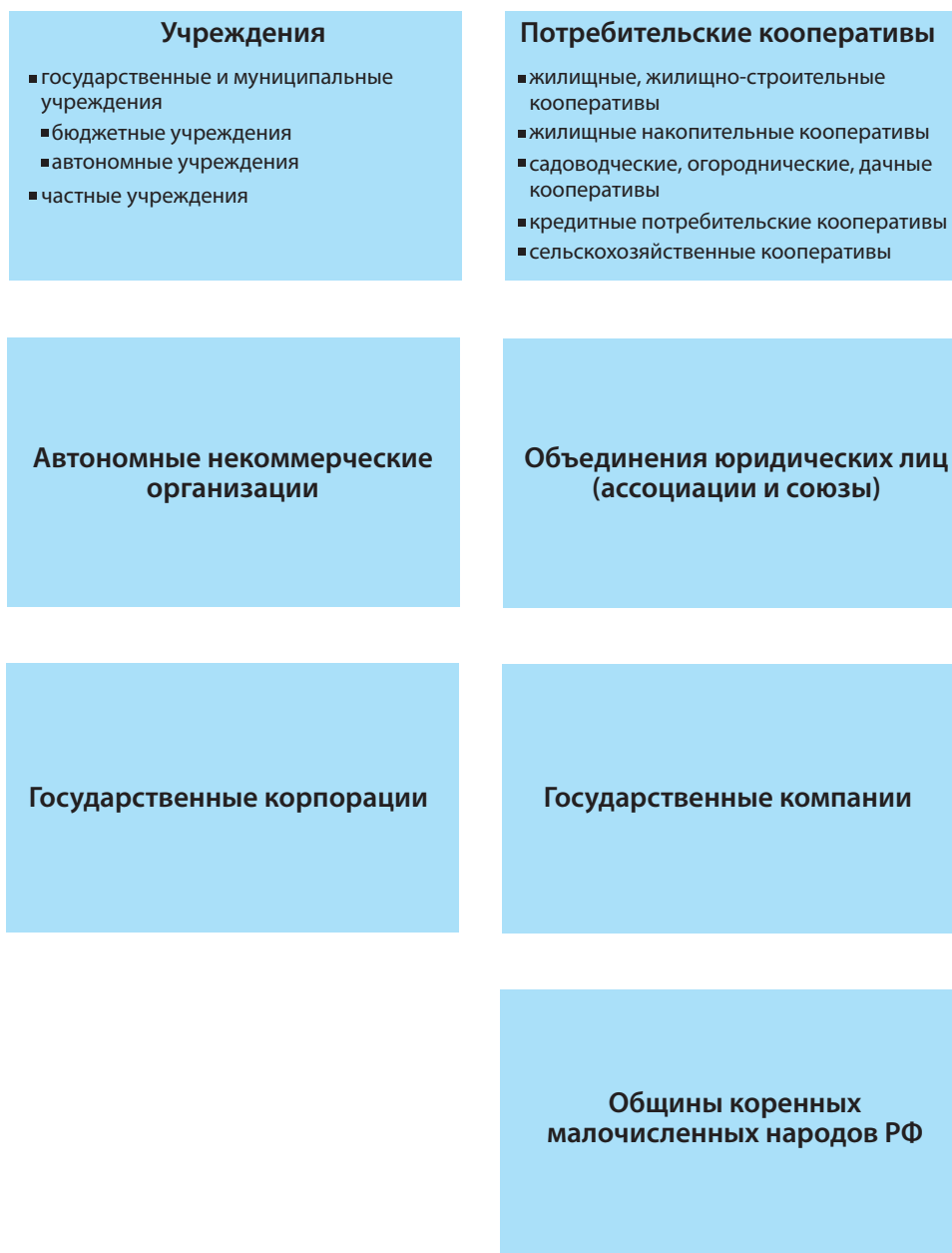
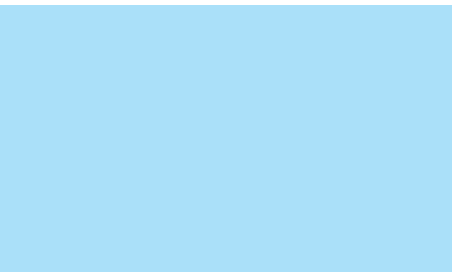
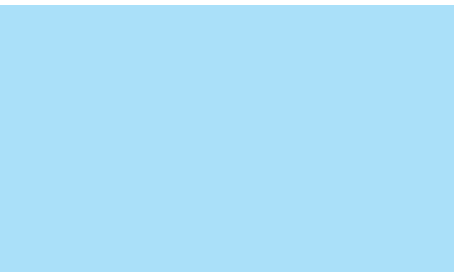
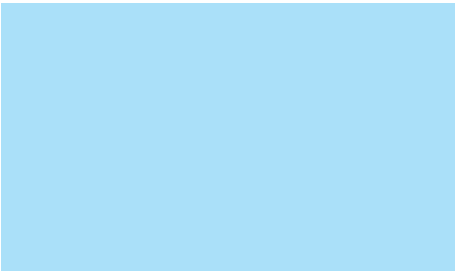
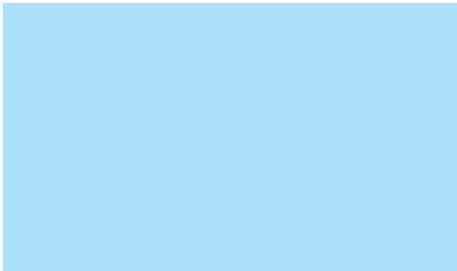
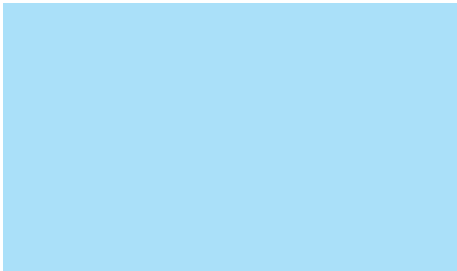


Рис. 2. Организационно-правовые формы юридических лиц (некоммерческие организации)



В то же время любой государственный (муниципальный) орган вынужден вступать в равноправные хозяйственные отношения с другими экономическими субъектами, чтобы обеспечивать выполнение своих властных функций: нанимать подрядчиков для ремонта занимаемого помещения, покупать мебель и канцелярские принадлежности, нанимать работников. Такая деятельность подразумевает заключение договоров, денежные расчеты и сопутствующие конфликтные ситуации. Подрядчик может взыскать с налоговой инспекции задолженность по договору подряда: деньги взыскиваются не из бюджета, а с налоговой инспекции как с хозяйствующего субъекта (с ее банковского счета, открытого ей как юридическому лицу). Незаконно уволенный судья может обратиться с иском к суду, в котором он работал (такой иск, конечно, будет рассматривать другой суд). Исправительные учреждения (основная функция которых – организация режима ограничения свободы осужденным преступникам) довольно активно занимаются производственной деятельностью и продают свою продукцию (мало кто может конкурировать с ними по стоимости рабочей силы). Военские части, как уже приводилось в качестве примера, приторговывают недвижимостью. Во всех подобных случаях государственные (муниципальные) органы выступают как обычные (до известной степени) юридические лица – учреждения, со всеми сопутствующими атрибутами: регистрация в ЕГРЮЛ с присвоением ОГРН, учет в налоговых органах с присвоением ИНН, печать, банковский счет. Даже сама налоговая инспекция как учреждение получает свидетельство о постановке на налоговый учет.

Итак, учреждение – это организация, характеризующаяся прежде всего тем, что она создается для выполнения некоторых властных, социальных функций, ради чего финансируется из бюджета (если мы говорим о государственных и муниципальных учреждениях). В организациях с бюджетным финансированием: утверждаемое сверху штатное расписание, единая тарифная сетка, строго целевое расходование денежных средств на основе бюджетной сметы. Однако учреждения могут несколько

различаться по степени свободы в распоряжении дополнительно заработанными денежными средствами: учреждения делятся на **бюджетные** и **автономные**. Большинство государственных и муниципальных органов власти являются именно бюджетными учреждениями: они либо вообще не имеют права получать доходы из иных источников, кроме бюджета, либо такие деньги все равно считаются бюджетными и расходуются на строго целевой, сметной основе.

Автономные учреждения могут самостоятельно зарабатывать деньги и относительно свободно их расходовать. Государственные и муниципальные вузы, например, получают бюджетное финансирование, соответствующее определенному, фиксированному числу студентов, бесплатно обучающихся на «бюджетных» местах. Дополнительно к этому вуз вправе принимать студентов на платной основе и расходовать полученные от них «внебюджетные» деньги на «коммерческую» надбавку к зарплате преподавателей, аренду помещений, необходимых для проведения занятий, и т.п.

Как было уже упомянуто, учебные заведения могут существовать только в форме учреждений, но не обязательно государственных или муниципальных. Существуют также **частные учреждения**, учреждаемые гражданами или юридическими лицами. Например частные вузы, школы, дошкольные учреждения представляют собой вполне успешные бизнесы, приносящие прибыль и не требующие постоянного финансирования со стороны учредителя.

Особенностью правового положения всех видов учреждений является то, что подобно унитарным предприятиям они не могут обладать правом собственности: имущество закрепляется за ними только на праве оперативного управления. По долгам частного и бюджетного учреждения отвечает собственник. По долгам автономного учреждения собственник ответственности не несет; более того, автономное учреждение отвечает по своим долгам практически только имеющимися у него в распоряжении денежными средствами, но не закрепленной за ним недвижимостью.

Потребительские кооперативы

Потребительские кооперативы, подобно производственным кооперативам, основаны на членстве и объединении имущественных паев, но создаются не для получения и распределения прибыли среди членов, а ради удовлетворения неких личных потребностей.

Жилищным кодексом РФ предусмотрены **жилищные и жилищно-строительные кооперативы**, создаваемые для строительства жилого дома и дальнейшего управления им (как альтернатива товариществам собственников жилья (ТСЖ), муниципальным или частным жилищно-эксплуатационным организациям).

Отдельным законом регламентируются **жилищные накопительные кооперативы**.

Федеральный закон от 08.12.1995 № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» предусматривает обязательное участие члена кооператива в хозяйственной деятельности организации и называет такие разновидности **сельскохозяйственных потребительских кооперативов** как перерабатывающие, бытовые (торговые), обслуживающие, снабженческие, садоводческие, огороднические, животноводческие, кредитные и страховые потребительские кооперативы. Все эти кооперативы могут продавать свою продукцию и услуги, но идея в том, что более 50% продукции и услуг должно потребляться самими членами кооператива.

Помимо сельскохозяйственного кредитного потребительского кооператива, существуют кредитные потребительские кооперативы, регламентируемые отдельным законом, так же как и отдельным законом регламентируется создание и деятельность садоводческих, огороднических и дачных потребительских кооперативов. И это еще не полный список возможных форм потребительских кооперативов.

Общественные и религиозные организации (объединения)

Общественные и религиозные организации или объединения определяются законом как добровольные объединения граждан на основе общности их интересов для удовлетворения духовных или иных нематериальных потребностей.

Среди организаций этого типа следует выделить **политические партии** – объединения граждан в целях участия в политической жизни государства; **общественные организации инвалидов, профсоюзы, религиозные организации, национально-культурные автономии**. Каждая из перечисленных форм регламентирована отдельным федеральным законом и обладает рядом особенностей, связанных со спецификой их деятельности.

Приведенный перечень общественных и религиозных организаций не исчерпывающий.

Фонды

Это одна из самых удивительных организаций: однажды созданная ради социальных, благотворительных, культурных, образовательных или иных общественно полезных целей, она никакого отношения не имеет к своим учредителям. Учредители не могут ни ликвидировать фонд, ни реорганизовать, ни внести каких-либо изменений в устав. Имущество, переданное учредителями фонду, переходит в собственность фонда безвозвратно. В случае ликвидации фонда (что возможно только по судебному решению) имущество фонда должно быть направлено на уставные цели.

Структура органов управления фонда и порядок их формирования совершенно не регламентируются законом, кроме упоминания высшего надзорного органа – попечительского совета фонда. Учредители, конечно, обычно закрепляют за собой право формировать попечительский совет фонда, но в этом есть риск. После исчезновения учредителей (ликвидации юридического лица или смерти гражданина) фонд оказывается неуправляемым, ведь никаких акций или чего-то подобного вместе с правом на управление фондом к наследникам и правопреемникам бывших учредителей не переходит. Проблему самовоспроизводства органов управления фонда может решить процедура кооптации (лат. *cooptatio* – дополнительное избрание): в случае выбытия из попечительского совета фонда кого-то из его членов оставшиеся члены вправе избрать (назначить) новых членов, чтобы пополнить свой состав.

Фонд как форму некоммерческой организации не следует путать с понятием «фонд» в экономическом смысле, которое применяется очень часто, в том числе и в наименовании различных организаций. Так, например, государственные внебюджетные фонды – *Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования РФ* и их территориальные подразделения, конечно же, не являются фондами по своей организационно-правовой форме, а относятся к федеральным государственным учреждениям.

Автономные некоммерческие организации

Автономные НКО похожи на фонды, но закон прямо закрепляет за учредителями функцию надзора за деятельностью автономной некоммерческой организации. Вопрос о том, кто будет управлять такой организацией после исчезновения учредителей, остается открытым.

Объединения юридических лиц (ассоциации и союзы)

Из названия ясно, что участниками могут быть только юридические лица. Как правило цель создания большинства ассоциаций и союзов юридических лиц – лоббирование интересов той или иной отрасли. Примером может служить столь солидное объединение, каковым является *Ассоциация российских банков*.

Объединения юридических лиц, как правило, существуют на регулярные взносы своих членов.

Товарищества собственников жилья (ТСЖ)

ТСЖ – предусмотренная ГК РФ и подробно описанная в Жилищном кодексе РФ некоммерческая организация, членами которой являются собственники помещений в многоквартирном доме (нескольких многоквартирных домах), созданная для совместного управления таким домом (комплексом домов), его эксплуатации и распоряжения общим имуществом в многоквартирном доме. ТСЖ создается как альтернатива передаче дома в эксплуатацию муниципальной или частной эксплуатационной организации.

Поскольку Конституционный Суд РФ в свое время признал несоответствующим Конституции РФ принудительное членство в ТСЖ, то может оказаться, что далеко не все владельцы квартир в доме являются его членами.

Для создания ТСЖ достаточно, чтобы в него вступила половина собственников. ТСЖ создается часто ради того, чтобы взять в аренду муниципальную землю, прилегающую к дому, – двор, который можно затем огородить, оборудовать и благоустроить за счет жильцов.

Несмотря на то что членом ТСЖ можно и не быть, если уж оно создано, то платить взносы на его содержание все равно придется. Такие взносы рассчитываются пропорционально площади квартиры.

Некоммерческие партнерства

Некоммерческое партнерство не вполне успешная калька с американского партнерства. Во всяком случае, юридических фирм в такой форме (как это принято в США) в России не встречалось. Дело в том, что партнеры американского партнерства вправе распределять между собой заработанную прибыль, а члены российского партнерства нет, так как оно некоммерческое.

Зато именно в этой форме создаются **саморегулируемые организации (СРО)**, которые по своей сути являются либеральной альтернативой лицензирования. Специалисты и предприниматели вправе осуществлять некоторые виды деятельности, только будучи членами таких организаций. СРО призваны разрабатывать правила и стандарты профессиональной деятельности для своих членов и следить за их соблюдением. Грубые нарушения таких правил влекут исключение члена из СРО и как следствие запрет на занятие соответствующим видом деятельности.

В свою очередь, СРО находятся под контролем соответствующих государственных органов: чтобы получить статус СРО организация должна соответствовать ряду критериев и быть внесенной в государственный реестр саморегулируемых организаций, т.е. СРО как бы выступают буфером между государственным органом, регулирующим соответствующую сферу, и непосредственно предпринимателями, профессионалами. Такой опосредованный государственный контроль гарантирует некое минимальное качество услуг и работ таких специалистов. Задумка о том, что репутация СРО будет являться гарантией высокого качества работы ее членов, пока работает не слишком успешно.

Законом предусмотрены такие саморегулируемые организации, как СРО оценщиков, СРО арбитражных управляющих, СРО аудиторов, СРО в сфере кадастровой деятельности, СРО профессиональных участников рынка ценных бумаг, и некоторые другие.

Государственные корпорации

Госкорпорация – одиозная некоммерческая организация, созданная в 1999 г. для распоряжения средствами федерального бюджета без ограничений, установленных Бюджетным кодексом РФ. Каждая госкорпорация создается на основании отдельного, посвященного ей закона, что вносит специфику в правовой статус каждой из них. *Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом»*, например, в отличие от всех остальных госкорпораций, может выступать собственником имущества федеральных государственных унитарных предприятий.

Все госкорпорации учреждаются Российской Федерацией, наделяются имуществом, которое принадлежит им на праве собственности (формально-юридически – на праве частной собственности!) и свободно распоряжаются таким имуществом. Предпринимательская деятельность и расходование заработанных госкорпорациями денежных средств практически никак не регламентируется и не ограничивается. Какой-либо обязательной отчетности перед учредителем не предусмотрено.

Цели деятельности госкорпораций вполне соответствуют целям государственных учреждений, поэтому создание госкорпораций вызывает вполне справедливое недоумение и нареkanie общественности. В настоящее время муссируется идея о преобразовании госкорпораций в другие организационно-правовые формы, более подконтрольные государству.

Государственные компании

Госкомпания – новая форма НКО, введенная одновременно с созданием *Государственной компании «Российские автомобильные дороги»* соответствующим Федеральным законом от 17.07.2009 № 145-ФЗ. Госкомпания практически ничем не отличается от госкорпорации, кроме того что имущество (в единственном пока случае – федераль-

ные автомобильные дороги) передается ей не в собственность, а на праве доверительного управления. Впрочем, все остальные взносы государства и доходы госкомпании становятся ее собственностью.

Для полноты картины упомянем еще несколько видов некоммерческих организаций. К некоммерческим организациям также относятся **нотариальные палаты** (одна в каждом субъекте РФ и одна федеральная нотариальная палата) и **коллегии адвокатов** (в неограниченном количестве).

В завершение раздела о юридических лицах следует заметить, что не всегда можно судить о форме юридического лица исходя из его названия, особенно если это одна из многочисленных форм и подвидов некоммерческих организаций. Зачастую для этого необходимо внимательно изучать учредительные документы.

ИМУЩЕСТВО И ПРОЧИЕ ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ. СОБСТВЕННОСТЬ

- Имущество
- Собственность
- Интеллектуальная собственность
- Средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий
- Коммерческая тайна
- Нематериальные блага

Все то, по поводу чего разнообразные организации и граждане вступают в хозяйственные отношения, заключают договоры, спорят в судах, – называется **объектами гражданских прав**. В сущности, это любые материальные и нематериальные ценности, которые охраняются законом и защищаются судом. Именно возможность судебной защиты превращает такие ценности, как честь, достоинство, деловая репутация, личная и семейная тайна, в объекты гражданских прав. И именно отсутствие правовой защиты не позволяет считать имуществом такие ценности, как земельный участок в Антарктиде или выигрыш в казино. Для юридического лица не будет большой ошибкой определить объекты гражданских прав как все, что учитывается в активе его баланса.

Достаточно полный перечень объектов гражданских прав представлен на рис. 3 (см. с. 66–67).

Объекты гражданских прав сильно различаются по режиму своего обращения в хозяйственном обороте. Правила заключения сделок со сталью, золотом или ураном, автомобилями или земельными участками, кинофильмом или товарным знаком совершенно разные, регламентированы разными законами. Есть объекты, сделки с которыми вообще запрещены законом (изъятые из оборота вещи), например многие наркотические вещества или земельные участки под заповедниками. Существуют объ-

екты, оборотоспособность которых крайне ограничена: уран, боеприпасы, огнестрельное оружие и другие вещи, которые могут использоваться в качестве оружия, например бумеранги.

В этом разделе, кроме общей классификации объектов гражданских прав, выделены наиболее часто из них встречающиеся в предпринимательской деятельности.

2.1. Имущество

Имущество занимает ключевое место среди прочих объектов гражданских прав, так как охватывает все материальные ценности (**вещи**) и связанные с такими ценностями права (**имущественные права**).

Вещи – это материальные объекты (в отличие от таких идеальных объектов, как интеллектуальная собственность или информация) независимо от их агрегатного состояния: твердые тела, жидкости (вода в водопроводе, извлеченная из недр нефть или сжиженный азот в сосуде Дьюара), газ (природный газ в газопроводе, кислород в кислородной подушке и т.п.).

Поскольку материя согласно известной формуле Эйнштейна представляет из себя концентрированную энергию, то энергия – это тоже вещь, ее даже можно взвесить. Несмотря на существенную специфику транспортировки и учета, к электроэнергии или к тепловой энергии в батареях центрального отопления применяются в основном те же юридические правила, что и к другим вещам (в отличие, скажем, от совершенно других правил для интернет-трафика).

2.1.1. Недвижимость

Среди вещей особое место, в свою очередь, занимают недвижимые вещи, или просто недвижимость. Основным признаком недвижимости выступает прочная связь с землей: кроме самой земли в виде земельных участков и участков недр, сюда относят здания, строения, сооружения, объекты незавершенного строительства. Критерием

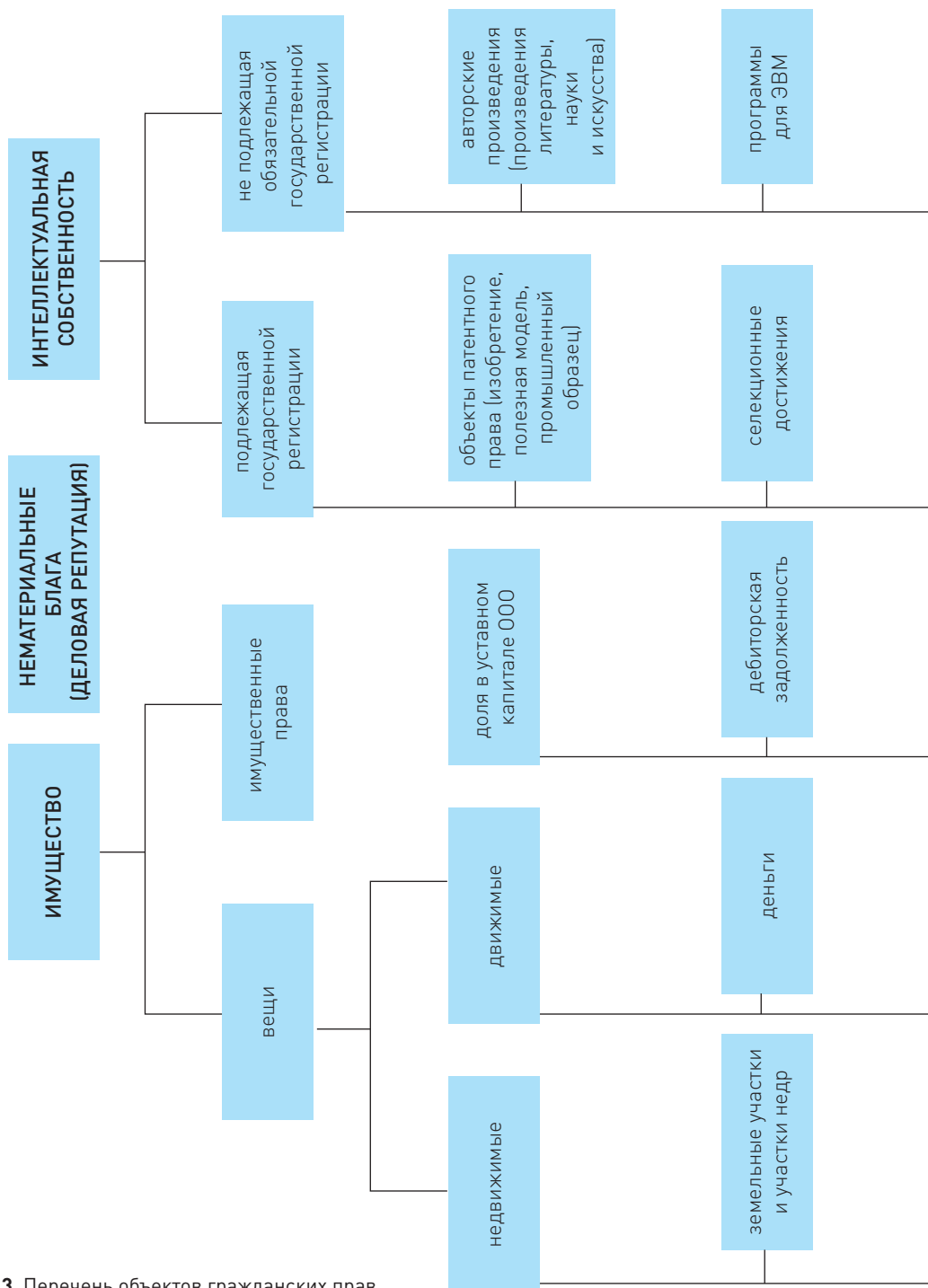
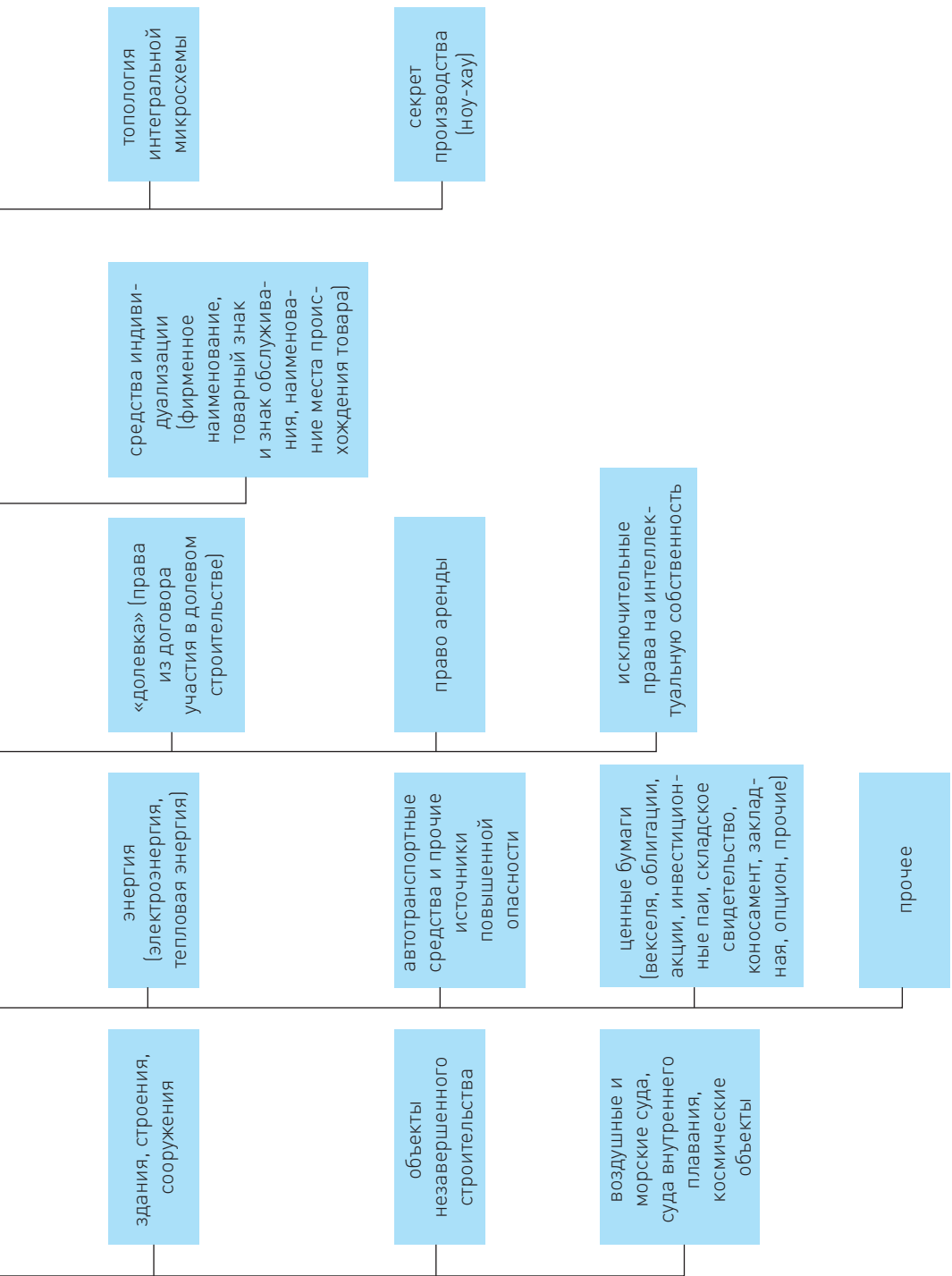


Рис. 3. Перечень объектов гражданских прав



*Самая быстрая
недвижимость –
самолет.*

прочной связи с землей для таких объектов, как правило, выступает наличие фундамента. Впрочем, зарытый в землю трубопровод тоже является недвижимостью, хотя и не подходит под этот критерий. К недвижимости отнесены также воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и искусственные космические объекты.

Законом к недвижимости отнесен еще и такой неординарный объект, как **предприятие**, что не следует путать с государственным (муниципальным) унитарным предприятием как организационно-правовой формой юридического лица. Предприятие как объект недвижимости – это некий действующий производственный комплекс, основу которого составляет земельный участок (территория завода, может быть), здания и сооружения. Но кроме этого в состав предприятия как единого объекта относится многое другое, необходимое для функционирования производства: оборудование, сырье, готовая продукция, дебиторская задолженность, товарные знаки. Мало кому придет в голову добровольно оформить предприятие как один неделимый объект недвижимости (это довольно сложная процедура и крайне неудобно с точки зрения возможности отчуждения отдельных объектов, входящих в такой комплекс), но в некоторых случаях к этому обязывает закон.

Недвижимость, как правило, это очень дорогостоящие вещи. Для большинства людей их единственное недвижимое имущество – квартира или дом, в котором они проживают – является наиболее дорогостоящей вещью, из принадлежащих им вещей, и составляет, как правило, львиную долю всего их имущества. По этой причине государство берет на себя функцию по особому контролю за оборотом таких вещей: оно ведет реестры, в которых учитываются сами недвижимые вещи и права на них. Это главное, что следует знать о недвижимости: **права на недвижимость возникают только после соответствующей государственной регистрации и могут подтверждаться только документом о такой регистрации** (свидетельство о государственной регистрации права), кроме тех случаев, когда права на недвижимость были приобретены до введения действующего порядка регистрации, т.е. до

1998 г. До сих пор можно встретить в качестве правоустанавливающих документов на недвижимость договор о ее приобретении с отметкой БТИ (Бюро технической инвентаризации, ранее осуществлявших регистрацию прав на недвижимость) или план приватизации, на основании которого недвижимое имущество (вместе с прочими числящимися на балансе активами) было передано приватизированному предприятию в собственность.

Права на участки недр, земельные участки, здания, строения и сооружения подлежат регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (ЕГРП) в соответствии с Федеральным законом от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Процедура регистрации прав на прочие объекты недвижимости регламентируется соответствующими законами (например, Федеральным законом «О государственной регистрации прав на воздушные суда и сделок с ними», Кодексом торгового мореплавания РФ и т.д.).

Говоря о недвижимости, подлежащей учету в ЕГРП, следует начать с того, что сам объект недвижимости как способная к хозяйственному обороту вещь возникает только после учета его в государственном кадастре недвижимости и присвоения ему уникального кадастрового номера. Кадастровый паспорт, содержащий техническое описание объекта недвижимости, является необходимым документом при регистрации прав на объект недвижимости. Ведение кадастра (как и ЕГРП) по идее осуществляет Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестр) при Минэкономразвития России. Однако по состоянию на конец 2009 г. государственный кадастр недвижимости, как и Росреест, еще не были окончательно сформированы. Земельные участки учитывались в Государственном земельном кадастре, и кадастровые паспорта на них уже выдавались, а что касается зданий, строений и сооружений, то все еще основным документом, подтверждающим их физическое существование, являлся технический паспорт, выданный БТИ. ЕГРП и все регистрационные действия с недвижимостью находились в ведении Федеральной регистрационной службы (ФРС).

Здания, строения, сооружения, жилые квартиры как объекты недвижимости появляются только после того, как соответствующий комплект документов, включающий техническое описание объекта, представлен в государственный регистрирующий орган и в ЕГРП внесена запись о правах первичного собственника. До такой регистрации мы имеем дело не с недвижимостью и не с вещью вообще, а лишь с имущественными правами, о которых – несколько позже.

Объект незавершенного строительства тоже возникает как недвижимость только после такой регистрации, однако необходимость в государственной регистрации объекта незавершенного строительства возникает редко, как правило, только в случае остановки строительства и консервации объекта на значительный срок. Обычно же при необходимости продажи объекта незавершенного строительства или его части это оформляется уступкой прав по инвестиционному договору (договору участия в долевом строительстве).

Земельный участок как объект недвижимости и предмет сделок появляется после того, как соответствующие специалисты установят его границы, составят план земельного участка, после чего участок будет внесен в государственный кадастр недвижимости (в настоящее время – государственный земельный кадастр) с присвоением ему уникального кадастрового номера. Только кадастровый план с указанием места нахождения земельного участка и его кадастрового номера является основанием для регистрации прав на такой участок в ЕГРП. Участок с кадастровым номером является одним объектом недвижимости независимо от его размеров. Это означает, в частности, что сдать в аренду его можно только целиком: договор аренды части земельного участка, как бы точно ни была идентифицирована эта часть (даже если ее границы были также однозначно установлены специалистами по землеустройству), будет недействительным. Собственник, желая сдать часть земли в аренду, вынужден выделить эту часть в отдельный земельный участок, т.е. установить его границы, внести его в земельный кадастр и получить кадастровый номер.

Итак, права на недвижимость подлежат государственной регистрации в ЕГРП. При заключении договора купли-продажи недвижимости подлежит государственной регистрации переход права собственности на объект недвижимости от продавца к покупателю (неправильно говорить, что государственной регистрации подлежит договор, хотя, разумеется, для осуществления регистрации в соответствующий государственный орган сдается именно договор, и на нем делается отметка о такой регистрации).

Кроме прав на недвижимость государственной регистрации подлежат ограничения (обременения) прав: **ипотека, доверительное управление, аренда, аресты, сведения о заявленных в судебном порядке правопритязаниях**. Все эти сведения открыты и отражаются в выписке из ЕГРП, которую может получить любое лицо. Далее рассмотрим подробнее ограничения прав, подлежащие регистрации.

Право аренды на здания, строения, сооружения, помещения подлежит государственной регистрации в том случае, если договор заключается сроком на один год или более. В связи с этим очень многие собственники не любят сдавать недвижимость в аренду на срок более года. Во-первых, им не хочется лишний раз иметь дело с государственной бюрократической машиной, во-вторых, это не всегда возможно: коммерческая недвижимость часто перепланируется без согласования с государственными органами, а для государственной регистрации необходим актуальный и узаконенный план помещений.

К счастью, довольно легко обойти требование госрегистрации: если срок действия договора не превышает одного года, но договор предусматривает автоматическое продление (пролонгацию) срока его действия (один или несколько раз), то судебная практика не рассматривает такие договоры подлежащими государственной регистрации, хотя фактически договор может действовать несколько лет. Эта юридическая хитрость несколько облегчает жизнь арендаторам, желающим заключить долгосрочный договор. Дело в том, что арендодателю, по большому счету, безразлично, будет ли правильно

оформлен договор или нет, потому что он все равно получит арендную плату за период фактического пользования помещением. А вот арендатору очень важно, чтобы документы были в порядке: если договор аренды будет признан недействительным из-за отсутствия госрегистрации или по иному основанию, то налоговые органы не учтут арендную плату в составе расходов, уменьшающих налогооблагаемую базу, т.е. начислят на всю сумму уплаченных арендатором арендных платежей налог на прибыль и, скорее всего, НДС.

Арест – это запрет на совершение сделок с объектом недвижимости. Арест может быть наложен судом по ходатайству истца, заявившего в суде иск к собственнику недвижимости (так называемый обеспечительный арест). Арест накладывается для того, чтобы в будущем было возможно исполнить решение суда: при отсутствии ареста ответчик скорее всего попытается продать недвижимость, не дожидаясь исхода судебного процесса. Арест возможен также на основании постановления судебного пристава-исполнителя, который исполняет уже состоявшееся решение суда об изъятии недвижимости или о взыскании денег с собственника недвижимости; это арест в рамках обращения взыскания на имущество должника, за которым следуют оценка объекта недвижимости и торги. В любом случае арест недвижимости исключает регистрацию каких-либо сделок по ее отчуждению.

Неизвестная российскому праву до 1998 г. процедура – внесение в ЕГРП сведений о **судебных притязаниях** на объект недвижимости. Такие сведения вносятся на основании определения суда о принятии к производству дела по иску, содержащему притязания в отношении объекта недвижимости. В отличие от ареста, такое определение суда не накладывает ограничений на сделки с недвижимостью. Смысл процедуры в том, чтобы уведомить об этом заинтересованных лиц, например потенциального покупателя объекта. Подразумевается, что добросовестный приобретатель до заключения сделки затребует выписку из ЕГРП, где отражены сведения о заявленных в судебном порядке притязаниях и, если таковые имеются, скорее всего откажется от такого приобретения. Если же, несмотря на притязания, покупатель приобрел такую недвижимость, то он принял

Арест ретрансляционного спутника не требует командировки судебного пристава-исполнителя в космос.

на себя риски удовлетворения судом таких притязаний и изъятия недвижимости. Другими словами, покупатель не будет рассматриваться в качестве добросовестного приобретателя и не сможет ссылаться на ст. 302 ГК РФ, ограничивающую изъятие имущества у добросовестного приобретателя. Очень важно понимать, что указанные последствия не зависят от того, ознакомился ли покупатель с выпиской из ЕГРП в действительности: достаточно того, что у покупателя была такая возможность. Из этого следует, в частности что при приобретении недвижимости, обязательно нужно получить выписку из ЕГРП.

Наконец, в выписке из ЕГРП можно почерпнуть еще и такую полезную информацию, как сведения о представленных на государственную регистрацию документах: такая запись снижает риск мошенничества, связанного с продажей одного объекта недвижимости несколько раз.

Информацию о прочих обременениях и ограничениях прав, подлежащих государственной регистрации и отражению в выписке из ЕГРП, можно почерпнуть в других разделах книги: **об ипотеке (залоге недвижимости)** см. «Залог», с. 163; **о сервитуте** – см. «Ограничения права собственности», с. 101.

2.1.2. Деньги

Юридическая сущность денег заключается в обязанности кредиторов принять платеж в российских рублях. Российские рубли являются единственным законным платежным средством на территории России. Кредитор (например, продавец в магазине), возможно, и рад был бы принять от покупателя в качестве оплаты фунты стерлингов, но это прямо запрещено законом. С прикладной юридической точки зрения никакой другой сущности у денег нет. Наивно было бы думать, что государство при каких-либо обстоятельствах гарантирует обмен денег на какие-нибудь реальные ценности вроде золота, так же как бессмысленно вникать в то, что написано на денежных купюрах (кроме их номинала).

Главное недоразумение по поводу денег связано с тем, что большинство людей не вполне понимает природу такого феномена, как безналичные деньги. Если с экономической

точки зрения между наличными и безналичными деньгами практически нет различия, то с юридической точки зрения это далеко не одно и то же.

Наличные деньги – бумажные купюры и металлические монеты – это материальные вещи. Внося наличные деньги на свой банковский счет, мы теряем право собственности на них в момент передачи их кассиру. Взамен осязаемых материальных ценностей в этот момент мы получаем обязательство банка выдать нам по нашему требованию такую же сумму наличных денег (но не эти же купюры, разумеется) либо перечислить эти деньги на счет другого лица. Обязательства банка – это намного лучше, чем обязательства другой организации, поскольку банки находятся под неусыпным ежедневным контролем Центрального банка РФ, одной из задач которого является контроль за ликвидностью и финансовой состоятельностью банков. Кроме того, до определенного предела обязательства банков обеспечены страховкой Государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» (АСВ), которое выплачивает деньги в случае банкротства банка (только гражданам). Однако обязательства остаются обязательствами, главным неприятным свойством которых является риск их неисполнения. В случае банкротства банка, не являющегося участником системы страхования вкладов, или в части суммы, превышающей застрахованный в АСВ максимум, его обязательства аннулируются, если денег от реализации имущества такого банка не хватило для удовлетворения требований всех кредиторов, т.е. безналичные деньги, в отличие от материальных наличных купюр, могут просто исчезнуть. Это очень трудно объяснить людям, которые думают, что внесенные на их банковский счет наличные деньги банк положил в подземное хранилище, где они ждут своего хозяина-вкладчика. На банальный вопрос обманутого вкладчика «где мои деньги?» нельзя ответить односложно, не вникая в систему денежного обращения и безналичных расчетов. Элементарные основы такой системы поясним для людей, которые никогда не имели дело с банковскими расчетами.

*Отдав деньги
в кассу банка,
уже слишком
поздно спраши-
вать где они*

Банковский счет, который мы (граждане или организации) открываем в банке, не более чем учетная запись, которую банк заводит на наше имя, подобно тому, как наш коллега по работе, который не может дотянуть до зарплаты, записывает на листочке бумаги, у кого сколько денег взял займы. Строго говоря, нам совершенно безразлично, что там записано у него на листочке (или в электронной базе данных банка); мы-то помним, сколько денег отдавали, и потребуем их назад. Наличные деньги, переданные в кассу банка, поступают в собственность банка, который вправе использовать их на свое усмотрение: держать в хранилище, выдать заработную плату сотрудникам или по требованию другого вкладчика, наконец, сдать их в расчетное подразделение Центрального банка Российской Федерации (Банк России), где они будут зачислены на счет банка. Судьба этих наличных денег уже никаким образом не связана с безналичными деньгами, которые числятся на нашем счете.

Что же касается денег на нашем счете, то мы можем потребовать от банка выдать нам наличные деньги либо перевести деньги на другой счет. Такое требование о переводе представляет собой стандартизированный документ – платежное поручение, содержащее информацию о плательщике, банке плательщика, получателе денег и банке получателя. Предположим, что счет получателя денег находится в том же банке. В этом случае перевод денег осуществляется крайне просто: со счета плательщика списывается (вычитается) указанная в платежном поручении сумма, и такая же сумма зачисляется (прибавляется) на счет получателя – два арифметических действия, не имеющих никакого отношения к движению материальных ценностей. Такой «внутрибанковский» перевод возможен даже тогда, когда банк фактически является банкротом, не имеет средств, для такой операции деньги не нужны, это всего лишь замена одного кредитора – плательщика на другого кредитора – получателя денег.

Несколько сложнее выглядит процедура перевода денег между счетами, открытыми в разных банках. Обычно это делается при участии Банка России. Коммерческий банк (коммерческими называют все банки, кроме Банка России) открывает счет в Банке России, он называет-

ся корреспондентским счетом (в банковских реквизитах указывают как корсчет, кор. счет или к/с). По сути корреспондентский счет ничем не отличается от расчетного счета организации в коммерческом банке. Деньги на корреспондентском счете принадлежат коммерческому банку. Когда организация или гражданин приносит в банк платежное поручение с требованием перевести денежные средства на счет получателя в другом банке, банк несет в расчетное подразделение Банка России точно такое же платежное поручение о переводе денег с его корреспондентского счета на корреспондентский счет того банка, в котором открыт счет получателя денег. В Банке России происходит то, что описано в предыдущем абзаце, – «внутрибанковская» операция: Банк России списывает деньги с корреспондентского счета банка плательщика и зачисляет их на корреспондентский счет банка, в котором открыт счет получателя. После того как банк получателя получит от Банка России уведомление о зачислении на его корреспондентский счет денег, он прибавит такую же сумму к счету получателя – перевод завершен. Разумеется, сегодня весь этот документооборот происходит в основном в электронной форме, что позволяет осуществлять платежи довольно быстро (как правило, в течение суток). Задержки платежей обычно происходят по вине банка, в котором открыт счет плательщика: если на его корреспондентском счете нет достаточной суммы денег, то Банк России, разумеется, не будет выполнять поручения банка на перевод.

Понимая природу безналичных денег, легко понять, как банки влияют на денежную массу в экономике. В отличие от объема наличной денежной массы, которая зависит только от количества напечатанных денежных купюр, объем безналичных денег (объем банковских обязательств) растет при каждой операции кредитования. Если банк, получив от вкладчика деньги, предоставил их в качестве кредита другому гражданину, то он удвоил количество денег: деньги есть и у заемщика, и у вкладчика (продолжают числиться на его счете). На таких узаконенных «махинациях» зиждется вся мировая финансовая система до тех пор, пока ей удастся поддерживать ликвидность, т.е. не допускать одновременного предъявления требований всеми кредиторами, которые, очевидно, не могут быть удовлетворены.

Напоследок поясним природу «электронных денег», используемых платежными системами в Интернете. В обмен за перечисленные в некую организацию настоящие деньги мы получаем учетную запись об обязательствах этой организации перед нами. Это не деньги, поскольку такая организация не банк, и принимать в оплату такие деньги – учетные записи никто не обязан. Электронные деньги работают благодаря тем организациям, которые все-таки готовы принимать их в оплату за свои, главным образом цифровые, товары и услуги. Электронные деньги максимально приспособлены к подобного рода торговле: они позволяют покупателю заплатить, получить товар и потребить его в режиме реального времени, находясь у экрана компьютера. Другими словами, электронные деньги существуют и конкурируют с банковскими платежными системами постольку, поскольку удобство их использования превалирует над рисками неисполнения обязательств.

Какие деньги, такие и товары

Точно та же природа расчетов с мобильного телефона и денег на лицевом счете у оператора связи: совершая некоторые действия (посылая SMS-сообщение), мы выражаем свое согласие на уступку обязательств организации – оператора мобильной связи («денег на нашем мобильном телефоне») в пользу какого-то другого.

2.1.3. Ценные бумаги

Ценная бумага – это документ, к которому «привязаны» некие права. Такие права переходят от одного лица к другому при передаче ценной бумаги. Сам процесс «привязки» прав к ценной бумаге, «конструирования» ценной бумаги получил название «секьюритизация» (от англ. security – ценная бумага). Американские финансисты показали на практике, что секьюритизировать, т.е. превратить в ценную бумагу, можно почти любые права. В российском обороте также периодически появляются новые виды ценных бумаг. Однако далеко не все они становятся широко распространенными, поэтому было бы неблагодарным делом давать их исчерпывающий перечень. Мы вкратце затронем только наиболее популярные в России ценные бумаги.

Вексель

Вексель, пожалуй, самая простая и самая древняя ценная бумага. Владельцу векселя (векселедержателю)

принадлежит одно простое право – потребовать указанную в векселе денежную сумму от векселедателя (мы будем говорить только о **простом векселе**, а не о переводном, который в российском обороте практически не встречается). Вексель – это «секьюритизированный» договор займа. Если кто-то кому-то дал займы денег, то по договору займа требовать деньги может только он сам. Если мы хотим иметь возможность кому-нибудь передать (продать) право требования к заемщику, то оформляем вексель. Эту элементарную сущность векселя несколько усложняет лишь итальянская терминология эпохи Возрождения, вошедшая в вексельное законодательство на уровне международных конвенций (кроме самого слова «вексель», это еще индоссамент, аваль, аллонж, тратта и проч.).

Вексель выдается росчерком пера на обычном листе бумаги. Типографские бланки векселя с серией и номером оправданны только в том случае, если организация (банк) выдает большое количество векселей – для упрощения их внутреннего учета и защиты от фальсификации.

Туалетная бумага может стать ценной бумагой, если на ней написать слово «вексель»

Обязательными *реквизитами векселя* являются: само слово «вексель»; наименование плательщика (векселедателя); наименование того, кому выдан вексель (первый векселедержатель), сумма, срок и место платежа, дата и место составления векселя, подпись векселедателя. Вексель подписывается руководителем организации с проставлением оттиска ее печати (хотя вексель может быть выдан и физическим лицом, мы будем иметь в виду только векселя, выданные организациями). Подпись главного бухгалтера при выдаче векселя совершенно не нужна. Место составления векселя и место платежа указываются с точностью до населенного пункта.

Срок платежа может быть указан различным способом. Может быть указана точная дата, но это не очень удобно векселедержателю, так как у него есть всего три рабочих дня, включая указанный в векселе день, для его предъявления. Удобнее срок «по предъявлении», не следует только забывать, что предъявить вексель необходимо в течение одного года от даты его составления (если иной срок не оговорен в векселе). Самый популярный способ указания срока – «по предъявлении, но не ранее...»,

после чего указывается дата. Такой вексель может быть предъявлен в течение одного года от даты, указанной после слов «не ранее».

Вексель может быть обеспечен поручительством – авалем. Для этого поручителю (авалисту) достаточно поставить подпись на векселе (для поручителя – юридического лица имеется в виду подпись руководителя и печать).

Передача векселя происходит путем передаточной надписи, которую делает векселедержатель, – индоссамента (буквальный перевод этого слова означает «на спине» – вероятно, подразумевается оборотная сторона векселя, где такая надпись обычно делается). Надпись состоит из слов, указывающих, что векселедатель теперь должен платить новому владельцу, имени (наименования) этого нового векселедержателя и подписи (для организации еще и печати) прежнего векселедержателя.

Лицо, предъявляющее вексель к платежу, должно обладать векселем на основе непрерывной цепочки индоссаментов, т.е. каждое лицо, подписавшее индоссамент, должно быть перед этим указано как получатель векселя в предыдущем индоссаменте, если только это не первый векселедержатель, которому вексель изначально выдан. Однако это не значит, что каждый владелец векселя оставляет на нем индоссамент со своей подписью. Дело в том, что индоссамент может быть «бланковым», т.е. в индоссаменте может не указываться следующий векселедержатель, а просто стоять подпись и печать предыдущего. Такой вексель может сколько угодно раз переходить из рук в руки без всяких отметок, но последний векселедержатель, предъявляющий вексель к платежу, должен все же вписать свое имя в пустую графу над подписью и печатью такого бланкового индоссамента.

Теперь очень важный момент, о котором почти никто не помнит: любое лицо, оставившее индоссамент на векселе, отвечает по нему так же, как и векселедатель, если только не напишет слова «без оборота на меня» или другие слова, свидетельствующие об отказе индоссанта от ответственности. Индоссамент без такой оговорки, в сущности, одновременно является поручительством по векселю!

*Не оставляйте
своих следов на
векселе*

Предъявление векселя – процедура, замышлявшаяся авторами единообразного закона о переводном и простом векселе в те времена, когда безналичное денежное обращение еще не было общепринятым и обязательным для организаций. Поэтому над фразой закона «платательщик может при оплате векселя потребовать, чтобы он был вручен ему», понятной при наличных расчетах, приходится сильно напрягать воображение, чтобы не отдать вексель до поступления денег на расчетный счет векселедержателя. Не вдаваясь в разнообразные варианты и детали процесса предъявления векселя, мы рекомендуем векселедержателю при малейшей вероятности отказа в платеже опротестовывать вексель.

Протест векселя – это нотариальное действие, заключающееся в том, что на основании заявления векселедержателя нотариус самостоятельно предъявляет вексель к платежу (физически приходит по юридическому адресу векселедателя или направляет ему предложение об оплате векселя) и в случае отсутствия векселедателя по этому адресу или отсутствия ответа или платежа со стороны векселедателя составляет документ, именуемый «Акт протеста векселя в неплатеже». Государственная пошлина за такую работу нотариуса составляет 1% вексельной суммы, но не более 20 тыс. руб. На основании акта протеста суд общей юрисдикции в течение 20 дней выдает судебный приказ, являющийся исполнительным документом, который принимается к производству судебным приставом-исполнителем со всеми вытекающими последствиями. После отказа векселедателя в платеже по векселю, подтвержденному таким образом, векселедержатель вправе также потребовать оплаты векселя любым лицом, оставившим свою подпись на векселе без специальной оговорки, или всеми такими лицами одновременно.

Зачем же нужны векселя?

Качество и ценность векселя, так же как и качество любого заемного, кредитного обязательства, зависят от платежеспособности векселедателя и его поручителей. Вексель, выданный банком (так же как и авалированный банком), – это, как и любые банковские обязательства,

практически деньги. Действительно, векселя Сберегательного банка РФ и других банков широко используются как обход ограничений на наличные расчеты между организациями, что особенно актуально при аресте расчетного счета. Организации достаточно договориться со своими должниками, чтобы они платили не деньгами, а такими векселями. Любой кредитор организации тоже с удовольствием примет в оплату по договору банковские векселя. Такие расчеты с большим трудом отслеживаются налоговыми органами или арбитражным управляющим (в случае последующего банкротства организации) и предоставляют большой простор для недобросовестных действий.

Иногда в качестве оплаты по договору плательщик вместо денег передает вексель, по которому сам выступает векселедателем. Казалось бы, довольно бессмысленная на первый взгляд операция, но у нее есть свой резон. Во-первых, так удобно оформить отсрочку платежа. Во-вторых, контрагент, принявший такой вексель в качестве оплаты, получает безусловное право требования к векселедателю, плательщик как бы отказывается от любых возможных претензий по договору, которые могли бы обусловить задержку платежа или уменьшение суммы платежа.

Вексель применяется, конечно же, и по своему прямому назначению – как финансовый актив, доходное вложение средств. Векселя широко обращаются на неорганизованном рынке ценных бумаг. Более активному его использованию препятствует невозможность его обращения на организованном фондовом рынке – бирже.

Уделим некоторое внимание и вексельному сленгу. Часто от финансистов можно услышать выражение «**процентный**» вексель или «**дисконтный**» вексель. «Процентным» векселем, как нетрудно догадаться, называют вексель, который предусматривает начисление процентов на сумму долга. Если вексель со сроком погашения «по предъявлении» предусматривает уплату процентов, то проценты начисляются со дня составления векселя до дня его оплаты. Если уплату процентов предусматривает вексель со сроком погашения «по предъявлении, но не

ранее...», то проценты начисляются только после даты, указанной после слов «не ранее», до дня оплаты векселя. (Правда, налоговые органы об этом не знают и для целей налогообложения начисляют векселедержателю проценты с момента составления векселя.) Если вексель подлежит оплате в определенный день, то указывается точная сумма, подлежащая уплате в этот день. Ясно, что в последнем случае вексель обычно покупается или принимается в оплату с дисконтом (потому и «дисконтный» вексель), который подразумевает некоторую доходность для покупателя: вексель на сумму 100 руб. со сроком погашения через год будет куплен, например, с дисконтом 10% (за 90 руб.) покупателем, которого устраивает доходность 11,11% годовых на свои вложения.

Бухгалтеры подразделяют векселя на «**финансовые**» и «**товарные**». Никакого юридического смысла в таком делении нет, как нет и разницы в тексте векселей. Разница между финансовым и товарным векселем – в их назначении. Под «товарным» векселем понимают вексель, используемый в качестве платежа, как правило, за товар, поставку. «Финансовый» вексель – вексель, который сам выступает товаром, объектом купли-продажи. Такая сделка с векселем не облагается НДС.

Сотрудники правоохранительных органов нередко употребляют выражение «**необеспеченный вексель**», имея в виду, что вексель выдан организацией, не имеющей имущества и не осуществляющей хозяйственной деятельности. За этим юридически некорректным выражением стоят, как правило, оправданные подозрения в том, что такой вексель никогда не будет оплачен. Соответственно ни один вменяемый человек, если он не состоит в сговоре с векселедателем, не купит такой вексель, значит, за векселем стоят какие-то махинации. Юридически правильный подход к разоблачению таких махинаций – оценка рыночной стоимости векселя с учетом высоких рисков неисполнения обязательств по нему.

Напоследок надо заметить, что вексельное законодательство, принятое в 1930 г. Женевской конвенцией о единообразном законе о переводном и простом векселе, плохо стыкуется с современным гражданским законодательством и особенно с бухгалтерским учетом. Отсюда происходят некоторые, казалось бы, бессмысленные

документы, сопровождающие движение векселя, типа договора купли-продажи векселя, книги учета векселей, акта о предъявлении векселя к платежу и т.п. Не вдаваясь во все такие противоречия, посоветуем с этим смириться и отдаться на волю бухгалтеров.

Облигации

Облигации очень уместно рассмотреть сразу после векселя, поскольку с точки зрения прав, заключенных в этой ценной бумаге, они представляют собой то же самое, т.е. превращенный в ценную бумагу договор займа. Держатель облигации вправе потребовать от ее эмитента (лица, осуществившего выпуск облигаций и обязанного по ней) уплаты в установленный срок определенной денежной суммы (номинальной стоимости облигации) и, возможно, процентов на нее.

Однако порядок выпуска и обращения облигаций принципиально отличается от описанных правил для векселя. Главное отличие заключается в том, что облигация – это **эмиссионная ценная бумага**, т.е. она размещается выпусками, сразу в большом количестве штук, каждая из которых в рамках одного выпуска предоставляет держателю абсолютно одинаковые права: например, 1 млн облигаций номинальной стоимостью по 1 тыс. руб., сроком погашения 1 апреля 2020 г. Каждый такой выпуск должен пройти государственную регистрацию в Федеральной службе по финансовым рынкам (ФСФР), при которой выпуску присваивается государственный регистрационный номер, служащий в дальнейшем основным идентификатором облигаций этого выпуска. Если акции размещаются по открытой подписке, т.е. предлагаются для покупки всем желающим, то регистрация выпуска сопровождается регистрацией проспекта ценных бумаг. Проспект ценных бумаг содержит подробнейшую информацию об эмитенте, его руководстве и учредителях, финансово-хозяйственной деятельности, планах развития, рисках отрасли и т.п. Одновременно эта информация раскрывается на сайте эмитента в Интернете, а в последующем эмитент обязан сообщать на своем сайте обо всех сколько-нибудь важных событиях (решениях общего собрания акционеров, крупных сделках, смене руководства или крупных акционеров и т.д.).

Следующее принципиальное отличие облигаций от векселей заключается в том, что они являются практически бездокументарными ценными бумагами, т.е. не существуют в материальном виде как лист бумаги с заголовком «облигация», а представляют собой всего лишь учетную запись на лицевом счете покупателя, открытом в **депозитарии** – специальной организации, имеющей лицензию ФСФР на осуществление такой деятельности. С точки зрения порядка учета и обращения такие бездокументарные ценные бумаги, как облигации, можно сравнить с безналичными деньгами, для которых депозитарий выполняет роль банка: для открытия лицевого счета в депозитарии требуется практически такой же пакет документов, как для расчетного счета в банке; практически в том же порядке осуществляется перевод ценных бумаг со счета одного держателя на счет другого – на основании поручения, в котором указываются реквизиты счета для их зачисления. К счастью, депозитарий не может распоряжаться нашими ценными бумагами и предоставлять их в кредит, как это делает банк с нашими деньгами. Облигации на лицевом счете в депозитарии действительно остаются в собственности владельца счета, и риск их утраты в связи с банкротством депозитария отсутствует.

Все эти особенности процедуры выпуска и обращения облигаций имеют главной целью повышение их ликвидности, что, в свою очередь, позволяет как коммерческим организациям, так и государству привлекать крупные суммы займов через этот финансовый инструмент. Электронная система учета прав на облигации позволяет облигациям обращаться на фондовой бирже, где в течение дня с ними могут совершаться десятки тысяч операций. Инвесторы из открытых источников могут легко узнать исчерпывающую информацию об эмитенте, что является привлекательным для приобретения таких облигаций.

В то же время надо иметь в виду, что государство не несет никакой ответственности за достоверность информации, представленной эмитентом для государственной регистрации выпуска облигаций, так же как и за информацию, раскрываемую эмитентом в Интернете. В целом нет эффективной системы, которая препятствовала бы мошенничеству со стороны эмитента облигаций, а уж тем

более своевременно выявляла бы признаки финансовой несостоятельности эмитента. Неспособность эмитента исполнить свои обязательства по облигациям нередко оказывается «громом среди ясного неба» для участников фондового рынка.

Особым видом облигаций являются **жилищные сертификаты**. Жилищный сертификат удостоверяет право его владельца получить жилое помещение площадью, соответствующей номиналу принадлежащих ему сертификатов. Сертификат номинируется в квадратных метрах общей площади жилого дома, минимальный номинал – 0,1 кв. м. Выпускать такие облигации для финансирования строительства жилого дома вправе заказчик, обладающий правами на земельный участок и разрешительной документацией на строительство.

Акции

Акции, подобно облигациям, эмиссионные бездокументарные ценные бумаги. Объем прав, предоставляемых такой ценной бумагой, подробно описан в *«Акционерные общества»*, с. 41, поэтому здесь будут затронуты лишь вопросы выпуска, учета и обращения акций.

Как и облигации, акции размещаются выпусками, подлежащими государственной регистрации. Первый выпуск должен быть зарегистрирован после регистрации акционерного общества как юридического лица. Дальнейшие выпуски (дополнительные выпуски) осуществляются в любое время, как правило, по решению общего собрания акционеров и тоже должны пройти государственную регистрацию. Все **обыкновенные (голосующие)** акции одного акционерного общества имеют один и тот же номинал и предоставляют акционерам одинаковый объем прав. **Привилегированные акции** разных выпусков могут быть разного номинала и предоставлять разные права (по акциям одного выпуска, например, ежегодно выплачивается 10 руб. на акцию, а среди владельцев акций другого выпуска распределяется 5% чистой прибыли общества за прошедший финансовый год). Владельцы привилегированных акций не имеют права на участие в управлении обществом, т.е. не имеют права голоса на собрании акционеров общества, и вообще на него не приглашаются.

Зато они находятся в привилегированном положении по сравнению с владельцами обыкновенных акций в части получения дивидендов (отсюда и название таких акций): до выплаты дивидендов по привилегированным акциям не может быть речи о выплате дивидендов владельцам обыкновенных акций.

Первичное размещение акций осуществляется путем подписки на акции. Под словом «подписка» подразумевается просто заключение договоров купли-продажи акций с акционерным обществом – эмитентом акций. Правда, покупатель сначала должен заплатить за акции, а получить их сможет только тогда и в том случае, если будет зарегистрирован отчет об итогах размещения акций. При **закрытой подписке** полный список потенциальных приобретателей акций утверждается общим собранием акционеров одновременно с принятием решения о размещении акций (например, этот список может совпадать со списком уже существующих акционеров таким образом, что процентное соотношение принадлежащих им акций остается неизменным). При **открытой подписке** информация о размещении акций публикуется для всеобщего сведения, и купить акции может любой желающий.

В том случае, если акционерное общество объявляет открытую подписку на акции, как и в случае открытой подписки на облигации, оно обязано зарегистрировать проспект ценных бумаг и раскрывать информацию на своем сайте в Интернете. Только после этого возможно обращение акций на организованном рынке ценных бумаг – на фондовой бирже.

Объявленные акции, о которых часто можно встретить упоминание в уставе акционерного общества, – это вообще не акции в смысле ценных бумаг, а всего лишь описание возможных в будущем акций, решение о выпуске которых вправе принять совет директоров акционерного общества в упрощенном порядке – без созыва общего собрания акционеров. В остальном для того, чтобы объявленные акции появились как ценные бумаги и могли быть размещены, необходимо пройти обычную процедуру, включающую государственную регистрацию выпуска.

Как и облигации, акции не существуют в бумажном или ином материальном виде. Акции – это всего лишь

учетная запись в некотором списке – **реестре акционеров**. Реестр акционеров вправе вести само акционерное общество, если число акционеров не превышает 50. С некоторых пор акционерное общество обязано для этого иметь в штате сотрудника, прошедшего специальное обучение и получившего сертификат ФСФР, подтверждающий его квалификацию. Акционерное общество может (а при числе акционеров более 50 обязано) передать реестр специализирующейся на этом организации, имеющей лицензию ФСФР на осуществление такой деятельности, – независимому регистратору.

Реестр акционеров представляет собой список лицевых счетов с указанием их владельцев, количества акций, числящихся на каждом лицевом счете, и всю историю операций по лицевому счету. Общее количество акций, числящихся одновременно на всех лицевых счетах, очевидно, равно общему количеству размещенных акций данного акционерного общества. Но нельзя утверждать, что количество лицевых счетов равно количеству акционеров. Дело в том, что лицевой счет в реестре может открыть не только акционер, но и так называемый **номинальный держатель** – депозитарий, который не является акционером и собственником числящихся на его лицевом счете акций. Депозитарий, как уже говорилось в разделе «Облигации» на с. 83, – это организация, имеющая лицензию ФСФР на право осуществления деятельности по учету ценных бумаг. Здесь тоже можно провести аналогию с банком и безналичными деньгами: как вкладчик вправе открыть счет в любом банке, так и акционер вправе открыть лицевой счет в любом депозитарии, но депозитарий для этого должен иметь лицевой счет в реестре акционеров, аналогично тому, как коммерческий банк открывает корреспондентский счет в «банке банков» – Банке России. При этом Банк России не знает, кому принадлежат деньги на корсчете коммерческого банка, это знает только сам коммерческий банк. Так и держатель реестра акционеров не знает, кому принадлежат акции, числящиеся на лицевом счете депозитария: депозитарий самостоятельно ведет учет собственников, доверивших ему свои акции. Депозитарий вправе открывать лицевые счета акционерам или другим депозитариям, осуществлять перевод между

такими счетами по поручению акционеров («внутридепозитарный» перевод) или осуществлять перевод акций с таких счетов на счета акционеров в других депозитариях. В последнем случае перевод практически невозможен без участия держателя реестра акционеров, как межбанковский перевод денег обычно не осуществляется без участия Банка России. Даже подтверждение права собственности на акции выглядит аналогично подтверждению прав на деньги в банке; это выписка по лицевому счету, которую выдает депозитарий, регистратор или само акционерное общество, если оно не передало реестр регистратору.

Аналогия с банком и безналичными деньгами неверна в следующем: акции – это все-таки не обязательства, они рассматриваются законом как вещи, право собственности на которые всегда остается за акционером, где бы они ни числились – в депозитарии или в реестре акционеров. В этом есть и плюс, и минус. С одной стороны, по долгам регистратора или депозитария акции не могут быть изъяты (в отличие от денег на корсчете банка), этот риск владельцы акций не несут.

С другой стороны, возникает иного рода риск: депозитарий или регистратор может ошибочно или по злому умыслу списать акции с лицевого счета их владельца против его воли. Если бы это сделал банк с деньгами, то нам безразлично, куда отправились эти деньги, – банк обязан из своих средств возместить ущерб. Регистратор или депозитарий не может вернуть акции с какого-нибудь другого счета. Чтобы вернуть акции, придется судиться с тем, на чей счет эти акции были зачислены. При этом придется доказывать свое право собственности на акции, что может быть очень непросто, если регистратор (депозитарий) не захочет выдавать правдивую информацию о движении акций по лицевому счету. В свое время такой способ хищения нередко использовался рейдерами: реестр физически изымался у регистратора и передавался другому регистратору, который вел себя недобросовестным образом.

Инвестиционный пай паевого инвестиционного фонда

Паевой инвестиционный фонд (ПИФ) – одна из самых удивительных юридических конструкций, существующих в российском праве.

Создать ПИФ может управляющая компания – коммерческая организация, получившая лицензию ФСФР на осуществление деятельности по управлению паевыми инвестиционными фондами. Такая организация вправе зарегистрировать в ФСФР документ, именуемый правилами доверительного управления паевым инвестиционным фондом «Имярек» (каждый ПИФ имеет уникальное собственное имя). Правила фонда – это не что иное, как договор о доверительном управлении имуществом между управляющей компанией и инвесторами – владельцами инвестиционных паев фонда (будем для простоты называть их пайщиками). В числе прочего правила содержат инвестиционную декларацию – перечень активов, в которые могут быть инвестированы средства фонда. Это ключевая информация правил (все остальное – более или менее стандартные, предусмотренные законом условия). Инвестиционная декларация определяет нишу фонда: то ли это консервативные вложения в государственные облигации, то ли агрессивные инвестиции в акции второго эшелона и т.п. Одним из наиболее интересных видов ПИФов является **закрытый паевой инвестиционный фонд недвижимости (ЗПИФН)**. Его инвестиционная декларация предусматривает инвестиции в недвижимость. Слово «закрытый» в данном случае означает, что пайщики не могут требовать погашения паев (выплаты им стоимости паев) до истечения срока действия правил фонда, в отличие от пайщиков **открытого** фонда, которые могут требовать этого в любой момент, и пайщиков **интервального** фонда, которые вправе требовать этого в определенные периоды (например, в последний день каждого месяца).

После регистрации правил фонда управляющая компания приступает к формированию фонда. Лицо, желающее стать пайщиком, подает управляющей компании заявку на приобретение инвестиционных паев фонда и оплачивает управляющей компании стоимость приобретаемых паев (для открытых и интервальных ПИФов – только деньгами, для закрытых – возможно, другим имуществом). Если в установленный срок собрана определенная сумма денег (имущество определенной стоимости), предусмотренная правилами фонда, то фонд считается сформированным, и управляющая компания приступает

к управлению имуществом фонда. Для этих целей управляющая компания вправе заключать практически любые сделки с имуществом, включая его продажу.

Имущество фонда, переданное ему пайщиками, включая деньги, становится общей долевой собственностью пайщиков, с некоторыми, однако ограничениями. Законом прямо запрещен выдел в натуре принадлежащей пайщикам доли, что имеет огромные последствия: это означает, что имущество нельзя изъять по долгам пайщика. В этом заключается один из резонансов создания ПИФов – дополнительная «полоса препятствий» в организации «обороны» собственности.

Что же можно отобрать у пайщика? У пайщика можно отобрать бездокументарные ценные бумаги – инвестиционные паи, которые ему выдает фонд на сумму внесенного пайщиком имущества. Реестр владельцев инвестиционных паев ведет не управляющая компания, а другая лицензированная организация – специализированный депозитарий или регистратор. Учет прав на инвестиционные паи и их обращение аналогичны другим бездокументарным ценным бумагам, например акциям.

Для понимания конструкции ПИФа до некоторой степени можно провести аналогию с акционерным обществом: инвестиционные паи, как и акции, – бездокументарные ценные бумаги, предоставляющие их владельцам право на участие в управлении акционерным обществом и ПИФом путем участия в общем собрании акционеров (владельцев инвестиционных паев), а также право на выплату дохода от управления имуществом фонда (вроде дивидендов). Подобно акционерам, распределяющим между собой имущество, оставшееся после ликвидации акционерного общества, владельцы инвестиционных паев получают в собственность имущество расформированного ПИФа. Отличие от акционерного общества (и отличие это колоссальное) в том, что ПИФ не является юридическим лицом, не является субъектом права и хозяйственного оборота. Это означает, например, что по долгам, возникшим в связи с управлением имуществом ПИФа, практически никто не несет ответственности. Если бы и удалось предъявить кому-либо претензии (выбор не велик – к собственникам-пайщикам или управляющей

компании), то по долгам пайщиков, как уже говорилось, изъять имущество фонда нельзя, а по долгам управляющей компании – тем более.

Описанные странности такой юридической конструкции, как ПИФ, пользуются большой популярностью у крупных владельцев недвижимости. Предположим, гражданину принадлежит офисное здание, которое он сдает в аренду. Если выручка не превышает 60 млн руб. в год, то альтернативы упрощенной системе налогообложения нет (см. «*Предпринимательская деятельность гражданина*», с. 11). Но если выручка превышает указанную сумму – гражданину прямая дорога в ЗПИФН. Передав здание в ЗПИФН, гражданин будет платить лишь 13% НДФЛ от фактически выплаченных ему управляющей компанией денег вместо 20% налога на прибыль. Такой доход будут рассматриваться как доход от вложений в ценные бумаги, а не от предпринимательской деятельности, поэтому не надо регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя, т.е. такая деятельность доступна всем, кому предпринимательская деятельность противопоказана. Кроме того, исчезает налог на имущество и земельный налог, которые могут составлять немалую часть доходов собственника. Налог на добавленную стоимость, несмотря на различные мнения по этому поводу, все-таки платится управляющей компанией за счет имущества фонда.

Если гражданин является единственным пайщиком ЗПИФН (как обычно и бывает), то он практически не теряет контроля над переданной в ЗПИФН недвижимостью: в любой момент может расформировать фонд и забрать недвижимость обратно (собственно, в ЕГРП она и так всегда числится его собственностью), сменить управляющую компанию, изменить правила фонда (например, периодичность выплаты дохода) и т.д.

Складское свидетельство

Складское свидетельство – ценная бумага, удостоверяющая право ее владельца получить товар с товарного склада – специализированной организации, которая профессионально занимается хранением товаров. В отличие от **складской квитанции** – другого документа, также подтверждающего принятие товаров на хранение,

но не являющегося ценной бумагой, складское свидетельство должно обладать рядом предусмотренных законом реквизитов (в частности, номером по реестру склада) и может передаваться от одного владельца другому. Передача складского свидетельства имеет те же юридические последствия, что и передача самого товара, – моментом реализации товара и перехода права собственности на него является момент передачи ценной бумаги (во всяком случае, с точки зрения налогового законодательства). Именно это вкладывается в понятие «товарораспорядительный документ».

Существует **простое складское свидетельство** и **двойное складское свидетельство**. Простое складское свидетельство выдается на предъявителя. Склад обязан выдать товар любому лицу, предъявившему такую ценную бумагу.

Двойное складское свидетельство состоит из двух частей идентичного содержания: **складского свидетельства** и **залогового свидетельства**, каждая из которых признается ценной бумагой и может передаваться отдельно от другой по передаточной надписи. Получить товар со склада может только владелец обеих частей двойного складского свидетельства. Таким образом, владелец отдельно взятого залогового свидетельства может быть уверен (насколько он вообще может доверять складу как организации), что собственник товара – владелец складского свидетельства не сможет забрать товар со склада до тех пор, пока не рассчитается по обеспеченному заложенным свидетельством обязательству (например, по предоставленному кредиту).

Залоговое свидетельство удостоверяет право на залог товаров, находящихся на складе (см. «Залог», с. 163). Поясним только, что залог не существует как самостоятельное право, а служит обеспечением какого-то другого права (требования), чаще всего требований по кредиту (займу). Таким образом, залоговое свидетельство может передаваться только кредитору владельца складского свидетельства.

Коносамент

Коносамент был бы обычной транспортной накладной, подтверждающей прием груза к перевозке морским

судном, если бы международными правилами, регулирующими морские перевозки, этот документ не был признан товарораспорядительным документом, т.е. документом, передача которого приравнена к передаче товара, находящегося на борту судна. Право владельца коносамента потребовать выдачи ему груза делает коносамент ценной бумагой, похожей по своей природе на простое складское свидетельство, где роль склада выполняет организация-перевозчик.

Коносамент как ценная бумага в буквальном смысле уходит в прошлое по мере развития электронного оборота документов, сопровождающих морские грузы.

Закладная

Закладная – ценная бумага, удостоверяющая сразу два права: требование по возврату предоставленного кредита (займа) и право залога на недвижимое имущество, предоставленного в обеспечение такого кредита (займа). При этом должник (к которому может быть предъявлено требование о возврате кредита) и собственник заложенной по этому кредиту недвижимости могут быть разными лицами. Смысл закладной, как и смысл ценных бумаг вообще, – упростить передачу прав по кредиту, обеспеченному залогом недвижимости (ипотекой), сформировать рынок таких активов. При отсутствии необходимости в передаче таких прав закладная не нужна, достаточно оформления традиционных кредитного договора и договора об ипотеке. О залоге и ипотеке см. «Залог», с. 163.

Опцион эмитента

Опцион эмитента – эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, в срок и при обстоятельствах, оговоренных в опционе. Экономисты называют опцион второй производной от активов, имея в виду под первой производной акции, которые уже сами по себе имеют весьма опосредованное отношение к реальным активам.

Мы упоминаем эту ценную бумагу только как пример изощренности финансистов на поприще секьюритизации.

Мы опустим упоминание прочих ценных бумаг, которые еще более экзотичны в современной российской предпринимательской практике: **чеки, депозитный и сберегательный сертификаты, банковская сберегательная книжка на предъявителя, приватизационные ценные бумаги (ваучеры).**

2.1.4. Источники повышенной опасности

Источники повышенной опасности – это не какой-то определенный подвид вещей, а некое собирательное понятие, объединяющее вещи по не очень четкому критерию – повышенная опасность для окружающих в силу отсутствия над ними полного контроля со стороны человека.

Закон прямо называет некоторые из таких вещей: транспортные средства, механизмы, электрическая энергия высокого напряжения, атомная энергия, взрывчатые вещества, сильнодействующие яды. Другие вещи суды традиционно относят к источникам повышенной опасности (дикие животные) или могут отнести к ним в конкретном случае (собака определенной породы).

Мы остановились на этой категории вещей по важной причине: закон связывает с ними неприятные юридические последствия – **владелец таких вещей обязан возместить причиненный ими вред независимо от наличия его вины.** Владелец таких вещей как бы виноват уже в том, что приобрел их: то ли гражданин привез из тропиков обезьяну, которая сбежала и покусала соседей, то ли самолет авиакомпании упал на жилой дом – гражданин и авиакомпания должны возместить причиненный вред в полном объеме независимо от того, какие меры они принимали для предотвращения случившегося и знали ли об этом вообще. Таким образом, сам факт владения такими вещами порождает повышенные риски, которые необходимо учитывать и в предпринимательской деятельности.

Чаще всего мы сталкиваемся с такими источниками повышенной опасности, как транспортные средства, особенно автомобили. На примере автомобилей рассмотрим подробнее последствия причинения ими вреда.

Кто именно понимается под владельцем автомобиля, несущим ответственность за причинение вреда? Прежде

Не заводите дома обезьяну

всего – собственник (здесь будем понимать под собственником также и организации, владеющие имуществом на праве оперативного управления или хозяйственного ведения, т.е. учреждения и унитарные предприятия). Если собственник передал автомобиль другому лицу по доверенности или по договору (аренды, например), то ответственность за причинение вреда несет такое лицо, за исключением работника организации, управляющего автомобилем в рамках его служебных обязанностей. В случае противоправного завладения автомобилем за причиненный вред отвечает лицо, незаконно завладевшее им.

Итак, если гражданин на личном автомобиле сбил пешехода, то отвечает водитель, управлявший по доверенности, независимо от того, кто является собственником автомобиля. Если это же совершил водитель организации на служебном автомобиле, отвечает организация. Имеется в виду имущественная ответственность за причинение вреда. Уголовную или административную ответственность за нарушение правил дорожного движения, конечно же, всегда несет настоящий виновник – водитель автомобиля. В том случае, если столкнулись два автомобиля, правила об источниках повышенной опасности не применяются при возмещении вреда друг другу (владельцем одного автомобиля владельцу другого автомобиля), а применяются только по отношению к третьим лицам (к пассажирам, например).



Случай из юридической практики. Гражданин «продал автомобиль по доверенности», т.е. выдал другому гражданину доверенность на управление и распоряжение автомобилем, рассчитывая, что «покупатель» снимет автомобиль с учета и оформит его на себя. Покупатель не совершил этих действий, а по истечении срока доверенности сделал новую доверенность на управление автомобилем, подделав подпись продавца. После этого покупатель, управляя автомобилем, сбил пешехода. В рамках уголовного дела в отношении водителя (покупателя) потерпевшими были заявлены требования о возмещении вреда здоровью к гражданину-«продавцу», до сих пор являвшемуся собственником автомобиля. Суд удовлетворил требования потерпевших, не признав доводы ответчика о том, что вред должен возместить «покупатель», поскольку он противоправно завладел автомобилем.

Практический вывод, который следует сделать из данного раздела: в целях снижения рисков бизнеса и защиты активов не следует одной организации быть собственником ценного имущества и владельцем источников повышенной опасности. Лучше использовать аутсорсинг или, по крайней мере, создать отдельную организацию, несущую на себе повышенные риски, связанные, скажем, с оказанием транспортных услуг. В более обобщенном виде стратегия защиты активов может быть сформулирована так: организация – владелец ценных активов вообще не должна осуществлять никакой деятельности и не иметь ни одного работника.

2.1.5. Транспортные средства

Транспортные средства уместно еще раз выделить как особое имущество, хотя мы только что о них говорили. Теперь мы хотим сказать несколько слов о другой особенности этого имущества – государственной регистрации. Это совсем не та регистрация, которая имелась в виду раньше, в разделе о недвижимости (здесь мы имеем в виду прочие транспортные средства, не относящиеся к недвижимости в силу закона). Слово «регистрация», кстати, вообще ни о чем не говорит. В свое время, например, Правительство Москвы ввело регистрацию печатей – бессмысленную процедуру, не предусмотренную федеральным законодательством, о добровольном характере которой трудно было догадаться.

Государственная регистрация транспортного средства – это не регистрация прав или ограничений прав на транспортные средства, а учет и допуск транспортного средства к эксплуатации. Хотя когда-то государственные органы действительно осуществляли функцию регистрации залога транспортных средств, такая процедура давно отменена, к сожалению банков, кредитующих под залог автомобилей. Сегодня кредиторы обычно физически забирают у собственника автомобиля паспорт транспортного средства (ПТС) в качестве гарантии возврата кредита, что может помочь только в отношениях с честными и наивными заемщиками. Недобросовестный заемщик просто получит новый ПТС в ГИБДД МВД России.

Автомототранспортные средства и прицепы к ним подлежат государственной регистрации в органах ГИБДД. Самоходные машины (вездеходы, трактора, дорожно-строительная техника) регистрируются органами Гостехнадзора. Кстати, Гостехнадзор, в отличие от ГИБДД, продолжает регистрировать и договоры залога самоходных машин (что не является обязательной по закону процедурой). Маломерные суда (включая принадлежащие гражданам гребные лодки, байдарки, водные мотоциклы, яхты) регистрируются Государственной инспекцией по маломерным судам МЧС России. Транспортные средства воинских формирований регистрируются в особом порядке – органами военной автоинспекции. Многие из перечисленных объектов, кроме указанной регистрации, еще должны быть поставлены на учет в военкомате.

Еще раз обращаем внимание на то, что сделки с такими объектами осуществляются в обычном порядке, как и сделки с любым движимым имуществом, и не требуют нотариального удостоверения и государственной регистрации. Также по общим правилам переходит право собственности на транспортные средства, как правило, в момент физической передачи вещи, а не в момент государственной регистрации.

2.1.6. Имущественные права

К имущественным правам относят все то имущество, которое нельзя назвать вещью. Например, доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью по сути почти то же самое, что и акция (см. *«Общество с ограниченной ответственностью»*, с. 27): с передачей ее другому лицу к приобретателю переходят права на участие в управлении обществом и прочие права участника, аналогичные правам акционера. Общество с ограниченной ответственностью так же ведет список участников – владельцев долей в его уставном капитале, как акционерное общество ведет реестр акционеров; ни акция, ни доля в уставном капитале не существуют в материальном виде как бумажный документ. При всем этом сходстве акции отнесены законом к вещам, а доля в уставном капитале – к имущественным правам.

По **договору участия в долевом строительстве** мы тоже получаем всего лишь имущественные права, а именно право требовать передачи нам введенного в эксплуатацию объекта недвижимости (чаще всего квартиры). Только после такой передачи участник долевого строительства может оформить свое право собственности на конкретную квартиру. Такие договоры раньше даже не подлежали государственной регистрации, что приводило к заключению договоров с несколькими инвесторами в отношении одной и той же квартиры. С 1 апреля 2005 г. такие договоры регистрируются в ЕГРП, кроме тех случаев, когда разрешение на строительство объекта было выдано до этой даты, поэтому еще можно встретить случаи, когда такой регистрации не требуется. В том случае, если договор участия в долевом строительстве подлежит государственной регистрации, регистрации подлежит и договор уступки прав, вытекающих из него.

Имущественные права следует отличать от другого имущества (вещей) и, в частности, от объектов недвижимости, хотя бы потому, что их по-разному регулирует Налоговый кодекс РФ: налоговый вычет в размере 1 млн руб., например, предоставляется именно при продаже недвижимого имущества (квартиры, жилого дома), но не при продаже имущественных прав, вытекающих из договора участия в долевом строительстве – пресловутой «долевки».

Чаще всего под имущественными правами подразумевают права требования о передаче имущества, которое не обременено встречными обязательствами, т.е. уже оплачено. Например, **дебиторская задолженность** контрагентов-продавцов, получивших оплату за товар авансом, или покупателей, получивших товар. Имущественные права могут вытекать из судебного решения. Если имущественные права подразумевают выплату денег, то мы имеем дело с **денежным требованием**.

Как мы уже говорили, безналичные деньги, отнесенные законом к вещам, – это, в сущности, тоже денежные требования к банку, по природе своей ничем не отличающиеся от денежных требований к другим организациям.

Еще одно несколько необычное имущественное право – **право аренды**, в частности право на долгосрочную аренду недвижимого имущества. Это довольно странное

право, ведь за аренду надо регулярно платить. Никому не придет в голову продавать право аренды офисного помещения, подразумевающее ежемесячную арендную плату по рыночной ставке. В действительности ценность представляет только разница между рыночной ставкой и ставкой по договору. Поэтому обычно речь идет о таких долгосрочных договорах аренды государственных и муниципальных помещений и земельных участков, которые предусматривают низкую арендную плату. Например, хорошо развит рынок прав на долгосрочную аренду лесных участков в Подмосковье. Рыночная цена аренды лесного участка, объединенного забором с приусадебным участком, может в десятки раз отличаться от государственных ставок. Отсюда ажиотаж и злоупотребления при проведении аукционов по продаже таких прав.

*Если тебе дорог
лес – продай его
соседу*

К имущественным правам также относятся исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), о чем подробнее см. *«Интеллектуальная собственность» на с. 112.*

Как мы несколько раз обращали внимание, разница между вещами и имущественными правами в юридическом смысле довольно условна. Все перечисленные имущественные права, хотя и не являются материальными ценностями, наделены почти всеми атрибутами вещей: учитываются как активы организации, имеют рыночную и балансовую стоимость, могут быть предметом купли-продажи. Как любое имущество, имущественные права могут быть арестованы судебным приставом-исполнителем по долгам организации, оценены и проданы с торгов.

Однако имущественные права, в отличие от вещей, имеют один большой недостаток: их ценность, реальная рыночная стоимость кардинально зависит от платежеспособности контрагента, обязанного по таким имущественным правам. Впрочем, тот же недостаток и у ценных бумаг, единственной «ценностью» которых являются заключенные в них имущественные права. При банкротстве обязанного лица (эмитента ценных бумаг, должника по договору, заказчика-застройщика) имущественные права просто аннулируются, а ценные бумаги обесцениваются.

2.2. Собственность

Мы говорим «имущество», подразумевая «собственность», потому что у любого имущества есть собственник. Мы говорим «собственность», подразумевая «имущество», «вещь», потому что не может быть права собственности самого по себе, без предмета, на который оно распространяется.

2.2.1. Правомочия собственника

Собственность – один из древнейших юридических институтов. Глубоко в природе человека желание обладать вещью единолично, безраздельно, ни с кем не делясь. Конструкция собственности зиждется на индивидуализме и жадности. Маленький ребенок уже интуитивно понимает, что собственность – это те игрушки, которыми может играть только он. Поскольку ребенку в любой момент может понадобиться игрушка, без его разрешения никто не должен ее брать.

*Собственность –
это эксклюзив*

В эксклюзивности – суть права собственности. Только собственник, и никто кроме него, не обладает широким кругом полномочий в отношении вещи. Что это за полномочия?

Общепринятое определение права собственности – это триада полномочий: **права владения, распоряжения и пользования** вещью; формулировка из древнеримского учебника для студентов дошла до наших дней и закреплена в законе. Однако не следует придавать сакрального значения этой формуле, которая не способна вместить в себя все реалии жизни.

Владеть означает обладать физически, держать в руках. Трудно, однако, представить себе владение земельным участком, бездокументарной ценной бумагой или спутником на геостационарной орбите. Право распоряжения вещью – это право определить ее юридическую судьбу, продать, подарить вещь, отказаться от нее, наконец, выбросить. В то же время крайне ограничены возможности распоряжения оружием (например, охотничьим ружьем, наградным пистолетом). Пользоваться – значит извлекать пользу, доход. При этом надо отдавать себе отчет в том, что

извлечь доход и пользу из денежной купюры невозможно, если собственник не хочет ее никому отдавать, т.е. без распоряжения этой купюрой. С учетом изложенных недостатков сформулируем право собственности проще и полнее: **право собственности – это право делать с вещью все что угодно, если только это не запрещено законом.**

Действительно, законом не запрещено забивать гвозди микроскопом. Значит, право собственности в отношении микроскопа – это не только право пользоваться им по назначению, но и право разбить его о стену.

2.2.2. Ограничения права собственности

Однако если законом ограничены какие-либо действия в отношении вещи, то собственник не может этого делать, хотя ему это может казаться странным и несправедливым. Использовать автомобиль по назначению можно только после его регистрации в ГИБДД, только с соблюдением Правил дорожного движения и имея водительское удостоверение. Поэтому неполноценна собственность на автомобиль, если у собственника нет водительского удостоверения, ведь он лишен права пользования. Собственник здания, признанного памятником архитектуры, не может реконструировать его на свое усмотрение, тем более снести его. Собственник иностранной валюты не может одновременно вывезти из России более 10 тыс. долл. США, хотя бы у него и сохранились квитанции о приобретении этой валюты в банке.

Но эти ограничения не самое страшное. Законом часто предусмотрены изъятия из общего правила эксклюзивности права собственности. Все время оказывается, что кроме собственника кто-то другой вправе без разрешения распоряжаться или пользоваться его вещью.

Например, если собственник здания не может попасть в него иначе, чем через принадлежащий другому лицу земельный участок, то говорят, что собственник здания имеет «сервитут» – право ограниченного пользования чужим земельным участком, т.е. без согласия собственника земельного участка может через него проходить, проезжать.

Понятно, что чем больше прав в отношении вещи у других лиц, тем меньше остается их у собственника.



Удивительный сервитут, известный еще древним римлянам, сохранился в Англии. Владелец дома может запретить собственнику соседнего земельного участка портить живописный вид из окон. Даже в случае проведения каких-то необходимых работ техника, работающая перед окнами дома, должна быть выкрашена в зеленый цвет.

Собственность – это условность

В некоторых случаях правомочия собственника превращаются почти в фикцию, как, например, правомочия собственника лестничного пролета запасного пожарного выхода в здании.

Таким образом, слово «собственность» применительно ко всем вещам мало о чем говорит. Всегда надо понимать, какой именно объем прав под этим подразумевается, по поводу какого объекта это слово употребляется.

Право собственности – это не какая-то трансцендентная, идеальная связь собственника с вещью и не данный свыше порядок вещей, а всего лишь молчаливое согласие большинства окружающих нас людей с тем фактом, что они не могут без нашего разрешения пользоваться, владеть и распоряжаться вещью, считающейся нашей собственностью. Это согласие людей временно, подвержено изменению в периоды социальных конфликтов, например. Государство защищает право собственности как условие стабильности хозяйственного оборота, однако оно первым нарушит это право в случае необходимости удержания власти.

Более того, чтобы окружающие могли признать чье-то право собственности на вещь, они должны о нем хотя бы узнать. Теоретически мы не лишаемся права собственности на вещь, если ее у нас украли, например, вор не приобретает право собственности на автомобиль. Однако если нам не удалось разыскать украденный автомобиль, значит, на нем ездит кто-то другой, и окружающие по умолчанию признают его право собственности, а не наше.

2.2.3. Принудительное изъятие собственности

Времена священного и неприкосновенного права собственности давно прошли. В России они и не наступали. Общая тенденция – ограничение прав собственника

в общественных интересах, упрощение процедуры принудительного изъятия собственности в государственных и муниципальных целях.

Приведем некоторые основания и формы изъятия собственности.

Конфискация – безвозмездное изъятие у собственника имущества, полученного преступным путем.

Реквизиция – изъятие имущества у собственника с выплатой ему стоимости имущества по решению государственных органов в таких случаях, как стихийные бедствия, аварии и т.п.

Выкуп имущества, чаще всего земельного участка и находящейся на нем недвижимости для государственных и муниципальных нужд (строительство дорог, олимпийских объектов и т.д.).

Обращение взыскания на имущество по обязательствам собственника для его продажи (обычно с публичных торгов) и расчетов с кредиторами из вырученной от продажи суммы.

Изъятие земельного участка сельскохозяйственного назначения в случае неиспользования его в соответствии с целевым назначением в течение трех лет.

2.2.4. Обязанности и риски собственника

Последний пункт, касающийся земельных участков сельскохозяйственного назначения, тесно связан с темой обязанностей собственника, о которых часто забывают. Собственник участка сельскохозяйственного назначения обязан использовать участок, т.е. обязан заниматься сельхозпроизводством (или найти сельхозпредприятие, которое будет обрабатывать землю).

Говоря же о других объектах собственности, следует отметить, что основной обязанностью их владельцев является бремя содержания имущества. Бремя содержания, как правило, может быть оценено и выражено в деньгах. Собственник здания должен его ремонтировать как минимум для того, чтобы здание не обрушилось и не причинило вреда людям. Собственник квартиры в многоквартирном доме обязан оплачивать коммунальные платежи, и у него

**Собственность –
это бремя**

нет возможности отказаться от отопления, например. Владелец собаки должен кормить ее, чтобы она не покусала от голода соседей.

Наконец, не следует забывать о налогах на имущество. Вообще, если бы государство задалось целью отобрать у собственников имущество, например землю, оно могло бы так увеличить земельный налог, что собственники сами отдали ее государству.

В свою очередь, неисполнение обязанности по содержанию имущества влечет гражданско-правовую ответственность собственника. По общему правилу эта ответственность выражается в возмещении ущерба, причиненного другим лицам. Если на вас упал сугроб снега с крыши, вы вправе предъявить имущественные претензии собственнику здания. Как правило, собственник в свою очередь перекладывает ответственность на эксплуатирующую организацию, при условии, что с эксплуатирующей организацией заключен соответствующий договор.



Случай из юридической практики. Мальчик наступил на неплотно закрытый канализационный люк, провалился и сломал ногу. Собственником канализационного колодца являлось муниципальное предприятие. Родителям мальчика удалось взыскать с этого муниципального предприятия материальный ущерб – расходы на лечение и компенсацию морального вреда.

**Собственность –
это риски**

Даже исполняющий обязанности по содержанию имущества собственник не может быть уверен, что ему не придется возмещать ущерб, причиненный его имуществом другим лицам. Особенно это справедливо в отношении источников повышенной опасности.

Наконец, собственник несет риск случайной гибели имущества. Проще говоря, если имущество погибло без вины третьих лиц, собственнику некуда жаловаться и не на кого переложить убытки (кроме страховой компании).

2.2.5. Приобретение и прекращение права собственности

Многие люди отождествляют право собственности с документом, например со свидетельством о праве собствен-

Право собственности не имеет ничего общего с документами, подтверждающими право собственности.

ности. Многие владельцы земельных паев, получившие в начале 1990-х гг. свидетельство о праве собственности на земельный пай бывшей колхозной земли, искренне считают, что потеряли собственность на землю, потому что не могут найти этот документ. Конечно, это не так.

Следует ясно понимать, что лицо приобретает право собственности на имущество и теряет его в силу определенных, предусмотренных законом действий и событий. Документы – это всего лишь письменные доказательства тех событий, в силу которых собственник приобрел право собственности на имущество.

Законом предусмотрен исчерпывающий перечень оснований приобретения и прекращения права собственности. Вот некоторые из них.

Договор об отчуждении имущества – это, конечно же, наиболее распространенный способ приобретения права собственности, причем чаще всего это договор купли-продажи (этот же договор – основание прекращения права собственности для продавца). Другими договорами об отчуждении имущества могут быть договор дарения, договор мены.

Право собственности на новый автомобиль подтверждается договором купли-продажи с автосалоном. Поскольку ГИБДД при постановке транспортного средства на учет проверяет первичные документы о приобретении права собственности и только на их основании выдает свидетельство о регистрации транспортного средства и делает запись в паспорт транспортного средства (ПТС), то эти документы тоже можно считать доказательством права собственности. Однако в случае потери этих документов они могут быть восстановлены. Это, кстати, означает, что при залоге транспортного средства нет особого смысла забирать у собственника ПТС: мошенник в ГИБДД получит дубликат и продаст транспортное средство с тем же успехом, как если бы у него не изымались документы.

Право собственности на ботинки подтверждается чеком из магазина, который доказывает, что покупатель заключил с магазином договор купли-продажи и заплатил по нему.

Право собственности на валюту, которую мы берем с собой в поездку за рубеж, может подтверждаться справкой банка, в котором мы ее купили.

Право собственности на новую вещь, как правило, возникает у того, кто ее для себя создал. Промышленное предприятие в силу этого положения закона приобретает право собственности на произведенную продукцию. Исключением из этого правила может быть только следующий пункт.

Переработка – право собственности на вещь, изготовленную путем переработки чужих материалов, принадлежит собственнику материалов, если только стоимость переработки существенно не превышает стоимости материалов.

Зачастую в договоры купли-продажи или поставки включают пункт о том, что право собственности на вещи не переходит к покупателю до их оплаты. Этот пункт далеко не всегда поможет. Поставщик стального проката не может претендовать ни на автомобили, произведенные из принадлежавших ему стальных листов, ни на сами эти видоизмененные стальные листы, например кузов автомобиля. Принадлежавших поставщику стальных листов уже нет. Есть новая вещь, стоимость создания которой существенно превышает использованные в ней стальные листы. Поставщик в данном случае может требовать только оплаты стоимости принадлежавших ему материалов.

Плоды, продукция и доходы, полученные в результате использования имущества, принадлежат лицу, использующему это имущество на законном основании, т.е. собственнику, если он не передал право пользования кому-то по договору аренды, например.

Собственнику земельного участка сельскохозяйственного назначения принадлежит весь урожай, который на нем вырос, если нет договора аренды, по которому такой урожай принадлежал бы обрабатывающему землю арендатору. До сих пор нередки ситуации, когда сельхозпредприятия, созданные на базе бывших колхозов, не утруждают себя процедурой оформления договора аренды с пайщиками земельного участка. Эта процедура действительно не проста: необходимо провести собрание пайщиков, которых может быть несколько тысяч, на котором они должны проголосовать за заключение договора аренды. Такие сельхозпредприятия должны быть готовы

к тому, что пайщики потребуют свой урожай, а чтобы взыскать с пайщиков расходы, связанные с возвращением этого урожая, их придется документально доказывать в судебном порядке.

Нефтяная компания приобретает право собственности на нефть в момент извлечения ее из недр на основании лицензии, которая позволяет ей разрабатывать конкретный участок недр. До тех пор пока нефть (или другие природные ресурсы) не извлечены из недр, это государственная собственность.

*Недра принадле-
жат народу!*

Опуская экзотические и редкие для предпринимательской деятельности основания приобретения права собственности, следует упомянуть только то, что существуют особые основания приобретения права собственности для государства и муниципальных образований, они же для простых смертных являются основаниями утраты права собственности – это большинство упомянутых случаев принудительного изъятия имущества.

Прекращается право собственности, как правило, по договору об отчуждении имущества. Не упоминая другие редкие случаи утраты собственности, следует сказать еще только о следующих двух.

Гибель или уничтожение вещи. Очевидно, если вещь физически исчезла, то исчезло и право собственности независимо от того, по какой причине вещь погибла или была уничтожена. В зависимости от обстоятельств речь может идти только о возмещении ущерба, если вещь уничтожена по чьей-то вине, или о страховке, если обстоятельства гибели вещи являлись страховым случаем по заключенному со страховой компанией договору.

С теоретической точки зрения не следует смешивать этот случай с кражей вещи. При краже собственность не исчезает, поскольку вещь не погибла. Если ее удастся найти, она возвращается собственнику. Практически же, если вещь не найдена, а вор изобличен, встает вопрос о возмещении ущерба.

Отказ собственника от права собственности, как правило, документально не оформляется. Отказ от собственности обычно с очевидностью вытекает из действий лица. Вещь, выброшенная в мусорный бак, становится

бесхозной. Бомжи на совершенно законных основаниях могут присвоить себе что-то из найденного в нем.

Итак, право собственности не исчезает с утратой документов. Однако на практике действительно может быть проблематично доказать свое право собственности без них. Приобретая право собственности на вещь, всегда полезно подумать, каким документом впоследствии удастся доказать те обстоятельства, в силу которых право собственности приобретено. К счастью, документы в отношении наиболее дорогих и важных объектов права собственности обычно могут быть восстановлены.

Право собственности не имеет никакого отношения к бухгалтерскому учету

Еще одно распространенное недоразумение в отношении права собственности связано с бухгалтерским учетом в организациях.

Некоторые бухгалтеры уверены, что собственность организации – то, что числится у нее на балансе. Это заблуждение имеет под собой некоторые основания. В свое время при приватизации государственных предприятий в их собственность передавалось все, что числилось на балансе. Сведения из бухгалтерского учета переносились в документ, который именовался «План приватизации». Именно этот документ и явился основанием приобретения права собственности на имущество приватизированными акционерными обществами. Однако первичен именно этот документ. Если в него что-то не было включено, это и не было передано государством в собственность приватизированного предприятия, хотя бы ошибки в бухгалтерском учете потом обнаружались. Нередко руководители таких предприятий потом находили на огромной своей территории постройки, собственность на которые им не принадлежала, поскольку они были построены своими силами («хозспособом») и их не учли в балансе.

В настоящее время надо совершенно ясно понимать, что приобретенное в собственность организации имущество принадлежит ей независимо от того, учтено ли оно бухгалтерией. И наоборот, если бухгалтерия по ошибке учла чужое имущество (например, в результате плановой инвентаризации) или забыла списать проданное имущество, то такое имущество не является собственностью организации.

Можно пошутить над бухгалтером, задав ему вопрос: принадлежит ли организации право собственности на имущество, которое полностью амортизировано и списано по акту? Многие, думаю, дадут отрицательный ответ. По этому поводу следует заметить, что начисляемая бухгалтерией амортизация вообще не имеет никакого отношения к реальности. Начисленная за определенный период амортизация имущества – это не более чем предоставленное законом право уменьшить на соответствующую сумму налогооблагаемую базу по налогу на прибыль. Списание и оформление соответствующего акта – это всего лишь возможность на законном основании «расчистить» баланс, избавиться от лишней работы по аналитическому учету этого имущества. При всем этом, если имущество физически существует, оно осталось в собственности организации, может быть использовано или, например, продано.

2.2.6. Виды собственности

Собственность условно подразделяют на **государственную, муниципальную и частную** в зависимости от субъекта права собственности. В свою очередь, государственная собственность может быть **федеральной** (если имущество принадлежит Российской Федерации) или **собственностью субъекта РФ** (субъект права – один из субъектов РФ, например Московская область). Муниципальная собственность – это собственность муниципальных образований (любого города, кроме Москвы и Санкт-Петербурга, района в области и т.д.)

Любая другая собственность по определению частная. В этом и заключается условность такого деления. Частной собственностью считается, например, имущество госкорпораций (см. «Государственные корпорации», с. 62), или акционерного общества, все акции которого принадлежат государству.

В связи с рассмотрением видов собственности уместно пояснить понятие приватизации имущества.

Приватизация – это переход собственности из государственной или муниципальной в частную, т.е. отчуждение имущества государством или муниципальным образованием в пользу физических и юридических лиц.

*Все имущество
госкорпораций –
частная собствен-
ность*

Приватизация не является каким-то особым основанием приобретения или прекращения права собственности. Оформляется приватизация обычно договором об отчуждении имущества. Законодательство, регламентирующее процесс приватизации, достаточно детально предусматривает процедуру заключения такого договора и предшествующие ему действия государственных чиновников в целях ограничения злоупотреблений и коррупции. В сущности, законодательство о приватизации регламентирует некую внутреннюю, административную деятельность госаппарата и, казалось бы, должно мало интересовать покупателя. Однако нарушение этой процедуры может быть основанием для признания недействительным договора, по которому частное лицо приобрело имущество.

Наконец, выделяют понятие «**общая собственность**» в том случае, когда у вещи двое собственников или более. Общую собственность подразделяют на *общую долевую* и *общую совместную*.

Общая совместная собственность возникает только в нескольких, прямо предусмотренных законом случаях: а) собственность супругов в отношении совместно нажитого имущества; б) собственность членов крестьянского (фермерского) хозяйства; в) собственность на приватизированную квартиру, если такой вариант приватизации выбрали ее жильцы.

Доли собственников при общей совместной собственности могут быть только равными. Супругам все принадлежит поровну, при приватизации квартиры в общую совместную собственность пяти человек каждому может принадлежать только 1/5 доля.

Общая долевая собственность – все остальные случаи общей собственности. В предпринимательской практике, пожалуй, наиболее частый случай – это общая долевая собственность на недвижимость. Общая долевая собственность возникает также при заключении договора простого товарищества (договора о совместной деятельности).

Для общей долевой собственности действуют следующие правила, о которых полезно помнить.

Собрание собственников – это не собрание акционеров

Владение, распоряжение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников (а не большинством голосов, как некоторые думают). По этой причине, в частности, резко падает качество управления недвижимостью, принадлежащей большому количеству совладельцев. Любой совладелец бизнес-центра, которому принадлежит хоть какой-нибудь пяточок объекта, может заблокировать принятие решения о заключении договора на коммунальное обслуживание здания, охрану и т.п.

Из этого правила есть исключения: если более пяти лиц (пайщиков) владеют одним земельным участком сельскохозяйственного назначения, то правила принятия решения по распоряжению таким земельным участком иные. Решения действительно принимаются большинством голосов участников собрания собственников (пайщиков) при определенном кворуме.

Также не требуется единогласия при решении вопросов, касающихся общего имущества многоквартирных домов. Наконец, еще одно исключение – имущество паевого инвестиционного фонда (см. *«Инвестиционный паевой инвестиционный фонд»*, с. 88).

Любой участник общей долевой собственности имеет **преимущественное право приобретения** доли имущества, отчуждаемой другим участником. Это правило может сильно усложнить процедуру заключения договора об отчуждении доли в имуществе.

Любой участник вправе потребовать **выдела в натуре** своей доли, если только физически возможно разделить объект права собственности на части. Можно разделить земельный участок или долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Но чаще оказывается, что разделить имущество все-таки невозможно. Как правило, невозможно разделить строение на самостоятельные части: все равно останутся общими пожарные лестницы, кровля, коммуникации и т.п., что и означает невозможность раздела в натуре, даже если можно обустроить отдельные входы в строение для разных собственников.

Кстати, ситуация с многоквартирными домами юридически совсем иная. Несмотря на то что владельцы

квартир сталкиваются с теми же проблемами, что и совладельцы коммерческой недвижимости: совместное содержание коммуникаций, капитальный ремонт, уборка лестничных площадок, – формально-юридически такой объект, как квартира, признан самостоятельным объектом собственности. В связи с этим никакого преимущественного права приобретения квартиры у соседа нет. Это касается и соответствующей части общего имущества многоквартирного дома.

Более того, возможен раздел самой квартиры на комнаты как самостоятельные объекты права собственности с общей долевой собственностью на кухню и санузел, т.е. отдельная квартира при разделе превращается в коммунальную.

2.3. Интеллектуальная собственность

Интеллектуальная собственность определяется законом как результат интеллектуальной деятельности человека: произведения науки, литературы и искусства; программы для электронных вычислительных машин, базы данных; исполнение, фонограмма; сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач; изобретение, полезная модель, промышленный образец; селекционные достижения; топология интегральных микросхем; секрет производства (ноу-хау); фирменное наименование, товарные знаки и знаки обслуживания, наименование мест происхождения товаров.

Чтобы мысленно охватить этот длинный перечень, разделим его на две части по принципу необходимости государственной регистрации. Только после государственной регистрации законом охраняются такие виды интеллектуальной собственности, как изобретение, полезная модель, промышленный образец и селекционное достижение, права на которые оформляются патентами, а также фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара. Эти объекты называют **промышленной собственностью** (от англ. Industrial property). Прочие результаты интеллектуальной деятельности не требуют государственной регистрации и признаются защищаемой законом интеллектуальной собственностью в силу их создания.

Вопросы интеллектуальной собственности регулируются частью четвертой ГК РФ, вступившей в силу 1 января 2008 г. Эта часть ГК РФ объединила в один документ несколько разрозненных законов. Впрочем, революции при этом не произошло, поскольку ранее действовавшие законы уже были приведены в соответствие с международными конвенциями.

Само выражение «интеллектуальная собственность» относительно недавно пришло к нам из таких конвенций, как буквальный перевод английского термина «intellectual property». Вообще-то говоря, слово «собственность» означает права на ту или иную вещь, в то время «интеллектуальная собственность» как раз никакого отношения к вещам не имеет: купив CD-диск, покупатель приобретает право собственности только на него, как на вещь, но не на музыкальное произведение, записанное на этом диске. Выражение «интеллектуальная собственность» обычно используется лишь как собирательное понятие для всех вышеперечисленных плодов интеллектуальной деятельности и творческого труда.

Если уж быть педантами до конца, то и слово «интеллектуальная» тоже не точно: никакой «интеллектуальности» от Intellectual property не требуется (вспомнить хотя бы некоторые реалити-шоу на телевидении). Речь идет просто о продуктах деятельности человеческого разума, поэтому, с нашей точки зрения, интеллектуальную собственность точнее всего по-русски было бы определить как охраняемые законом результаты умственной (мыслительной) деятельности.

Интеллектуальная собственность не всегда интеллектуальна и вообще не собственность

2.3.1. Авторское право: произведения науки, литературы и искусства

На примере этих объектов (их еще называют объектами авторского права, или авторскими произведениями) рассмотрим подробнее законодательное регулирование интеллектуальной собственности вообще.

Начнем с самого начала: в результате творческих мук рожден текст этой книги. В тот момент, когда авторы выразили свои мысли на бумаге или иным образом придали

им объективную форму (на самом деле – форму текстового файла в памяти персонального компьютера), они приобрели авторские права на свое произведение, которые делятся на две категории: имущественные права (исключительные права) и личные неимущественные права.

Основные личные неимущественные права на произведение – **право авторства** и **право на имя**. Право авторства – право считаться автором произведения. Право на имя – право указывать под произведением свое имя, псевдоним или не указывать ни того, ни другого (это значит, что читатель не может быть уверен, как на самом деле зовут авторов книги). Эти права неотчуждаемы и вечны. Никто не вправе издавать произведения Плутарха, выдавая их за свои, хотя бы и не нашлось наследников автора, которые оспорят такое действие. Практика «литературных негров», когда авторы произведений за плату отказываются от авторства и позволяют тому или иному известному человеку выдавать произведение за свое, лежит вне правового поля. Подобные сделки незаконны, хотя крайне трудно оспорить то, что знают только два человека.

Исключительное право на авторское произведение – это ядро авторских прав (и любой другой интеллектуальной собственности), которое действительно напоминает право собственности, потому что может быть сформулировано похожим образом: исключительное право – это право использовать произведение и распоряжаться им по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

Эти способы сильно варьируются в зависимости от вида произведения, но самым важным из них является тиражирование, копирование, поскольку именно это – основной способ извлечения дохода от произведения. Книги издаются миллионными тиражами, кинофильмы расходятся на DVD-дисках, музыкальные клипы скачиваются из Интернета на мобильные телефоны, репродукции картин печатаются на календарях, все это – реализация исключительного права, права на копию. Право на копию – Copyright стало синонимом исключительного права, а первая буква этого слова в окружности – © стала международным знаком охраны авторского права.

Точнее: ©, наименование правообладателя и год первого опубликования произведения (например: © ООО «Издательство «Эксмо», 2010). Сразу следует заметить, что размещение этого знака на произведении совсем не обязательно; неверно было бы считать, что произведение без такого знака не охраняется законом. Независимо от наличия этого знака всем, кроме владельца исключительного права, запрещено тиражировать произведение или использовать его другим способом.

Поскольку исключительное право позволяет извлекать доход от использования произведения, то оно относится законом к имуществу, а именно к имущественным правам. Как и прочее имущество, оно может учитываться на балансе, продаваться, имеет свою рыночную цену.

Такое имущество, в отличие от права авторства и права на имя, далеко не всегда принадлежит автору. С самого начала оно может принадлежать работодателю, если автор создал произведение в рамках служебных обязанностей (**служебное произведение**), например методическое пособие для студентов, написанное профессором университета. При возникновении споров о том, входило ли в служебные обязанности автора создание произведения, его трудовая функция трактуется обычно довольно широко и доказать принадлежность исключительного права автору бывает непросто.

Произведение может быть создано по **договору авторского заказа**, согласно которому исключительное право принадлежит заказчику: автор может заключить такой договор с издательством и, получив гонорар, приняться за работу.

Наконец, если исключительное право в момент создания произведения все-таки принадлежало автору, то он может его продать. **Договор об отчуждении исключительного права** подразумевает, что автор один раз и навсегда, в полном объеме передает принадлежащее ему исключительное право на произведение, не оставляя себе никакой возможности извлечь какую-нибудь дополнительную выгоду из произведения. Если автор не хочет «сжигать мосты» и навсегда лишаться исключительного права, то он заключает **лицензионный договор**, в котором может очень гибко устанавливать пределы использования произведения приобретателем (лицензиатом). Эти пределы

могут иметь временной характер (лицензиат вправе, например, исполнять песню в течение одного года), пространственный (допускается прокат кинофильма только на территории г. Москвы). Ограничения могут касаться способа использования произведения: издание книги только на бумажном носителе без права размещения в Интернете для всеобщего доступа; однократная трансляция художественного фильма в ночное время (это намного дешевле, чем в прайм-тайм, поэтому зачастую хорошие зарубежные фильмы и удается увидеть только ночью) и т.п. Оговаривается вопрос о том, может ли лицензиат в свою очередь передавать исключительное право другим лицам – заключать sublicензионные договоры. Полученные по лицензионному договору права лицензиата называются **исключительной лицензией** в том случае, если автор (лицензиар) на время действия лицензионного договора полностью отказался от права самому использовать произведение теми же способами и на той же территории, что предусмотрены лицензионным договором для лицензиата, и отказался от права предоставлять такие же права (лицензии) другим лицам. В этом случае лицензиар может быть уверен, что у него нет конкурентов в извлечении дохода от произведения, в то время как **неисключительная лицензия** таких гарантий не дает.

Лицензиар продает исключительное право (выдает лицензию на использование произведения) за определенную плату, которая, как правило, состоит из двух частей: фиксированная разовая выплата (**гонорар**) и отчисления от дохода, связанного с использованием произведения, исчисляемые обычно в процентах от продажной цены каждой копии произведения (**роялти**).

После смерти автора исключительное право переходит к наследникам, как и прочее его имущество, но действует не бессрочно, а лишь 70 лет после его смерти (смерти последнего соавтора). После истечения этого срока произведение переходит в общественное достояние – может свободно использоваться любым лицом безвозмездно, без чьего-либо разрешения (труды В.И. Ленина, например).

Самая «больная» тема, связанная с интеллектуальной собственностью – ее защита. Прежде всего, кто-то может

просто объявить себя автором чужого произведения, т.е. незаконно присвоить как право авторства, так и исключительное право. Если настоящий автор предварительно не позаботился о доказательствах своего авторства, то оспорить такое заявление другого лица очень непросто. Доказательство авторства – это творческий процесс, такие доказательства зависят от вида произведения. Основная идея здесь – как можно раньше и как можно более авторитетно заявить о своем авторстве, в то же время не предоставляя возможности другим лицам скопировать произведение, т.е. очень наивно было бы, например, выложить свое музыкальное произведение в Интернете.

Существуют организации, которые позволяют авторам получить хоть какое-то доказательство авторства через процедуру некоторой добровольной регистрации произведения, например НКО «Российское авторское общество» (РАО). Однако не надо думать, что РАО каким-то образом проверяет истинное авторство произведения, выданное им свидетельство о депонировании и регистрации произведения всего лишь доказывает, что тот или иной человек первый обратился в РАО, заявив о своем авторстве на конкретное произведение.

Многие обращаются для обеспечения таких доказательств к нотариусу. Эта практика довольно удачна. Нотариус тоже не может проверить и удостоверить авторство, но может удостоверить, например, подпись автора под рукописью, указав дату проставления такой подписи. Через нотариуса можно направить кому-нибудь (например, самому себе) ту же рукопись, или, допустим, фотографию скульптуры, а можно вскрыть соответствующее почтовое отправление при нотариусе – нотариус подробно опишет и удостоверит содержимое почтового конверта. Есть и другие способы получить удостоверенный нотариусом документ, прямо или косвенно подтверждающий, что некто заявляет свои авторские права на произведение и сам факт существования такого произведения на конкретную дату. Это уже немало. Только надо понимать, что это не вполне стандартное нотариальное действие, его надо предварительно обсудить с нотариусом.

На самом деле все перечисленные методы тоже не очень действенны. Принципиальная слабость авторского

права заключается в том, что оно защищает произведение только в том конкретном виде, в той форме, в которых оно создано и существует. Даже не очень значительные изменения в эту форму порождают новое произведение, чем и пользуются недобросовестные авторы, т.е. авторским правом защищается, например, только сам текст научной статьи, но не изложенные в ней идеи. Автор, изложивший те же мысли другими словами, юридически ненаказуем.



Случай из юридической практики. Группа талантливых молодых людей была известна и востребована местным телеканалом благодаря своим пародиям на популярные песни: под мелодию такой песни исполнялся текст собственного сочинения. В отношении руководителя группы было возбуждено уголовное дело по ст. 146 «Нарушение авторских и смежных прав» Уголовного кодекса РФ. На вопрос, почему не возбуждаются уголовные дела в отношении пародистов, выступающих на Центральном телевидении, было разъяснено, что опытные пародисты исполняют свои сочинения только под свои собственные мелодии, а не под чужие. Отличие таких «собственных» мелодий от широко известных музыкальных произведений настолько незначительно, что неискушенный телезритель не замечает различий.

Вторая проблема защиты интеллектуальной собственности – борьба с «пиратами», которые не претендуют на авторство произведения, но активно извлекают из него доход без разрешения правообладателя, т.е. нарушают исключительное право автора или лицензиата. Такие действия караются в уголовном и в гражданско-правовом порядке, но для этого необходимо установить факт нарушения исключительных прав и, по возможности, доказать такое нарушение, что крайне непросто сделать. Правоохранительные органы не занимаются этим по своей инициативе. Сам автор музыки физически не может проследить за трансляцией своих музыкальных произведений по всем теле- и радиоканалам страны и мира, да еще и записать такую трансляцию, или выявить хозяев всех доменов в Интернете, распространяющих его произведение. Этим иногда занимаются некоторые специализированные организации, получая за такую работу отчисления от доходов автора произведения. Только

очень крупные организации вроде Майкрософта могут позволить себе содержание подразделений, которые систематически преследуют нарушителей принадлежащих им исключительных прав в мировом масштабе.

В завершение рассказа об авторских правах еще раз поясним, что права на авторское произведение никакого отношения не имеют к праву собственности на материальный объект, в котором такое произведение воплощено. Право собственности на картину (холст и засохшую краску на нем) не связано с правом автора на картину как художественное произведение: покупатель картины не может, например, сфотографировать ее и разместить фотографию в Интернете для всеобщего доступа. Владелец книги не вправе даже один раз скопировать ее (как ни трудно в это поверить). Собственник DVD-диска не вправе воспроизводить записанный на нем кинофильм в публичном месте, например в баре или магазине. Приобретатель материального носителя с копией произведения вправе использовать его, как правило, только в личных целях. Копии, изготовленные без разрешения обладателя исключительного права, называются контрафактными, подлежат конфискации и уничтожению.

*Копирование
этой книги
карается в
уголовном по-
рядке*

2.3.2. Программы для ЭВМ

Для целей правового регулирования программа для ЭВМ приравнена к литературному произведению, т.е. все описанное в предыдущем разделе справедливо и для нее. Особенностью этого объекта является то, что закон предусматривает возможность его государственной регистрации. Несмотря на добровольный характер, такая регистрация имеет юридические последствия: государственной регистрации после этого подлежат и любые лицензионные договоры (договоры об отчуждении исключительного права) в отношении объекта. Такую регистрацию осуществляет Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент), которая выдает автору свидетельство о государственной регистрации.

2.3.3. Смежные права: исполнение, фонограмма, сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач, базы данных

Смежные с авторскими права возникают у лиц, без участия которых невозможно воплощение и обнародование авторского произведения: симфоническое произведение композитора должен сыграть оркестр. Композитор – это автор, которому принадлежат авторские права на музыкальное произведение, музыканты оркестра и дирижер – исполнители, им принадлежат смежные права на конкретное исполнение. По сценарию пьесы режиссер-постановщик ставит спектакль с участием актеров: сценаристу принадлежат авторские права на сценарий, режиссеру-постановщику и актерам – смежные права на конкретный спектакль. Осуществление видеосъемки спектакля без разрешения театра – нарушение таких смежных прав. Несколько отлична от спектакля ситуация с художественным фильмом: авторами признаются режиссер, сценарист и композитор. Все остальные участники процесса – исполнители, обладатели смежных прав.

До 1991 г. смежные права в России не защищались, что было предметом справедливой обиды советских артистов. С одной стороны, артистам не полагалось авторских гонораров – львиная доля заработка от концерта, например, доставалась авторам слов и музыки, но не певцам или музыкантам. С другой стороны, ущемлялось и право исполнителей на имя: очень немногие из них указывались в титрах советских фильмов, что контрастировало с необъятным списком исполнителей в зарубежных фильмах.

В целом смежные права представляют собой то же, что и авторские: право авторства, право на имя и исключительное право. Специфику имеет именно объект этих прав – конкретный спектакль, конкретное представление, фонограмма, теле- или радиопередача. Исключительное право на эти объекты чаще, чем авторское право, принадлежит работодателю, поскольку исполнители и другие лица, участвующие в создании таких объектов, обычно делают это в рамках трудовых отношений за зарплату. Аналогичными договорами оформляется и передача исключительного права.

Смежные права, в основе которых лежит авторское произведение (сценарий, стихи, музыка), не могут появиться без согласия владельца исключительного права на такое произведение: в приведенном на с. 118 примере пародист не вправе исполнять свои стихи на чужую музыку без согласия композитора или того, кому он передал права на произведение, но в остальном смежные права не связаны с авторским правом и защищаются законом сами по себе, даже если исключительное право на авторское произведение уже утратило силу. Впрочем, смежные права могут появиться и без всяких авторских прав в отношении таких объектов, как звукозапись пения птиц, новостная телепрограмма, информационная база данных.

Смежные права действуют, как правило, 50 лет после смерти исполнителя (права создателя базы данных – 15 лет после его смерти).

2.3.4. Патентное право: изобретение, полезная модель, промышленный образец

Регулирование промышленной собственности, т.е. интеллектуальной собственности, задействованной прежде всего в производстве, кардинально отличается от того, что было описано выше. Прежде всего промышленная собственность подлежит государственной регистрации. Государственная регистрация и права автора на такие объекты промышленной собственности, как изобретение, полезная модель, промышленный образец, подтверждаются **патентом**.

Изобретение

Изобретение – это устройство, вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений и животных, способ, процесс, технология или что-либо еще (трудно дать определение всему, что еще не изобретено), обладающее тремя качествами: абсолютной мировой новизной, изобретательским уровнем и промышленной применимостью.

Заявка, поступившая в Роспатент проходит экспертизу на предмет соответствия этим трем качествам. Такая экспертиза занимает не менее шести месяцев.

Ключевым элементом заявки на изобретение, который переносится в неизменном виде в патент, является формула изобретения – краткая словесная характеристика технической сущности изобретения, определяющая границы патентной монополии. Формула изобретения имеет довольно жесткую структуру: указание на продукт (способ), к которому относится изобретение: слова «отличающийся тем, что...» и непосредственно суть усовершенствования, изобретения.



Формула изобретения. Вращающийся парашют с несимметрично расположенными стропами, отличающийся тем, что купол парашюта образован четырьмя полотнищами треугольной формы, соединенными между собой одной из вершин, а стропы закреплены на куполе парашюта по сторонам полотнищ, расположенным по форме пересекающихся букв Z, при этом длина строп выбирается из условия придания куполу в развернутом виде плоской формы.

Название изобретения – вращающийся парашют.

От того, насколько удачно составлена формула изобретения, зависит, насколько сложно ее обойти, т.е. можно ли, изменив хотя бы один элемент формулы, пользоваться, по сути, этим же изобретением без разрешения владельца патента.

Конструирование формулы изобретения, составление заявки и подготовка всех прилагающихся документов требуют очень высокой квалификации и опыта. Эту работу выполняют патентные поверенные – аккредитованные при Роспатенте специалисты.

При положительном результате экспертизы заявителю выдается патент, содержащий сведения об авторе (авторах) изобретения и патентообладателе – владельце исключительного права. Патентообладатель не всегда автор изобретения, как и в случае с авторским произведением, это может быть работодатель (служебное изобретение) или заказчик по договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ (НИОКР). Вопросы служебного

изобретения, изобретения, созданного при выполнении работ по договору, а также вопросы передачи исключительного права регламентируются аналогично авторскому произведению с тем существенным отличием, что договор об отчуждении исключительного права на изобретение (договор об отчуждении патента) и лицензионный договор о предоставлении права использования изобретения подлежат обязательной государственной регистрации в Роспатенте.

Следует пояснить сущность исключительного права на изобретение, которое отличается от исключительного права на авторское произведение так же, как содержание отличается от формы. В случае авторского произведения закон защищает прежде всего форму, а не содержание (информацию или идеи) и право автора на копирование этой формы как основной способ извлечения дохода из нее. Извлечь доход от копирования формулы изобретения невозможно, она и так открыто публикуется при выдаче патента (на сайте Роспатента в Интернете можно найти все зарегистрированные изобретения). Патентное право защищает право патентообладателя именно на использование и воплощение его идей, его изобретения в производстве и обороте товаров.



Некий Олег Тихоненко получил патент на конструкцию усовершенствованного автомобильного амортизатора и предложил японскому производителю Kayaba Industry выплачивать ему роялти с каждого проданного в России амортизатора, в которых, по его утверждению, использовано его изобретение. Более того, по заявлению изобретателя сотрудники УБЭП опечатали несколько складов с готовыми изделиями. Юристы компании смогли доказать, что решения Тихоненко не являются новыми: на устройство его амортизаторов выдавался патент в США, а математическая формула, с помощью которой в патенте Тихоненко описано действие его улучшенных амортизаторов, взята из справочника об упругости материалов, изданного еще в СССР. На основании этих аргументов Роспатент аннулировал выданные г-ну Тихоненко патенты.

Еще одной важной особенностью патентного права является локальное действие патента. В отличие от авторского произведения, которое защищается без какой-либо регистрации одинаковым образом во всех странах – участницах соответствующих международных конвенций, пра-

ва патентообладателя защищаются только на территории страны, в которой патент получен. Совершенно обычная ситуация: в одной стране изобретение используется свободно, поскольку патент на него не выдавался, а ввоз (импорт) товара, в котором использовано изобретение, или полученного запатентованным способом товара в другую страну невозможен без разрешения патентообладателя, получившего патент в той другой стране.

Это означает, что изобретатель вынужден получать патент во всех странах, где только надеется извлечь доход из своего изобретения. Кроме государственной пошлины, предусмотренной при обращении за патентом, изобретатель вынужден оплачивать услуги патентных поверенных, которые оцениваются по меньшей мере в 2 тыс. долл. за каждое обращение. Очевидно, надо очень верить в экономическую целесообразность и востребованность изобретения, чтобы этим заниматься. Кроме того, патентообладатель обязан в каждой стране ежегодно уплачивать пошлину за поддержание патента в силе. Такая пошлина ежегодно увеличивается, чтобы изобретатель не вел себя подобно собаке на сене, а отказался бы от исключительного права на изобретение, если не может ни продать его, ни использовать его сам.

Срок действия патента на изобретение при условии уплаты ежегодной пошлины за поддержание патента – 20 лет; патент на лекарственное средство и некоторые другие патенты могут быть продлены на пять лет. По истечении срока патента изобретение переходит в общественное достояние, т.е. любое лицо вправе использовать изобретение. Срок действия патента – это компромисс между общественным интересом в свободном использовании изобретения на общее благо и стимулом для инвестиций в научные исследования в виде разрешенного периода извлечения сверхприбыли из монопольного положения патентообладателя. Последствия такого компромисса иллюстрирует производство дженериков.

Производство лекарственных средств, которые перестали пользоваться патентной защитой, – **дженериков** (англ. *generic* – родовой, общий) – индустрия мирового масштаба. Компании, производящие дженерики, не

тратят колоссальные средства на научные исследования и клинические испытания лекарств, поэтому их издержки и цена дженериков кратно ниже, чем запатентованного лекарственного препарата. Смешон спор о том, хуже ли дженерики, чем патентованные лекарства, или нет. По сути дженерики и патентованные лекарства – это одно и то же (не путать их с подделками!). Однако есть один интересный нюанс: запатентованное лекарственное средство, как правило, имеет широко известное наименование, зарегистрированное как товарный знак, о котором мы расскажем чуть позднее. Товарный знак действует бессрочно, поэтому производители дженериков не могут продавать лекарство под тем же названием. Их задача – придумать новое запоминающееся название, по возможности похожее на широко известное, и довести его до сведения покупателей, а задача бывшего владельца патента – убедить покупателей, что «патентованное» лекарство (в кавычках, потому что патент уже не действует) лучше, надежнее, чем подозрительные дженерики. Все это имеет забавный эффект: после истечения срока действия патента на лекарство и поступления в продажу дженериков производители патентованного лекарства поднимают на него цену. Покупатель, который не удосужился запомнить, что аспирин – то же самое, что ацетилсалициловая кислота, а но-шпа – это дротаверина гидрохлорид, должен дорого платить за свое невежество и предрассудки.

Хотите сэкономить – спросите в аптеке, что такое дротаверина гидрохлорид

Полезная модель

Полезную модель называют еще «малым изобретением», а еще понятнее назвать ее рационализаторским предложением. Это практически то же самое, что и изобретение технического характера (только конструкция, устройство, а не способ или процесс), но без такого субъективного критерия, как изобретательский уровень, что существенно облегчает прохождение экспертизы и получение патента. Зачастую изобретатели обращаются с заявкой о выдаче патента на полезную модель вместо изобретения только ради упрощения процедуры и сокращения срока ее рассмотрения.

Срок действия патента на полезную модель – 10 лет с возможностью продления на три года.

В остальном регулирование прав на полезную модель полностью совпадает с описанными правилами для изобретения.

Промышленный образец

Промышленный образец – это художественно-конструкторское решение изделия промышленного производства. Таким изделием может быть практически любой товар: мебель, автомобиль (его внешний вид), ковер, игрушка, даже упаковка товара или этикетка на нем. Промышленный образец в общем-то имеет гораздо больше отношения к дизайну и маркетингу, чем к научным разработкам и изобретениям. Промышленный образец зачастую с успехом может защищаться авторским правом, но патент, конечно, существенно облегчает споры о принадлежности прав на такой объект как документ государственного образца, в который вписано имя автора.

В заявке на выдачу патента на промышленный образец нет формулы изобретения, ее заменяют изображения промышленного образца с перечнем его существенных признаков.

Срок действия патента на промышленный образец – 15 лет с возможностью продления на 10 лет.

В остальном для промышленного образца справедливо почти все, что сказано в отношении изобретения.

2.3.5. Селекционные достижения

Селекционными достижениями являются сорта растений и породы животных. Права на селекционные достижения защищаются, в целом, аналогично правам на изобретение и полезную модель, хотя есть ряд особенностей, связанных со спецификой объектов таких прав.

Прежде всего, довольно специфичны критерии селекционных достижений: новизна, отличимость, однородность и стабильность. При рассмотрении заявки на выдачу патента на селекционное достижение проводятся не только экспертиза на новизну, но и испытания на остальные три критерия, в ходе которых должно подтвердиться, что

растения (животные) одного сорта (породы) достаточно однородны (однородность), отличаются от любого другого известного сорта или породы (отличимость), а основные признаки сохраняются неизменными после неоднократного размножения (стабильность).

Рассмотрение заявок на селекционные достижения находится в ведении Министерства сельского хозяйства Российской Федерации. Патент на селекционное достижение удостоверяет право авторства и исключительное право. Исключительное право действует 30 лет (на некоторые сорта растений – 35 лет). Кроме патента закон предусматривает возможность выдачи авторского свидетельства, которое подтверждает только право авторства.

У патентообладателя есть специфическая обязанность: в течение срока действия патента он обязан поддерживать сорт растений или породу животных в целях сохранения описанных в патенте признаков.

2.3.6. Топология интегральных микросхем

Тот, кто сам когда-нибудь вытравливал печатную плату, понимает, какого искусства требует расположение электронных компонентов на ней. Для тех людей, которые этого не делали, поясним задачу. На одной пластине надо расположить десятки электронных приборов (транзисторов, диодов, резисторов, конденсаторов и т.д.), к каждому из которых необходимо подвести несколько проводов. Роль проводов играют электропроводящие полоски металла, напыленного на пластину, т.е. все провода находятся в одной плоскости и не могут пересекаться.

Практически ту же задачу решают разработчики интегральных микросхем, только роль пластины играет кристалл кремния, а электронные компоненты на несколько порядков меньше в размерах, и их количество настолько же больше. Плоскостей, в которых располагаются элементы, тоже может быть несколько.

Итак, топология интегральной микросхемы – это пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы (электронных компонентов) и связей («проводов») между ними.

Условием правовой охраны топологии является ее оригинальность. Автору топологии принадлежит право авторства и исключительное право на топологию, срок действия которого составляет 10 лет. Топология может быть зарегистрирована по желанию автора в Роспатенте. В этом случае, как и в случае регистрации программ для ЭВМ, подлежат государственной регистрации и лицензионные договоры и договоры об отчуждении исключительного права.

2.4. Средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий

2.4.1. Фирменное наименование

Что такое фирменное наименование, мы рассмотрели в разделе «Фирменное наименование организации». Здесь лишь поясним содержание исключительного права на фирменное наименование.

Юридическому лицу принадлежит исключительное право на использование своего фирменного наименования любым не противоречащим закону способом: указание в документах, рекламе, на вывесках, бланках, товарах, упаковке и т.д. Исключительное право действует бессрочно, возникает в момент внесения его в ЕГРЮЛ (при регистрации юридического лица или при смене его наименования) и прекращается при исключении из ЕГРЮЛ (при ликвидации организации или изменении фирменного наименования на другое).

В то же время юридическое лицо не может распоряжаться исключительным правом на свое фирменное наименование – продать его или разрешить другим организациям его использовать.

2.4.2. Товарные знаки и знаки обслуживания

Товарный знак – это обозначение, служащее для индивидуализации товаров, а знак обслуживания – для индивидуализации работ и услуг. Обычно приходится иметь дело с товарными знаками, поскольку знаки обслу-

живания используются реже: их не нарисуешь на работах и услугах, как товарный знак – на продукции или ее упаковке. Говоря о товарном знаке, далее везде будем иметь в виду и знак обслуживания.

Товарный знак представляет собой словесное, изобразительное, объемное или другое обозначение или их комбинацию в любой цветовой гамме. Вопреки впечатлению, которое может сложиться из этого данного законом определения товарного знака, зарегистрировать товарный знак совсем не просто. Существует внушительный список ограничений на допустимые товарные знаки, многие такие ограничения довольно расплывчаты. Например, недопустимы товарные знаки, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали или способные ввести потребителя в заблуждение. Невозможна регистрация товарных знаков, тождественных или сходных до степени смешения с ранее зарегистрированными товарными знаками. Учитывая, что таких уже зарегистрированных товарных знаков в России около 200 тыс., понятно, что очень трудно придумать что-то оригинальное. Одних глобусов во всех проекциях зарегистрировано столько, что за регистрацию товарного знака с изображением земного шара никто не хочет браться.

Товарный знак подлежит регистрации в Роспатенте, который выдает свидетельство на товарный знак, удостоверяющее исключительное право на товарный знак. Заявка в Роспатент должна содержать указание на классы товаров (работ, услуг), в отношении которых будут действовать товарный знак. Заявители, на всякий случай, стараются указать максимальное количество таких классов. Реестр товарных знаков открыт, с ним можно ознакомиться на сайте Роспатента в Интернете.

После регистрации товарного знака в Роспатенте правообладатель может обратиться в Роспатент с заявкой о международной регистрации товарного знака, которую Роспатент пересылает в Международное бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности, которая вносит товарный знак в международный реестр. Такой товарный знак защищается во всех странах – участниках соответствующего международного соглашения.

Наконец, существует еще одна интересная процедура: лицо, использующее товарный знак (даже не зарегистрированный в России), может обратиться в Роспатент с заявлением о признании товарного знака общеизвестным. Выданное Роспатентом свидетельство на *общеизвестный товарный знак* предоставляет его владельцу права более широкие, чем правообладателю зарегистрированного товарного знака: он может распространяться даже на неоднородные товары, в отличие от обычного зарегистрированного товарного знака, который действует только в отношении тех классов товаров, которые были указаны в заявке на его регистрацию, и однородных с ними товаров. Реестр общеизвестных товарных знаков на декабрь 2009 г. содержал 85 свидетельств, с ними тоже можно ознакомиться на сайте Роспатента. Среди зарубежных производителей возможностью признать свой товарный знак общеизвестным воспользовались владельцы таких, например, брендов, как Кока-Кола, Липтон, Хайнекен, Интел.

С экономической точки зрения главная ценность товарного знака заключается в той сумме денег, которую покупатель готов заплатить дополнительно за товар именно с этим товарным знаком в сравнении с ценой неизвестного ему товара. С юридической точки зрения ценность исключительного права на товарный знак заключается в том, что его владелец может с его помощью индивидуализировать товар, т.е. указывать товарный знак на товаре, его упаковке или этикетке и тем самым давать возможность потребителю быстро узнать товар на полке магазина. Второе, возможно, более важное право – запрещать всем другим лицам использовать товарный знак для индивидуализации таких же или однородных товаров. Незаконное использование товарного знака преследуется в соответствии со ст. 180 Уголовного кодекса РФ. Товары с незаконно нанесенным на них товарным знаком признаются контрафактными, подлежат изъятию и уничтожению.

Правообладатель вправе размещать рядом с товарным знаком знак его охраны – ® или слова «зарегистрированный товарный знак». Смысл такого обозначения тот же, что и для ©, – не более чем оповещение о защите прав на товарный знак, не влияющее на саму его защиту.

Исключительное право на товарный знак может передаваться по лицензионному договору или договору об отчуждении исключительного права подобно исключительным правам на интеллектуальную собственность. Импортёр товаров, на которые нанесен зарегистрированный товарный знак, одновременно с заключением импортного контракта с продавцом вынужден покупать и права на использование товарного знака. Стоимость такого лицензионного соглашения увеличивает таможенную стоимость товаров для целей обложения их таможенными пошлинами и НДС.

Срок действия исключительного права на товарный знак, в принципе, не ограничен, но раз в 10 лет (в последний год 10-летнего срока) надо обратиться в Роспатент с заявлением о его продлении.

2.4.3. Наименование мест происхождения товаров

Наименование места происхождения товара (НМПТ) – это наименование географического объекта, ставшее известным благодаря производимым в этом месте товарам, особые свойства которых связаны с особенностями географического объекта (например, его природными условиями или традиционными в данной местности ремеслами). Чаще всего встречается зарегистрированное НМПТ в отношении минеральной воды.

С одной стороны, НМПТ похоже на товарный знак, поскольку это обычно уже широко известное наименование (Нарзан, хохломская роспись), его назначение – сделать товар узнаваемым путем размещения НМПТ на самом товаре или этикетке, упаковке.

С другой стороны, можно сказать, что это – некий государственный сертификат, подтверждающий, что товар действительно произведен в данной местности, поскольку Роспатент выдает свидетельство только производителям, подтвердившим факт производства этого товара в пределах указанного географического объекта. Такое свидетельство может получить любой производитель, а не только первый обратившийся: больше десятка производителей имеют свидетельство на минеральную воду «Ессентуки»; почему-то всего семь производителей

получили свидетельства на «Русскую водку», свидетельство на которую может получить любой производитель в Российской Федерации.

Исключительное право на НМПТ действует бессрочно, но раз в 10 лет производитель обязан подтвердить, что продолжает производить тот же товар в том же месте.

2.5. Коммерческая тайна

Идею коммерческой тайны можно свести к формуле «спасение утопающих – дело рук самих утопающих». Закон защищает коммерческую тайну только в том случае, если ее обладатель сам принимает меры к ее защите; это основной критерий отнесения информации к коммерческой тайне.

Каким образом организация может защищать информацию? Да теми же способами, которыми защищаются государственные секреты: соответствующий гриф на каждом документе, содержащем такую информацию (например, «КТ»); специальное хранилище для таких документов; ограниченное число лиц, допущенных к такой информации; ознакомление с документами под роспись и т.д., и т.п. Важно понимать, что это должны быть реальные мероприятия. Далеко не достаточно просто подписать приказ по организации об утверждении положения о коммерческой тайне и включить в типовый трудовой договор с работниками пункт об их ответственности за разглашение коммерческой тайны (хотя и это надо сделать).

К коммерческой информации организация вправе отнести любые сведения, которые с ее точки зрения представляют или могут представлять потенциальную ценность, кроме сведений, перечисленных законом. К сведениям, которые не могут быть отнесены к коммерческой тайне, отнесена, например, информация о размерах задолженности по выплате заработной платы и о любых нарушениях законодательства организацией.

Одним из видов информации, которая может быть отнесена к коммерческой тайне, является секрет производства (ноу-хау).

2.5.1. Секрет производства (ноу-хау)

Слово «ноу-хау» (транскрипция англ. «know-how») буквально переводится «знаю как», и этот буквальный перевод лучше, чем «секрет производства», объясняет, что имеется в виду. Чаще всего это действительно сведения о том, как что-то делается, о технологиях, процессах, последовательности действий, но далеко не только производственных. Это может быть информация как технического характера, так и экономического, организационного; вполне возможно, это описание бизнес-процессов, любые новации и наработки такого рода, которые организация применяет или может посчитать потенциально полезными в своей деятельности. Некие разработки, методики могут быть основой бизнеса консалтинговых, тренинговых компаний.

По своей сути ноу-хау близко к изобретению, но зачастую не может быть запатентовано в таком качестве из-за слишком жестких требований к новизне и изобретательскому уровню. В некоторых случаях компании осознанно отказываются от патентования ноу-хау, рассчитывая вечно хранить секрет технологии и извлекать из него доход, вместо того чтобы сделать его общественным достоянием через 20 или 25 лет действия патента.

Права на ноу-хау регламентируются похожим на изобретение образом: признается исключительное право на ноу-хау, возможны договоры о его отчуждении и лицензионные договоры, не требующие, однако, государственной регистрации.

Главным условием правовой защиты ноу-хау является не новизна, оригинальность или изобретательский уровень, а режим **коммерческой тайны**, введенный в отношении такой информации ее обладателем.

2.6. Нематериальные блага

Под нематериальными благами понимают все неотчуждаемые личные неимущественные права гражданина, включая практически все конституционные права (личная неприкосновенность, семейная тайна, право свободного

передвижения и многое другое), право авторства и право на имя (в отличие от исключительного права), а также честь, достоинство и деловая репутация. Все эти нематериальные блага никакого отношения не имеют к организациям и бизнесу, за исключением деловой репутации. Однако кратко рассмотрим такой способ защиты этих прав, как компенсация морального вреда.

Моральный вред – это физические или нравственные страдания. «Буржуазная» идея денежной компенсации за страдания человека не признавалась советским правом. В результате они не компенсировались вообще. Современное право исходит из того, что виновник страданий человека должен за это заплатить. Компенсация за сам факт причинения физической боли человеку должна быть выплачена вместе с назначением уголовного наказания (если это побои, например), компенсацией ущерба здоровью и прочими юридическими последствиями такого события. Компенсация за факт причинения человеку нравственных страданий нарушением его прав, например незаконным увольнением, должна быть выплачена независимо от восстановления работника на работе, выплаты ему заработной платы за время вынужденного прогула, административных штрафов. Размер компенсации может установить только суд (не допускаются соглашения сторон по этому поводу). Размеры компенсаций, правда, смехотворны. Как правило, это несколько тысяч рублей, в редчайших случаях – десятки тысяч рублей.

2.6.1. Деловая репутация

Единственное нематериальное благо, признаваемое законом за юридическим лицом, – его деловая репутация. Деловая репутация гражданина и организации защищается одинаковым образом, с тем лишь отличием, что гражданин по общим правилам может требовать еще и денежной компенсации морального вреда. Поскольку юридическое лицо не может страдать, то для него остается один способ защиты своей деловой репутации – опровержение.

Лицо вправе в судебном порядке требовать опровержения порочащих его деловую репутацию сведений,

распространенных средствами массовой информации или иным способом в том случае, если эти сведения не соответствуют действительности. Опровержение должно быть осуществлено тем же способом, каким была распространена порочащая информация: в том же издании, предельно близким способом, вплоть до размера шрифта и объема текста на той же странице, если речь идет о газете. На практике же приходится довольствоваться маленькой заметкой в разделе «опечатки».

ДОГОВОРЫ, ВНЕШНЕТОРГОВЫЕ КОНТРАКТЫ, ДОВЕРЕННОСТЬ

- Понятия «договор» и «сделка»
- Формы договоров
- Содержание договора
- Налоговые последствия договора
- Изменение и расторжение договора
- Прекращение договора
- Недействительность договора
- Обеспечение договорных обязательств
- Внешнеэкономические сделки
- Доверенность

Как сформулировал секрет успешного бизнеса один из Ротшильдов: «покупай дешево, продавай дорого», или, другими словами, «заключай выгодные договоры». С юридической точки зрения суть бизнеса именно в заключении договоров.



Случай из юридической практики. Завод обратился к торговой компании с письмом следующего содержания: *«Просим Вас отпустить колесный гидравлический экскаватор ЕК-18-40»*, подписанным генеральным директором. Компания приобрела указанный в письме экскаватор для завода и по телефону сообщила, что экскаватор можно забирать. Работник завода прибыл в компанию с доверенностью на получение экскаватора, расписался в накладной, забрал экскаватор и своим ходом перегнал его на завод. Когда накладная попала к руководству завода, указанная в накладной цена экскаватора руководство не устроила. Генеральный директор написал в компанию письмо с предложением забрать экскаватор обратно в связи с тем, что договор купли-продажи не был заключен и цена экскаватора не оговаривалась. Компания обратилась в арбитражный суд с иском к заводу о взыскании стоимости экскаватора.

Для людей, не имеющих юридического образования, совершенно очевидно, что в данном примере нет никакого намека на заключение договора. Эта ошибка связана

с глубоким непониманием слова «договор», под которым обычно ошибочно понимают документ с заголовком «Договор», текстом на нескольких страницах, подписями и печатями сторон.

3.1. Понятия «договор» и «сделка»

Договор – это не документ, это договоренность: то, о чем стороны договорились. Документ под заголовком «Договор» – это всего лишь доказательство заключения договора, не единственное и не обязательное. Если удастся доказать, что текст документа, именуемого «договор», не соответствует тому, что стороны на самом деле имели в виду, такой документ может быть признан **притворным** (если настоящие договоренности не соответствуют тексту) или **мнимым** (если никаких договоренностей нет вообще, кроме договоренности не выполнять того, что написано в тексте договора).



Случай из юридической практики. Пожилая женщина продала квартиру молодому человеку, который убедил ее оформить у нотариуса договор дарения, заплатил ей часть денег при подписании договора, а также обещал купить дом в деревне. Получив свидетельство о регистрации права собственности на квартиру, молодой человек явился к женщине и, применяя физическую силу, попытался выселить ее из квартиры. Женщина вызвала милицию. Давая объяснения в милиции, молодой человек пояснил, что он купил квартиру и заплатил за нее деньги. Письменные объяснения молодого человека стали основанием для признания договора дарения притворным. Поскольку имевшийся в виду сторонами договор купли-продажи квартиры не был выполнен покупателем, суд расторг его и возвратил квартиру бывшей владелице.

Итак, договор – это договоренность сторон о том, что они принимают на себя некоторые обязательства. Как правило, в договоре участвуют две стороны, одна из которых обязуется передать имущество, выполнить работу или оказать услугу, а другая – заплатить за полученные товары, работы или услуги.

Договор – это закон для его участников, причем закон не в таком уж фигуральном смысле. Выполнять договор

нас заставляет та же государственная машина принуждения, что и обеспечивает выполнение закона. Займодавец, которому заемщик не вернул деньги, обращается в суд; если заемщик не исполняет решения суда добровольно, в действие вступает служба судебных приставов; если заемщик препятствует работе судебных приставов-исполнителей, то подключаются правоохранительные органы и т.д., вплоть до уголовных наказаний по таким статьям Уголовного кодекса РФ, как, например, ст. 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности» или ст. 315 «Неисполнение приговора суда, решения суда или иного судебного акта».

Сделка и договор – это почти синонимы, кроме тех редких случаев, когда лицо в одностороннем порядке совершает некий акт, некое действие, которое влечет юридические последствия, порождает обязанности. Таким односторонним действием является, например, заявление о зачете встречных денежных требований, которое может быть сделано любой стороной таких взаимных обязательств. После такого одностороннего заявления взаимные требования прекращаются в совпадающей части. Юридические последствия такого одностороннего заявления не зависят от позиции других лиц (контрагента). Подобные односторонние действия являются сделками, но не называются договорами, поскольку договариваться ни с кем ни о чем не надо.

Другими примерами таких сделок могут служить банковская гарантия и завещание. Наиболее распространенной сделкой, не являющейся договором, является доверенность.

3.2. Формы договоров

3.2.1. Устная форма

Хотя законом защищаются и устные договоры, не подтвержденные никаким документом, чаще всего все-таки закон требует придать договоренностям сторон некото-

рую обязательную форму. Да и сами стороны заинтересованы в том, чтобы у них были доказательства заключения договора.

Например, договор займа на сумму до 10 тыс. руб. между гражданами может быть заключен устно, заключение такого договора можно подтверждать любыми способами, например показаниями свидетелей в суде. Но если свидетелей нет и заемщик не признает, что получал заем, то, несмотря на формальную защиту законом такого договора, взыскать деньги с заемщика не удастся. Поэтому даже в таком случае лучше иметь письменные доказательства заключения договора, хотя бы расписку заемщика в получении денег.

Закон также допускает заключение в устной форме договора, который исполняется немедленно, при заключении. Это, собственно, почти любой договор розничной купли-продажи. Единственный документ, который мы обычно получаем при покупке товара в магазине, – кассовый чек. Автомат, в котором мы покупаем банку лимонада или чашку кофе, даже кассового чека не выдает. Кассовый чек при этом тоже не является необходимым или достаточным доказательством заключения договора: наименование товара указано в нем не всегда, имени покупателя тоже нет, да и вообще кассовый чек можно подобрать на улице у выхода из магазина. Однако отсутствие кассового чека не означает, что договора не было, хотя продавцы в магазинах очень не хотят принимать претензии по поводу качества товаров без кассового чека у покупателя. В случае конфликта факт покупки можно доказывать опять же свидетельскими показаниями. В то же время проще, конечно, сохранить чек и потребовать выдачи товарного чека, чем водить с собой по магазинам свидетелей, или надеяться, что кто-то из очереди нас потом вспомнит.

Итак, даже тогда, когда закон не требует письменных доказательств заключения договора, о них лучше позаботиться. В подавляющем большинстве случаев закон предусматривает обязательную письменную форму договора. Письменная форма, в свою очередь, подразделяется на **простую письменную** форму и **нотариально удостоверенные** договоры.

3.2.2. Простая письменная форма

Простая письменная форма означает, что существенные условия договора должны быть изложены письменно. В этой фразе обращают на себя внимание два слова: «существенные» и «письменно», каждое из которых расшифровывается не очевидным образом.

Существенные условия договора не те условия, которые нам могут показаться важными, например с экономической точки зрения, а те, которые закон называет в качестве обязательных условий договора. Например, для договора поставки существенным условием закон называет срок поставки, но не называет в таком качестве цену.

Письменный документ понимается jurisprudence очень широко, это, в сущности, любой носитель закодированной информации. Договор, составленный клинописью на глиняной табличке, – такой же письменный документ, как и сообщение по электронной почте независимо от языка, на котором документ составлен.

Таким образом, как только существенные условия договора зафиксированы в письменном виде, письменная форма договора соблюдена. Это совсем не обязательно единый документ с подписями сторон. Возможен обмен письмами (если можно однозначно установить отправителя таких писем): в одном письме сторона предлагает заключить договор и излагает его существенные условия (такое предложение называется **офертой**), а в ответе на это письмо содержится согласие заключить договор на таких условиях (такой ответ, которым контрагент согласился на все условия оферты, называется **акцептом**). Под письмом мы понимаем здесь не только письмо с «живой» подписью на официальном бланке организации, но и факсимильные сообщения, например. Надо быть готовыми и к тому, что отправленное по электронной почте сообщение будет иметь те же юридические последствия (как это уже давно имеет место во многих странах).

Наконец, вполне полноценной письменной формой договора будет та, которая описана в первом примере данного раздела. Роль оферты – официального предложения заключить договор поставки экскаватора – здесь играет первое упомянутое письмо, а роль акцепта – согласия на

заключение договора – играет сам факт передачи экскаватора. В общем случае акцептом выступает фактическое выполнение стороной своих обязательств по договору, чем и подтверждается согласие на его заключение (отгрузка товара, фактическое выполнение работ или услуг, перечисление денег). Таким образом, письменными документами, подтверждающими заключение договора, могут быть (как в приведенном примере) письмо покупателя и накладная, подтверждающая передачу товара, или даже одна накладная, которой вполне достаточно бухгалтерии, чтобы оприходовать, скажем, канцелярские товары.

В некоторых случаях закон устанавливает дополнительные требования к письменной форме договора. Договор продажи недвижимости должен быть составлен в форме единого документа, подписанного сторонами, – именно в той форме, которую мы и привыкли называть договором: «шапка» договора (заголовок, место и дата составление, наименование сторон), подробное изложение прав и обязанностей сторон, реквизиты сторон и их подписи. На практике – еще и оттиски печатей, хотя их закон не упоминает. Предусмотрены некоторые особенности оформления для разных видов договоров: договор перевозки грузов оформляется транспортной накладной, а договор перевозки пассажира – билетом; договор хранения может оформляться выдачей жетона (хранение одежды в гардеробе) или ценной бумагой – складским свидетельством; для оформления банковского вклада достаточно выдачи вкладчику сберегательной книжки. Все это – договоры в простой письменной форме.

3.2.3. Нотариальная форма

Нотариального удостоверения требуют немногие договоры, в предпринимательской и корпоративной практике это только договоры залога и продажи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Кроме удостоверения этих договоров организациям и предпринимателям приходится обращаться к нотариусу в основном по поводу удостоверения некоторых доверенностей (см. *«Доверенность»*, с. 182), заявлений, банков-

ских карточек с образцами подписей, а также копий документов в невероятном количестве для всевозможных органов государственной власти.

Кто такой нотариус и в чем смысл нотариального удостоверения?

Когда-то нотариусы были государственными служащими с очень маленькой заработной платой. Смысл их работы по удостоверению документов упрощенно можно свести к тому, что нотариусы являлись авторитетными, уполномоченными государством свидетелями тех или иных актов. Государственных нотариусов стало катастрофически не хватать по мере активизации гражданского оборота в конце 1980-х – начале 1990-х гг. в связи с увеличением количества сделок, требовавших в то время обязательного нотариального удостоверения, прежде всего сделок купли-продажи приватизированного жилья. Еще больше был дефицит секретарей-машинисток, печатавших документы на печатной машинке.

Эта проблема была кардинально решена в 1993 г., когда нотариусам было разрешено заниматься частной практикой. Доход частнопрактикующего нотариуса формировался из государственной пошлины, подлежащей уплате за совершение нотариальных действий, которая теперь уплачивалась не в бюджет, а нотариусу и оставалась в его распоряжении. Занимающиеся частной практикой нотариусы смогли нанимать себе помощников (помощник имеет право выполнять нотариальные действия в отсутствие нотариуса) и технический персонал. Технический персонал окупает себя сторицей, поскольку за техническую работу нотариус берет дополнительную плату, сверх предусмотренной НК РФ госпошлины. Практически все нотариусы перешли на частную практику. Частнопрактикующий нотариус – это нотариус, который имеет лицензию, является членом нотариальной палаты (своего рода саморегулируемой организации) и взимает в свою пользу государственную пошлину. Для того, кто обращается к нотариусу, совершенно не имеет значения, государственный он или частнопрактикующий.

Удостоверение нотариусом договора подразумевает проверку его соответствия закону (составить договор стороны могут и сами), засвидетельствование лично-

Нотариус – лицензированный свидетель

стей сторон договора (сверку явившегося гражданина с фотографией в представленном им паспорте), проверку их полномочий (на основании представленных учредительных документов организации, если лицо выступает от имени организации), подлинности подписи (договор подписывается сторонами в присутствии нотариуса) и совершение удостоверительной надписи на договоре, включающей подпись нотариуса (его помощника) и печать. Сведения о договоре вносятся в реестр, который ведется нотариусом, а копия договора остается в его архиве, что позволяет получить дубликат договора при его утрате.

Нотариусы очень дорожат своей лицензией, что гарантирует их добросовестность при исполнении нотариальных действий. В то же время нотариусы иногда закрывают глаза на некоторые пороки сделки, если такие пороки сложно доказать и нельзя уличить нотариуса в нарушении своих обязанностей. Так, в примере на с. 137 нотариус удостоверил договор дарения квартиры, имея все основания полагать, что бедно одетая бабушка-пенсионерка не безвозмездно отдает единственное свое жилье постороннему человеку. Выступая в качестве свидетеля в суде, нотариус, разумеется, подтвердил, что воля сторон соответствовала тексту удостоверенного договора дарения. Также наивно ожидать от нотариуса признания в том, что удостоверенный им договор был подписан невменяемым человеком, не понимавшим значения своих действий (например, в состоянии алкогольного опьянения или страдающего старческим слабоумием).

Итак, нотариальное удостоверение договора не панацея от его недостатков и не гарантия того, что его невозможно оспорить в судебном порядке. Тем не менее некоторые люди предпочитают удостоверять договоры у нотариуса, видя в этом дополнительную меру защиты от мошенничества и недобросовестности со стороны контрагента.

Удостоверить нотариально по желанию сторон можно любой договор. Вообще, усложнить форму договора по отношению к предусмотренной законом форме всегда можно, упростить нельзя.

3.2.4. Государственная регистрация договора

Государственная регистрация договора, предусмотренная законом в некоторых случаях, с практической точки зрения – один из обязательных этапов оформления сделки. Но формально-юридически государственная регистрация не требование к форме договора. Это означает следующее: если форма договора соблюдена (например, стороны заключили в письменном виде лицензионный договор о предоставлении права использования изобретения), а одна из сторон уклоняется от его государственной регистрации в Роспатенте, то другая сторона может осуществить государственную регистрацию в судебном порядке. Если бы государственная регистрация считалась требованием к форме договора, то и не было бы повода обращаться в суд до такой регистрации.

Государственная регистрация договора заключается в том, что компетентный государственный орган вносит сведения о договоре в некий реестр (ЕГРП, например), и ставит на самом договоре штамп с указанием на произведенную регистрацию, регистрационным номером, подписью ответственного госслужащего и печатью госоргана.

3.3. Содержание договора

С учетом вышесказанного о различных способах заключения простых письменных договоров в любом сколько-нибудь важном для стороны договора случае мы рекомендуем заключать договор в форме единого документа, о котором в дальнейшем и пойдет речь.

3.3.1. «Шапка» и преамбула договора

Договор в форме единого документа традиционно начинается с «шапки», включающей заголовок, дату и место составления договора, часто номер договора. Преамбула содержит имена (наименования) сторон договора и указание на их представителей.

Заголовок (наименование договора) не имеет особого юридического значения, но противоречить тексту договора, конечно, не должен. Заголовок может быть просто

словом: «договор» или «соглашение», «контракт», «протокол» и т.п. – или более пространным: «Договор купли-продажи жилого помещения». Контрактом традиционно озаглавливают договор внешнеэкономического характера, стороной которого является иностранная организация. Дочерние организации иностранных компаний, созданные в России, тоже часто называют контрактами договоры, заключаемые в России.

Номер договора совсем не обязательный реквизит, используемый исключительно из соображений удобства учета договоров в организации.

Место заключения договора – наименование населенного пункта. Место заключения договора имеет практическое значение только для внешнеэкономических сделок, оно может повлиять на юрисдикцию договора (право какой страны будет применяться к разрешению споров).

Дата заключения договора обычно довольно условна, так как нечасто обе стороны подписывают договор в один день, но она очень важна. В частности, к ней часто привязывают сроки исполнения обязательств по договору. Указывая дату на договоре, не совпадающую с фактическим днем его подписания, многие следят, чтобы это был не выходной день. Особо осторожные люди выясняют, находилось ли лицо, подписавшее договор, в указанный день в России и, в частности, в городе, указанном в качестве места подписания договора. Эти предосторожности представляются излишними. Не запрещено заключать договоры в выходной день. Проставление подписи не в тот день, который указан в договоре, не влечет недействительности договора, лишь бы подпись была настоящая.

Имена (наименования) сторон договора должны быть полными и точными. Закон не содержит указания на перечень сведений о сторонах, который должен быть приведен в договоре, этот перечень определяется из соображений идентификации личности (организации). Имени, фамилии и отчества гражданина недостаточно, чтобы его идентифицировать, потому что нередко можно встретить полных тезок, даже зарегистрированных по одному адресу. Поэтому разумно указать дату и место рождения. Наиболее распространенный вариант – указание реквизитов паспорта, что тоже разумно до определенных пределов, но

когда требуют, например, указать такие нюансы, как пол гражданина и код подразделения, выдавшего паспорт, это уже раздражает.

Юридическое лицо однозначно идентифицируется по уникальному номеру ОГРН или ИНН. Банковские реквизиты и почтовый адрес тоже разумно указать для удобства дальнейшего взаимодействия.

Паспортные данные гражданина, подробные реквизиты юридического лица чаще указывают не в преамбуле договора, а в заключении его текста.

Вместе с наименованием сторон договора обычно указывают лиц, непосредственно подписывающих договор от их имени: если это руководитель организации (единоличный исполнительный орган), то указывают точное наименование его должности (генеральный директор, председатель правления и т.д.) и традиционно пишут «действующий на основании устава», а иногда добавляют и другие документы, подтверждающие полномочия такого лица. Если договор подписывает лицо, действующее по доверенности, то его должность мало кого интересует, а важнее указание на реквизиты доверенности («действующий на основании доверенности № XX от (указать *дату, месяц, год*)»), если доверенность удостоверена нотариусом, то указывают имя нотариуса и номер доверенности по реестру нотариуса.

Преамбула сложного договора может содержать глоссаций.

3.3.2. Свобода договора

Основной текст договора содержит существенные условия, подробное описание прав и обязанностей сторон. Начинается это описание обычно с краткой формулировки, соответствующей конкретному типу договора. Именно по этой формулировке, а не по заголовку в случае конфликта будет определяться тип договора и соответствующие разделы законов, применимые к нему. Допустим, мы имеем некое соглашение, стороны которого именуются «Сторона 1» и «Сторона 2». Первый пункт договора начинается словами: «Сторона 1 обязуется передать в собственность Стороне 2 акции, указанные в п. 2

настоящего соглашения, а Сторона 2 обязуется принять и оплатить акции в сроки и на условиях, предусмотренных настоящим соглашением». Из такой формулировки сразу ясно, что это договор купли-продажи, поскольку формулировка соответствует гл. 30 «Купля-продажа» ГК РФ.

Теоретически гражданское законодательство провозглашает свободу договора, принцип «разрешено все, что не запрещено», поэтому стороны не привязаны к формулировкам закона и могут придумывать любой договор, какой только смогут. На практике экспериментировать со свободой договора не рекомендуем. С одной стороны, все уже придумано до нас. Гражданское законодательство содержит богатейший инструментарий для конструирования любых, самых сложных договоренностей. С другой стороны, в случае судебного разбирательства суд все равно будет сводить любой художественный текст к набору известных договоров, чтобы понять, какой раздел ГК РФ применять. Если авторы договора сами не решили, правила какого договора должны применяться в их случае, то они делают исход будущего спора непредсказуемым.

Например, пресловутый договор РЕПО (от англ. Repurchase, а точнее, от полного названия договора Sale and Repurchase Agreement) – сделка по продаже ценных бумаг с условием их обратного выкупа по цене, включающей первоначальную цену продажи и проценты на нее. Российское право и суд такого договора не знают. РЕПО рассматривается как два договора купли-продажи. Если же кому-то все-таки удастся доказать, что суть сделки РЕПО не два договора купли-продажи, а кредитование под обеспечение в виде ценных бумаг, то суд применит соответствующие правила для обеспечения, рассматривая сделку как договор залога.

Сказанное, кстати, справедливо и для тех случаев, когда в один документ включается несколько договоров, что тоже законом допускается, но не рекомендуется без необходимости. Например, организация продает недвижимое и движимое имущество (здание производственного цеха и станки в нем). Лучше сделать два отдельных договора (для недвижимости и оборудования) не только потому, что договор продажи недвижимости надо сдавать на государственную регистрацию, но и потому, что даже эти два договора купли-продажи регулируются разными статьями ГК РФ.

*Не верьте
в свободу
договора*

3.3.3. Права и обязанности сторон

Определившись с типом договора и краткой его формулировкой, юристы подробно, на нескольких листах описывают права и обязанности сторон. Это хлеб юриста. Господствующий стереотип гласит, что чем длиннее договор, тем лучше юрист над ним поработал. Раскроем несколько секретных способов увеличить объем договора, кроме увеличения размера шрифта и полей.

Обычное дело – подробнейшее перечисление всех прав и обязанностей сторон. Очевидно, что каждой обязанности одной стороны договора соответствует право другой стороны и наоборот. Например, обязанности арендатора уплатить арендную плату соответствует право арендодателя требовать уплаты арендной платы. Следовательно, нет никакого смысла полностью перечислять и права, и обязанности обеих сторон договора, зато это занимает ровно в два раза больше места. Проще перечислить только обязанности сторон; само собой разумеется, что другая сторона вправе потребовать их выполнения.

Пожалуй, основной способ увеличить объем договора – полностью переписать в договор соответствующий раздел ГК РФ о данном договоре и общие положения закона, хоть как-то относящиеся к договору. Из этой серии фраза: «Споры из настоящего договора, возникающие в связи с его заключением, изменением, расторжением или исполнением, рассматриваются в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации». По какому еще законодательству могут рассматриваться споры, если обе стороны – российские организации и договор заключен в России? Вопрос не риторический. До введения в акционерное законодательство понятия акционерного соглашения (соглашение между акционерами о согласованной политике управления акционерным обществом, прежде всего о единой позиции при голосовании на общем собрании акционеров), некоторые акционеры крупных российских акционерных обществ заключали такие соглашения по праву Великобритании. Можно даже добиться, чтобы британский суд принял к рассмотрению спор, связанный с таким соглашением, и вынес решение. Однако исполнить такое решение в России

практически невозможно. Во всяком случае, только такую экзотику по поводу применения права и есть смысл подробно описывать в договоре, а не общие правила, действующие по умолчанию.

Третий способ увеличения объема – подробнейшее описание действий сторон при всех возможных и невозможных событиях. Конечно, до разумного предела это необходимо сделать, искусство составления договора в том и состоит, чтобы предвидеть и урегулировать возможные при исполнении договора конфликтные ситуации. Разумно предусмотреть порядок взаимодействия сторон в случае обнаружения недостатков поставленного товара, например. Но довольно бессмысленна обязанность сторон договора письменно извещать друг друга об изменении их места нахождения и почтового адреса: если стороны поддерживают контакт, они и так не потеряют друг друга, а если дело дойдет до суда, то от такого извещения никакого толка, поскольку исковое заявление и прочие документы должны направляться по адресу, указанному в ЕГРЮЛ.

Наконец, еще один путь добавить договору веса (физического) – приложения. К договору можно приложить образцы всяческих возможных и невозможных при взаимодействии сторон документов: претензий, уведомлений, актов.

Всеми перечисленными усилиями можно довести объем договора до 300–400 страниц. Этот объем творчества одних юристов должны изучить другие юристы, так они создают друг другу работу, в этом заключается всемирный заговор юристов (для любителей конспирологических теорий). Если серьезно, то работа юриста, анализирующего представленный ему договор, действительно во многом сводится к тому, чтобы отфильтровать большую часть текста, переписанную из соответствующего раздела ГК РФ, и не пропустить действительно важных вещей.

Что же действительно важно в договоре?

Самое важное в договоре – чтобы он был понятен сторонам договора и судье, который будут рассматривать спор этих сторон. Понятным должен быть объект, в отношении которого заключен договор: если это, например, договор аренды пары комнат под офис – надо выделить

их цветом на плане этажа, кроме указания точного адреса. Понятной должна быть последовательность действий сторон: «сначала деньги, а потом стулья», или наоборот, но никак не одновременно, если платеж безналичный. Юрист, составляющий договор, должен очень хорошо представлять себе описываемый бизнес-процесс и специфику объекта договора.



Случай из юридической практики. Кредитным договором между банком и заемщиком было предусмотрено, что заемщик погашает кредит и уплачивает проценты одновременно, но не были предусмотрены последствия поступления частичного платежа, недостаточного для погашения основной суммы кредита и процентов по нему. Суд трактовал это следующим образом: поступивший от заемщика платеж, недостаточный для погашения кредита и процентов, состоит из части основной суммы кредита и процентов, начисленных на эту сумму к моменту платежа.

При подготовке договора полезно представить себя перед судьей, который пытается понять, что мы написали. При этом надо понимать, что судья по образованию юрист и, несмотря на богатый профессиональный опыт, не может знать всех технических, экономических и прочих специфических терминов и подразумеваемых идей. Поэтому следует избегать в договоре специальных терминов, как бы ни были они распространены в профессиональных кругах (например, слов «сложные проценты», «капитализация», «стоимость денег»). Употреблять надо по возможности только те понятия, которые фигурируют в законах и официальных документах, хотя разъяснение профессионального понятия в юридических терминах может звучать смешно (программисты, наверное, посмеиваются над тем, какое определение дает ГК РФ программ для ЭВМ).

При обсуждении условий договора не следует попадаться на такие обычные уловки, как ссылка на «стандартный» или «типовой» договор. Нет никаких стандартных и типовых договоров. То, что организация принимает за типовый договор, – это договор, разработанный в ее интересах и ущемляющий права контрагентов. С таким

договором надо бороться особенно жестко, если, конечно, стороны находятся в равном положении, в равной степени заинтересованы в заключении договора.

3.3.4. Цена договора

Несмотря на то что для некоторых договоров закон не называет обязательным условием цену договора, по возможности, конечно, надо ее оговаривать. Законодательство позволяет формулировать цену договора самым гибким образом. Вполне возможно указание цены непосредственно в долларах США, евро или любой другой валюте, совсем не нужно глупое указание на «у.е.». Надо лишь помнить, что расчеты возможны только в российских рублях, поэтому необходим порядок пересчета иностранной валюты в рубли. Статья 317 ГК РФ предусматривает такой порядок пересчета по курсу Банка России на день платежа, но стороны вправе предусмотреть и другой порядок.

Допускаемые законом способы определения цены договора особенно полезны для управления рисками при заключении долгосрочных договоров. Договор аренды может предусматривать, например, ежегодное повышение цены аренды на официальный индекс инфляции, опубликованный Госкомстатом. Выплаты по договору пожизненной ренты могут быть привязаны к официальным данным о цене потребительской корзины. Если вы не верите ни в официальные данные об инфляции, ни в иностранную валюту, пусть это будет цена в граммах золота, пересчитанная в рубли через биржевые курсы.

3.3.5. Ответственность сторон

Основные виды ответственности сторон за нарушение обязательств по договору – возмещение убытков, понесенных другой стороной в результате такого нарушения, и неустойка. Вопросы возмещения убытков в настоящем разделе мы опускаем, потому что это общая норма закона, не зависящая от того, предусмотрена она договором или нет (подробнее об убытках см. *«Гражданско-*

правовые проступки», с. 210). Поскольку факт возникновения убытков обычно сложно доказать, то договором предусматривается **неустойка** за нарушение того или иного обязательства по договору. Преимущество неустойки в том, что для ее взыскания не надо доказывать факта причинения убытков или иных последствий нарушения обязательства, достаточно самого факта нарушения договора.

Существует два вида неустойки: **штраф** и **пеня**. Штраф – это фиксированная денежная сумма, подлежащая единовременной уплате стороной договора за факт нарушения какого-то из своих обязательств. Пеня – денежная сумма, начисляемая за каждый день просрочки исполнения какого-то обязательства. Понятно, что в тех случаях, когда нам надо стимулировать нарушившую договор сторону хотя бы и с опозданием, но все же как можно скорее выполнить свое обязательство, мы предусматриваем договором уплату пени (0,2% стоимости не поставленного в срок товара за каждый день просрочки поставки). Если же нас не интересует исполнение обязательства, которое не было выполнено в срок, или оно в другое время просто невозможно, то логично предусмотреть штраф (например, за прогул судебного заседания юристом компании, нанятой для ведения судебного дела).

Не следует слишком настойчиво спорить о размере пени: то ли это будет 1% в день от цены договора, то ли 0,5% в день – все равно суд уменьшит такую высокую неустойку на основании ст. 333 ГК РФ, предоставляющей суду такое право. Ориентиром для суда является ставка рефинансирования Банка России, которая на конец 2009 г. составляла 9% годовых, т.е. около 0,025% в день. Кстати, такая же неустойка предусмотрена законом за просрочку уплаты денег (ст. 395 ГК РФ), если договором она не изменена.

3.4. Налоговые последствия договора

В наше время любой договор, заключаемый организацией, должен анализироваться на предмет его налоговых последствий. В идеале договор должен быть исследован и завизирован налоговым юристом, специалистом по

налоговому учету. На практике эту функцию чаще выполняют финансовый директор или главный бухгалтер.

Только в качестве иллюстраций – несколько вопросов, на которые необходимо обращать внимание.

В связи с налогом на прибыль постоянно возникает вопрос о том, будут ли платежи по тому или иному договору отнесены на расходы, уменьшающие налогооблагаемую прибыль. Запросто может оказаться, что фактической прибыли у организации нет, а для целей налогообложения есть, потому что какие-то расходы необоснованны с точки зрения налоговых органов, а значит, они не вычитаются из выручки для расчета налогооблагаемой прибыли. Так, ст. 269 НК РФ предусматривает, что уплаченные по заемным средствам проценты признаются расходами тогда, когда их размер существенно (более чем на 20%) не отклоняется от среднего уровня процентов по другим займам и кредитам в том же квартале. Получив один заем (кредит), организация в дальнейшем вынуждена следить, чтобы другие займы (кредиты) были получены под процент, не отличающийся более чем на 20% от первого, либо смириться с уплатой налога на несуществующую прибыль.

Бухгалтерия справедливо не любит договоры мены, поскольку они попадают под особый контроль со стороны налоговых органов в силу ст. 40 НК РФ: при некоторых обстоятельствах налоговые органы вправе игнорировать указанную в договоре цену и доначислять налоги исходя других цен, определенных согласно предусмотренным законом методикам и правилам. То же касается договоров между взаимозависимыми организациями, а также договоров, цена по которым более чем на 20% отклоняется от уровня цен по идентичным товарам, работам или услугам организации. Что касается договора мены, то вопрос решается очень просто: вместо договора мены заключают два договора купли-продажи с последующим зачетом встречных требований по оплате товара.

Постоянно следует помнить об НДС. Неприятные последствия имеет смешение в выручке одной организации платежей с НДС и без НДС. Если организация получает часть выручки без НДС (от продажи ценных бумаг, проценты по выданным займам), то в этой же части она не

может принять к зачету уплаченный НДС по таким расходам, как, например, аренда офиса.

Покупая основные средства (недвижимость, оборудование, транспорт), следует помнить о налоге на имущество, который повлечет такое приобретение. Одновременно амортизация основных средств позволяет уменьшить налогооблагаемую базу по налогу на прибыль. И то и другое зависит от цены, которая будет указана в договоре и определит балансовую стоимость имущества.

Предоставляя беспроцентный заем работнику, полезно посчитать, какой НДФЛ уплатит работник с дохода в виде материальной выгоды на процентах.

Прибыль в III квартале финансового года влияет на ежемесячные авансовые платежи по налогу на прибыль в IV квартале того же года и I квартале следующего. Прибыль в IV квартале года не влияет на авансовые платежи. Получив необычно большую прибыль по одному договору в III квартале, организация вынуждена была заплатить такую сумму авансовых платежей по налогу на прибыль в последующие два квартала, которая оказалась равной налогу, рассчитанному из фактической прибыли за последующие два года. Чтобы не кредитовать бюджет на два года вперед, организации достаточно было перенести срок платежа по договору на несколько дней позже, с конца сентября на первое октября.

Еще раз отметим, что это лишь иллюстрация доли процента всех возможных проблем и последствий заключения договора.

3.5. Изменение и расторжение договора

По соглашению сторон возможно любое изменение договора и расторжение его в любой момент. Изменение и расторжение обычно оформляются дополнительным соглашением к договору. Форма такого дополнительного соглашения должна быть та же, что и форма первоначального договора: если уж стороны заключили договор в нотариальной форме, хотя закон этого и не требовал, изменения (расторжение) тоже должны быть удостоверены нотариусом. В тех случаях, когда договор подлежит

передаче третьим лицам (в госорган для государственной регистрации, в банк, в депозитарий и. т.п.), стороны нередко заключают дополнительное соглашение для того, чтобы вынести в него конфиденциальную информацию (чаще настоящую цену договора). Наличие такого дополнительного соглашения стороны не раскрывают и никому его не передают.

Вообще говоря, соглашение об изменении или расторжении договора – это тоже договор, к которому применимы все правила, касающиеся формы, процедуры заключения и вообще все, сказанное выше о договорах, включая необходимость экспертизы на предмет налоговых последствий. Допустим, стороны заключили дополнительное соглашение к договору купли-продажи об уменьшении цены товара. Такое соглашение может быть расценено налоговыми органами как прощение долга или дарение денежной суммы, на которую уменьшена цена, со всеми вытекающими последствиями.

Иногда возникает вопрос, можно ли расторгнуть (изменить) уже исполненный сторонами договор. Ответ – невозможно. Дело в том, что расторжение договора – это прекращение обязательств, ранее установленных договором, а изменение договора – изменение таких обязательств. Если все обязательства по договору сторонами уже исполнены, т.е. прекращены, то обязательств больше нет, значит, нечего прекращать и изменять.

Одностороннее изменение или расторжение договора по общему правилу невозможно. Только отдельные договоры могут быть расторгнуты в любое время в силу прямого указания закона: гражданин всегда может расторгнуть договор банковского вклада и забрать свои деньги, договор возмездного оказания услуг может быть расторгнут в одностороннем порядке, некоторые другие договоры могут быть расторгнуты или изменены.

Договор может быть расторгнут или изменен в одностороннем порядке, если сам договор предусматривает такую возможность. В остальных случаях, не предусмотренных законом и договором, расторжение договора по инициативе одной из сторон возможно лишь при существенном изменении обстоятельств и при существенном нарушении договора другой стороной. В обоих случаях

сторона должна обратиться в суд и получить решение суда о расторжении (изменении) договора, а суды нечасто признают указанные основания, поэтому не следует всерьез на них рассчитывать.

По поводу существенных изменений обстоятельств достаточно сказать, что даже кризис 1998 г. не признавался судами обстоятельством, позволяющим расторгнуть (изменить) договор, цена которого была выражена в долларах США.

Что касается существенного нарушения договора, то очень полезно прямо указать в договоре, какие именно нарушения стороны будут считать существенными. Без такого указания нелегко добиться расторжения (изменения) договора. Есть удивительная судебная практика, которая не считает существенным нарушением даже отсутствие оплаты по договору купли-продажи недвижимости, т.е. продавец недвижимости не может расторгнуть договор и вернуть себе недвижимость, даже если покупатель ни копейки за нее не заплатил, а вынужден взыскивать с покупателя денежный долг.

3.6. Прекращение договора

Под прекращением договора понимается прекращение обязательств, которые стороны взяли на себя при его заключении. Естественный способ прекращения договора и обязательств – их исполнение.

Исполнение обязательств должно быть подтверждено документально. При исполнении обязанности по оплате при безналичном расчете таким документом выступает выписка по банковскому счету. При расчетах между организацией и гражданином наличными деньгами за оформлением нужных документов проследит бухгалтерия, оформив необходимые кассовые документы: приходный кассовый ордер или кассовый чек, если гражданин платит организации, или расходный кассовый ордер, расходная ведомость, если организация платит гражданину. Если расчеты осуществляются наличными деньгами между гражданами, то проследить за их оформлением некому. Совершенно типичная ситуация: гражданин, заплативший

другому гражданину деньги по договору (даже по договору купли-продажи квартиры), не имеет подтверждения платежа. Недобросовестные агенты риелторских агентств успокаивают покупателя, мол, договор же зарегистрирован, в нем написана цена квартиры, что вам еще надо. Ничего больше покупателю не надо только в том случае, если в договоре купли-продажи есть утверждение, что покупатель уплатил цену договора до подписания (при подписании) договора. Но обычно (и на месте продавца мы на другое не согласились бы) в договоре написано, что покупатель обязан уплатить цену по договору в определенный срок после заключения договора или государственной регистрации права собственности за ним. Это значит, что платеж надо подтвердить документально – распиской продавца в получении денег или актом о передаче денег. Расписку часто требуют написать от руки – смысл этого в том, чтобы получить образец почерка. С нашей точки зрения, нет необходимости всю расписку писать от руки, достаточно полностью написать от руки имя, фамилию и отчество, как этого требуют нотариусы. Одной подписи без расшифровки недостаточно. Практика показывает, что экспертиза подлинности подписи редко может дать однозначное заключение по одному «иероглифу», оставленному человеком.

Стороне договора, которой принадлежит право требовать исполнения обязательства, обычно безразлично, кто именно выполнит обязательство (передаст товар, заплатит деньги), поэтому закон допускает исполнение обязательства третьим лицом, не являющимся стороной договора. Обычная практика – перечисление денег третьими лицами за должника на основании его письменных указаний («по письму»). С такими платежами следует проявлять осторожность.

Другие действия по исполнению договора, кроме платежей, тоже должны подтверждаться документально. Если для подтверждения каких-либо действий нет установленной или общепринятой формы документа (как для приемки работ по договору строительного подряда или для передачи товара перевозчику), то они подтверждаются актами свободной формы.



Случай из юридической практики. Производственное предприятие, на котором работала большая часть населения поселка, оказалось в тяжелом финансовом положении. Предприятие задолжало за электроэнергию, газ, пропустило срок уплаты налогов. Налоговые органы выставили инкассо на расчетный счет. Таким образом, все поступающие от покупателей платежи немедленно списывались банком в пользу бюджета. Во избежание остановки предприятия в связи с отключением электроэнергии и газа, директор предприятия написал письмо одному из покупателей с просьбой перечислить деньги за продукцию непосредственно энергосбытовой организации, что и было сделано покупателем. За указанные действия директор был условно осужден к двум годам лишения свободы по ст. 199.2 «Соккрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов» Уголовного кодекса РФ (введена в 2003 г.).

Универсальный документ, именуемый актом, содержит описание некоторых событий, которые как будто бы произошли в присутствии подписавших акт лиц. «Как будто бы» мы говорим потому, что многие акты (особенно бухгалтерские формы) превратились в фикцию, вроде документов, которыми оформляется движение товаров по складу, когда никакого склада у организации нет и в помине, или акты на списание материалов в производство. Оформляют актами и действительно имевшие место действия: актом приемки-передачи подтверждается передача арендатору помещений и возврат их арендатором. Актом удается оформить такие действия, которые совсем уж непонятно как еще можно подтвердить: оказание таких услуг, как, например, устная консультация.

Поскольку договор заключается сторонами именно для того, чтобы он был исполнен, то другие случаи прекращения договора связаны в основном с непредвиденным развитием событий, самым неприятным из которых является **ликвидация (смерть) должника**.

Ликвидация должника, не исполнившего своих обязательств (имеется в виду ликвидация без правопреемства. Об этом см. «Ликвидация», с. 37), строго говоря, возможна только путем процедуры банкротства, подразумевающей извещение всех кредиторов и их участие в процедуре. Хотя бывают случаи, когда кредитор с удивлением узнает о ликвидации должника без всякого извещения.

Результат: кредитор (держатель облигаций, покупатель, оплативший поставку товара авансом) ничего не получает, обязательства должника прекратились без исполнения, договор прекратился без встречного исполнения обязательств другой стороной.

В случае смерти гражданина его обязательства прекращаются, если он не оставил наследства. В ином случае обязательства переходят к наследникам, получившим наследство, но лишь в части, не превышающей стоимости унаследованного имущества.

Новация долга – замена одного обязательства другим может быть полезным инструментом при урегулировании отношений между сторонами договора при пролонгации, реструктуризации задолженности одной стороны перед другой. Например, задолженность по оплате поставки можно «превратить» в договор займа, предусмотрев график погашения задолженности и начисление процентов на нее. Прежний договор после этого прекращается, а действует только новый договор, который может называться «Соглашение о новации долга» и предусматривать односторонние обязательства должника перед кредитором.

Зачет – прекращение встречных однородных обязательств по заявлению одной из сторон. Часто оформляют двусторонним «актом о зачете», что оправданно, потому что такой акт одновременно выполняет функцию сверки задолженности. Спорную природу имеют многосторонние акты зачета, когда три организации или более, взаимно обязанные друг другу, образуют некую замкнутую цепочку неплатежей. Впрочем, и такие акты зачета судами признаются как основание для прекращения договорных обязательств.

Мы опускаем некоторые другие основания прекращения обязательств, существенно реже встречающиеся в практике бизнеса. В то же время близкой к теме прекращения договора является вопрос **замены стороны в договоре**.

В договоре, как правило, может быть заменена любая сторона, если договор прямо этого не запрещает. Если это сторона, которая все свои обязательства по договору уже исполнила (например, оплатившая всю предусмотрен-

ную сумму по договору участия в долевом строительстве), то она вправе продать свои требования к другой стороне без согласия последней, такие требования являются ее имуществом (см. «*Имущественные права*», с. 97). Продажа обычно оформляется **договором уступки прав (договором цессии)**.

Другая сторона такого договора, по которому одна сторона свои обязательства уже исполнила, тоже может быть заменена, но только с согласия кредитора – стороны, исполнившей обязательства, поскольку кредитору не безразлична личность должника, и прежде всего его платежеспособность. Такая замена оформляется **соглашением о переводе долга**. Понятно, что в данном случае ни о какой продаже речи не идет, наоборот, должник должен что-то заплатить тому, кто принял на себя его обязанности.

Наконец, возможна замена стороны договора и в том случае, если ни одна из сторон своих обязательств еще не исполнила полностью, например, длящийся договор аренды. Арендатор с согласия арендодателя может передать другому лицу право аренды и перевести на него же обязанности по уплате текущих арендных платежей. Такое трехстороннее соглашение будет представлять собой два договора в одном документе.

3.7. Недействительность договора

Положения закона о недействительности договора еще раз демонстрируют разницу между подписанным сторонами документом, который мы называем договором, и тем, чем является такой договор на самом деле – истинными намерениями сторон. Мы уже говорили о том, что недействительны притворные и мнимые сделки, когда стороны намеренно формулируют текст договора не соответствующим их настоящим договоренностям образом. Недействительны договоры и в тех случаях, когда одна сторона подписала документ против воли – под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы, стечения тяжелых обстоятельств (кабальная сделка). Недействителен договор и тогда, когда одна из сторон не способна понимать значения своих действий или руководить ими

(находится в состоянии алкогольного, наркотического опьянения, психического расстройства).

Для предпринимательской практики актуальнее вопрос о недействительности сделки, не соответствующей закону. Несоответствие закону понимается очень широко: не только противоречие текста договора закону или любому другому государственному акту (прежде всего налоговому, административному и антимонопольному законодательству), но и нарушение предусмотренной законом процедуры заключения договора. На этом основании может быть отменена сделка по приватизации имущества, если допущены нарушения при проведении открытых торгов, например.



Случай из юридической практики. Продавец квартиры обратился в суд с иском о признании недействительным договора купли-продажи квартиры в связи с нарушением ст. 292 ГК РФ, предусматривающей обязательное согласие органов опеки и попечительства на продажу жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние лица. Такого согласия при заключении договора получено не было, поскольку, по данным жилищно-эксплуатационной организации, несовершеннолетние лица не были зарегистрированы по адресу квартиры. Истец тем не менее смог доказать факт проживания ребенка в квартире, вызвав свидетелей (соседей и врачей, выезжавших по вызову) и предъявив историю болезни из районной детской поликлиники. Суд удовлетворил требования истца и вернул ему квартиру, обязав вернуть покупателю указанную в договоре цену.

Приведенный пример показывает, что даже скрупулезного изучения всех доступных сторонам договора документов может быть недостаточно для его юридической чистоты. Для полного спокойствия сторон необходимо буквально детективное расследование.

При заключении договора с организацией важно также помнить о правилах заключения крупных сделок и сделок с заинтересованностью, нарушение которых также влечет недействительность сделки в связи с противоречием закону. Этот вопрос мы затрагивали в разделе «Унитарные предприятия» на с. 48. Аналогичным образом следует следить за тем, чтобы была соблюдена особая

процедура при заключении крупной сделки и другими организациями. В акционерном обществе такой договор должно одобрить общее собрание акционеров, в обществе с ограниченной ответственностью – общее собрание участников. Крупной сделкой по закону предусмотрена сделка на сумму, превышающую 25% балансовых активов общества, но уставом этот порог может быть снижен, вплоть до полного запрещения генеральному директору заключать некоторые договоры без согласия учредителей (продажи недвижимости, например).

Наконец, недействительность договора, заключенного организацией, может быть вызвана несоответствием договора специальной правоспособности организации (см. *«Виды организаций»*, с. 25) или заключением договора неуполномоченным лицом. Проблема полномочий лица, заключившего договор от имени организации, несколько смягчается тем правилом, что любое действие организации по исполнению договора подтверждает его действительность. Так, если мы продали товар на условиях уплаты аванса (хотя бы частичного), то после получения такого аванса нам уже безразлично, кто подписал договор со стороны покупателя, даже если секретарь-машинистка.

Последствиями недействительности договора, как правило, являются обязанности сторон возратить друг другу все полученное по сделке. В некоторых случаях закон предусматривает конфискацию в пользу государства всего полученного по договору с обеих сторон (незаконная валютная сделка) или одной из сторон (сделка, заключенная под влиянием обмана, насилия, угрозы).

Тема недействительности сделок на порядки объемнее описанного в данном разделе. Здесь мы только пытаемся обосновать важность этого вопроса, пояснить роль качественной юридической экспертизы при заключении договора.

3.8. Обеспечение договорных обязательств

Обеспечение обязательств – очень эффективный инструмент управления рисками нарушения договорных обязательств контрагентом. В узкоюридическом смысле

обеспечением обязательств являются: залог, поручительство, банковская гарантия, неустойка, задаток, удержание. Все они применимы к любому договорному обязательству, а вовсе не только к кредиту или другому денежному требованию. Обеспечить можно, например, обязательства поставщика, если он требует аванс (предоплату) за товар в полной сумме и не согласен на аккредитивную форму расчетов. Обеспечить можно даже обязательства по ценным бумагам, например, заключить договор залога в обеспечение долга по векселю. Правда, в случае передачи ценных бумаг новому владельцу обеспечение прекратится, и придется заключать новый договор залога.

3.8.1. Залог

Залог появился, как ни странно, из сделки РЕПО между кредитором и должником. Кредиторы в Древнем Риме требовали от должника передать им в собственность какое-нибудь ценное имущество, т.е. передавали деньги заемщику по договору купли-продажи, обещая продать вещь обратно должнику при возврате займа. Поскольку древние суды, как и современные российские, сделку РЕПО не признавали, то кредиторы, бывало, поддавались искушению отказаться от обратной продажи и оставить вещь у себя, тем более когда она была дороже суммы займа.

Тогда был придуман залог как компромисс между кредитором и залогодателем (залогодатель не обязательно должник): вещь в собственность кредитора не передается (хотя может передаваться ему физически), но собственник (залогодатель) лишается права распоряжаться вещью. Залогодержатель (он же всегда кредитор) приобретает в отношении вещи преимущественное право обращения взыскания на нее. Выражения «преимущественное право» и «обращение взыскания» тоже требуют пояснения.

Обращение взыскания на вещь, вопреки представлению некоторых людей, не означает отъема вещи в пользу залогодержателя. Обращение взыскания – это процедура изъятия вещи и продажи ее с торгов, по результатам которых из вырученной от продажи суммы удовлетворяются

требования залогодержателя, а если еще что-то осталось, то это возвращается залогодателю – собственнику вещи. Только если торги дважды не состоялись из-за отсутствия покупателей, кредитор может забрать вещь себе.

Почему же покупатели могут не заинтересоваться покупкой вещи? Потому что первоначальная цена торгов может оказаться выше реальной, рыночной стоимости вещи. Здесь мы подходим к одному из ключевых условий договора о залоге – оценке залога. Именно с той цены, в которую оценили стороны вещь по договору о залоге, начинаются торги. На первых торгах цена не может быть ниже. На повторных торгах она может быть снижена лишь на 15%. Если и эта уменьшенная цена не привлекла покупателей, то вещь может быть передана залогодержателю по цене на 25% ниже той, которая указана в договоре. Но если даже эта сумма (уменьшенная на 25% договорная цена) превышает рыночную стоимость вещи, то кредитор несет прямой убыток, так как долг будет считаться погашенным в этой сумме. В таком случае может быть выгоднее отказаться от залога. Вывод: договор залога может быть ничемным обеспечением, если указанная в нем оценка предмета залога слишком высока. К счастью, есть шанс изменить цену залога в судебном порядке. Этим сейчас пользуются некоторые кредиторы, заключившие договор о залоге до осени 2008 г. и согласившиеся тогда с оценкой недвижимого имущества, которая сейчас снизилась почти в два раза.

Преимущественным право обращения взыскания является по отношению к правам других кредиторов. Если имущества должника не достаточно для расчетов со всеми кредиторами (возможно, введена процедура банкротства), то залогодержатель находится в преимущественном перед другими кредиторами положении: из выручки от продажи предмета залога прежде всего должны быть удовлетворены его требования.

Практически процедура обращения взыскания на залог представляет собой следующую последовательность действий. Прежде всего кредитор должен получить решение суда о взыскании долга с должника. После этого (или одновременно с этим, что не всегда возможно) кредитор обращается в суд с иском об обращении взы-

скания и получает решение суда об обращении взыскания на конкретное имущество, в котором суд указывает оценку залога (совпадающую с договорной оценкой или измененную судом). На основании вступившего в силу решения суда выдается исполнительный лист, который предъявляется в Службу судебных приставов. Судебный пристав-исполнитель изымает предмет залога у собственника физически, если это возможно, или только составляет акт описи и ареста имущества, если это, например, недвижимость. Затем судебный пристав-исполнитель передает документы в Федеральное агентство по управлению государственным имуществом (Росимущество) для организации торгов. После проведения торгов, если они состоялись и кто-то из участников их выиграл, с таким участником заключается договор купли-продажи. Поступившие от покупателя на счет Росимущества деньги перечисляются в Службу судебных приставов и далее залогодержателю в сумме, не превышающей подтвержденную решением суда сумму долга. Остаток денег за вычетом связанных с реализацией имущества расходов и сборов выплачивается собственнику имущества.

Вся эта процедура может занимать годы, если залогодатель ожесточенно сопротивляется и использует все методы затягивания судебных дел, действий судебного пристава и Росимущества. Закон предоставляет сторонам право значительно упростить процедуру обращения взыскания: по соглашению сторон возможно пропустить процедуру судебного разбирательства (внесудебное обращение взыскания), обойтись без торгов и определить более простой способ продажи заложенного имущества. Эти упрощения, очевидно, не в интересах залогодателя.

«Качество» залога, конечно, существенно зависит от рода заложенного имущества и контроля кредитора над ним. Лучший залог – непреходящие ценности, которые кредитор может физически забрать у залогодержателя и хранить у себя до погашения долга (банковские векселя, золото, бриллианты). Это в основном поприще ломбардов. Хорош залог, который может быть зарегистрирован, что дает кредитору уверенность, что предмет залога не будет продан без его согласия (недвижимость, ценные бумаги, самоходные машины). Можно взять в залог

имущество, сделки с которым хоть и не регистрируются, но которое хотя бы можно однозначно идентифицировать (автомобили, оборудование с заводскими номерами). Совсем ненадежный залог – неидентифицируемые (родовые) вещи вне контроля кредитора (залог товаров в обороте, сахар в мешках на складе залогодателя, нефть в трубопроводе).

Залог недвижимости называется **ипотекой**. Никакой другой смысловой нагрузки слово «ипотека» не несет. Договор об ипотеке, процедуры обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество в целом те же, что и для любого другого залога, но некоторые особенности законом установлены для залога жилых помещений в связи с проживанием в них несовершеннолетних. Ипотека, кроме того, может оформляться ценной бумагой (см. «Закладная», с. 93).

3.8.2. Поручительство

По договору поручительства (не путать с договором поручения), заключаемому между кредитором и поручителем, любое лицо может принять на себя обязанность отвечать перед кредитором за исполнение своих обязательств должником полностью или в оговоренной договором части (конкретной сумме). Чем больше таких лиц, тем лучше. Качество такого обеспечения определяется исключительно платежеспособностью поручителя. Нередко кредиторы требуют обеспечить долги организации поручительством ее учредителей, как бы обходя положение об их ограниченной ответственности.

Процедура реализации такого обеспечения проста: кредитор просто предъявляет иск в суд сразу к должнику и ко всем поручителям, и также одновременно в отношении всех этих лиц возбуждается исполнительное производство, процедуры изъятия имущества и т.д. Кредитору безразлично, у кого из поручителей изъяты деньги, которые ему выплатила Служба судебных приставов. Поручители, которым пришлось исполнить обязательства за должника, вправе предъявить к нему требования в размере уплаченной за должника суммы и проценты на нее.

Описанная ситуация называется **солидарной ответственностью**, что означает, что кредитор вправе сразу (по наступлении срока исполнения обязательств) предъявить требования к любому из вышеперечисленных лиц или ко всем одновременно. Эта процедура может осложниться оговоркой о **субсидиарной ответственности** поручителя, включенной в договор поручительства. Такая оговорка означает, что к поручителю можно будет предъявить требование только в случае неисполнения требования, предъявленного к должнику.

В отношении договора, обеспеченного поручительством, следует проявлять осторожность при внесении изменений в него: как правило, одновременно необходимо внести соответствующие изменения и в договор поручительства, иначе поручительство может прекратить свое действие.

3.8.3. Банковская гарантия

Банковская гарантия очень похожа на договор поручительства, но оформляется не договором, а односторонней сделкой, документом за подписью руководителя (представителя) организации-гаранта (обычно банка). Среди прочего гарантия содержит указание на кредитора (бенефициара), которому гарантия выдана, максимальную сумму, которую может потребовать кредитор, и перечень документов, которые кредитор должен представить, чтобы получить выплату по гарантии.

Перечень документов, указанный в банковской гарантии, требует внимательного изучения со стороны кредитора: при некотором искусстве его можно составить так, что получить деньги по банковской гарантии не удастся ни при каких обстоятельствах. Пример: банковская гарантия, выданная продавцу недвижимости в обеспечение обязательств покупателя, которая предусматривает предъявление свидетельства о государственной регистрации права собственности на недвижимость за покупателем: продавцу очень трудно раздобыть это свидетельство, даже его копию, против воли покупателя.

Зато при предъявлении всех документов, перечисленных в гарантии, гарант обязан выплатить деньги по

требованию кредитора сразу, даже не проверяя, наступили ли основания и срок для исполнения обеспеченного гарантийей обязательства.

Банковская гарантия – очень хорошее обеспечение, потому что выдается обычно платежеспособными организациями, за ликвидностью которых следит государство, – кредитными и страховыми организациями. Более того, неисполнение в срок обязательств по гарантии является административным правонарушением, за которым следуют санкции надзорного органа. Предоставление такого серьезного обеспечения рассматривается банком-гарантом как предоставление кредита принципалу (должнику, обязательства которого обеспечиваются гарантией), что влечет все соответствующие процедуры. В то же время предоставление банковской гарантии – платная услуга. Кредитор (бенефициар) должен быть готов к тому, что принципал (должник) попытается переложить на него эти расходы.

3.8.4. Неустойка

Неустойка – довольно странное обеспечение, если не сказать, что это вообще не обеспечение. Смысл неустойки всего-навсего в том, что она стимулирует должника вовремя исполнить свои обязательства во избежание дополнительных расходов. Неустойка ничем не поможет, если должник неплатежеспособен. Все остальное про неустойку см. в разделе *«Ответственность сторон» на с.151.*

3.8.5. Задаток

Задаток – то же самое, что неустойка, а именно штраф, подлежащий уплате стороной, не исполнившей обязательства по договору. Одновременно задаток играет роль аванса, если обязательства по договору исполнены. Покупатель передает продавцу такой аванс и, если в последующем он откажется от договора, полностью теряет его. Если продавец, получивший задаток, откажется от договора, он обязан вернуть задаток в двойном размере, т.е. вернуть деньги, полученные от покупателя, и уплатить ему штраф в том же размере.

3.8.6. Удержание

Если у кредитора каким-то образом оказалась вещь должника или подлежащая передаче должнику, то кредитор может удержать эту вещь в обеспечение обязательств должника. Право удержания, однако, не значит право на присвоение. Обращение взыскания на удерживаемую вещь осуществляется в том же порядке, что и для предмета залога.

Практическую ценность такое обеспечение имеет для таких предприятий как склад, перевозчик, подрядчик, комиссионер, которым клиент передал товар (груз, материал) для хранения, переработки, продажи, перевозки, и не рассчитался за услуги.

3.9. Внешнеэкономические сделки

Внешнеэкономическими сделками называют договоры, «осложненные иностранным элементом». Под таким элементом подразумевают либо нерезидента – одну из сторон договора, либо пересечение товарами (работами, услугами) границы России. Чаще всего, конечно, имеет место и то и другое, но вполне возможно, например, что иностранная организация арендует помещение под офис в России – тогда через границу ничего не перемещается, или, наоборот, российская организация покупает что-нибудь для доставки в свое представительство за рубежом.

Во всех этих случаях, в дополнение ко всем вышеописанным вопросам, мы сталкиваемся с комплексом проблем, который незнаком организации, заключающей исключительно «внутренние» договоры. С одной стороны, это специфические сферы российского законодательства, регулирующие такие сделки и связанные с ними операции: валютное законодательство (в особенности о репатриации и обязательной продаже валютной выручки), таможенное законодательство, нормы о квотах при экспорте или импорте.

С другой стороны, это законодательство страны инкорпорации контрагента, по которому он существует и действует. Ни один российский юрист, занимающийся внешнеэкономическими контрактами, не может досконально знать

законодательство всех стран, с резидентами которых приходится иметь дело. Если речь идет о заключении очень важной сделки, то российской компании необходимо нанимать юридическую фирму в стране нахождения контрагента. К счастью, в большинстве случаев можно обойтись без этого благодаря некоторому единообразию корпоративного права и обычаев внешнеторговых операций.

3.9.1. Репатриация валютной выручки

Из перечисленных сфер российского законодательства, касающихся внешнеэкономических договоров, рассмотрим лишь самое неприятное правило валютного регулирования – о репатриации валютной выручки.

Российская сторона внешнеторгового контракта обязана обеспечить поступление денег в сроки, установленные внешнеэкономическим контрактом. Нарушение этой обязанности влечет немедленную и суровую административную ответственность: должностные лица российской организации и одновременно сама организация штрафуются на сумму в размере от 75 до 100% суммы неполученных (невозвращенных) денежных средств. Нарушение представляет из себя два варианта: либо российская организация экспортировала товар (работы, услуги), а покупатель не произвел оплату в предусмотренный контрактом срок, либо российская организация оплатила аванс за импортную поставку, а поставщик не поставил товар и не вернул аванс в предусмотренные контрактом сроки.

В обоих случаях обслуживающий российскую сторону банк незамедлительно сообщает о нарушении в орган валютного контроля – Федеральную службу финансово-бюджетного надзора, которая выносит постановление о наложении штрафа. При этом действует презумпция вины российской стороны контракта: предполагается, что российская сторона вступила в сговор с иностранным контрагентом и под прикрытием торгового контракта перевела деньги за рубеж. Оспорить такое постановление можно, доказав, что российская сторона предприняла необходимые, разумные и достаточные меры для обеспечения репатриации валютной выручки на каждой стадии

(подготовки, заключения, исполнения) договора и взыскания задолженности. Хорошим доказательством таких мер служит банковская гарантия, выданная банком, обслуживающим иностранного контрагента.

3.9.2. Проверка правоспособности иностранного контрагента и его представителя

Описание особенностей иностранного законодательства, о которых надо иметь представление при заключении внешнеторгового контракта, начнем с перечня документов, подтверждающих само существование иностранной компании и полномочия его представителя. Опытные специалисты в области внешнеэкономической деятельности советуют уже на стадии переговоров требовать такие документы. Это можно сделать в ненавязчивой форме, представив копии учредительных документов и доверенностей российской стороны. Как правило, иностранный контрагент, получив такой пакет документов, рассыпается в извинениях и обещает немедленно прислать аналогичные документы со своей стороны. Если же представитель иностранной компании никак не реагирует и не представляет никаких документов о своих полномочиях, то это повод для повышенного внимания по отношению к такой фирме.

К документам, с которыми в первую очередь необходимо ознакомиться, относятся **выписка из торгового реестра, устав компании и доверенность**, выданная представителю.

Статус юридического лица и его органов определяется правом страны, в которой это лицо было учреждено. Важнейшим документом, который подтверждает такой статус и сам факт существования компании, как правило является **выписка из торгового реестра** (аналог выписки из российского ЕГРЮЛ). Такая выписка подтверждает также полномочия ее директоров (их в иностранных компаниях может быть несколько).

В разных странах разные органы ведут торговый реестр (Trade Register, Company Register): в Нидерландах и Италии – торгово-промышленные палаты (похожие на

российские объединения на основе принципов самоуправления), в Германии, Франции, Бельгии, Австрии – территориальный суды; в Англии – самостоятельное централизованное государственное учреждение (Companieshouse, который ведет Company Register).

Некоторую первичную информацию о компании (а за плату – и более объемную) обычно можно получить на интернет-сайте соответствующего органа, например сайт секретаря штата Делавер, в котором зарегистрировано большинство американских корпораций, акции которых котируются на Нью-Йоркской фондовой бирже: <http://www.corp.delaware.gov/corpsosbio.shtml>



В отличие от российских юридических лиц, иностранные компании иногда вправе иметь для работы несколько зарегистрированных фирменных наименований. Например, такое право предоставлено нидерландским Besloten Vennootschap – сокращенно BV [закрытая компания с ограниченной ответственностью]. У таких компаний в выписке из торгового реестра может значиться десяток наименований, под которыми эта компания выступает на рынке и заключает договоры.

Как выписка из ЕГРЮЛ, так и выписка из торгового реестра другой страны обычно не отражает ограничений в полномочиях директоров. В этих целях следует запросить **устав компании** (в американском варианте – Charter, в английском – Articles of Association).

В судебной практике встречались случаи, когда от имени иностранной компании договор подписывало лицо, имевшее полномочия только на ведение переговоров или не имевшее полномочий на подписание именно такого рода договоров. В одном из случаев контракт был подписан одним директором, хотя по уставу компании такого рода контракт должен быть подписан двумя директорами.

Чаще всего от имени иностранных организаций контракты подписывают все же не директора, а представители по доверенности, поэтому **доверенность** – это третий ключевой документ, который должен быть внимательно изучен при заключении внешнеторгового контракта. С доверенностью приходится иметь дело и тогда, когда контракт подписывает руководитель представитель-

ства иностранной компании. Напомним, что представительство (так же, как и филиал) – это не юридическое лицо, и брать на себя обязательства не может. Если договор подписывается российским представительством иностранной компании, то договор заключается именно с иностранной компанией непосредственно, хотя бы стороной договора и было указано представительство, аккредитованное в России и вставшее на учет в налоговых органах с присвоением ИНН. В частности это означает, что договор с представительством подпадает под действие валютного законодательства, платежи по такому договору (даже в российских рублях) требуют оформления паспорта сделки, как при трансграничных денежных операциях. Функции валютного контроля при этом осуществляет банк, который запрашивает у клиента документы, подтверждающие законные основания для платежей.

Доверенность должна быть составлена по правилам той страны, в которой такая доверенность выдана. Если директор бельгийской фирмы приехал в Москву и подписал доверенность, то, даже если она написана на фламандском языке, она должна соответствовать российскому законодательству. И наоборот, если доверенность выдана руководителем российской организации на русском языке по российскому законодательству в Иордании, то она может быть недействительна по праву Иордании.

Обычно все-таки приходится иметь дело с доверенностью, выданной в стране по месту нахождения юридического лица. Такая доверенность, как и все прочие документы иностранного происхождения, должна быть легализована или иметь апостиль.

3.9.3. Апостиль, легализация и перевод документов

Запрашивая документы от иностранной компании, мы не можем и не обязаны знать законодательство страны, в которой эти документы составлялись, – там могут быть совсем другие, чем в России, требования к форме документа, да и какой орган компетентен такие документы выдавать, выяснить нелегко. Соответствие документа действующему законодательству страны его составления

может подтвердить Российское консульство, находящееся в этой стране. Процедура удостоверения документа в консульстве называется **легализацией**. При этом документ одновременно переводится на русский язык.

Упрощенная процедура удостоверения документов предусматривает проставление на документе **апостиля** – штампа размером не менее 9х9 см (вместо штампа к документу может пришиваться дополнительная страница или наклеиваться специальный стикер, на которые апостиль нанесен типографским способом) с заголовком на французском языке «APOSTILLE (Convention de la Haye du 5 octobre 1961)» – Апостиль (Гаагская конвенция от 5 октября 1961 г.), имеется в виду Гаагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов 1961 г. Штамп проставляется уполномоченными государственными органами страны происхождения документа (в США – департаментом государственного секретаря, в Нидерландах – судом). Документ с таким штампом имеет юридическую силу на территории всех стран – участниц Конвенции (а не только в той стране, консульство которой удостоверило документ в случае легализации).



Перевод на русский язык документов иностранного происхождения, к сожалению, обычно оставляет желать лучшего из-за специфики юридических терминов. Корректный перевод, как правило, может сделать только юрист, хорошо владеющий такой спецификой (юридическим английским). Например, часто допускаются ошибки в таких терминах, как *loading* (переводят буквально как «погрузка»), что означает размещение товаров (контейнеров) в порту на причале вдоль борта судна таким образом, чтобы специальный кран мог погрузить их на корабль, тогда как *shipping* («отправка») или *shipment* («отгрузка») – это действительно погрузка на борт и в трюмы корабля.

Однако этого мало, чтобы документ мог быть представлен в государственные органы России, будь то налоговая инспекция или суд. Документы должны быть переведены на русский язык, и этот перевод должен быть удостоверен нотариусом. Точнее говоря, нотариус удостоверяет подпись дипломированного переводчика под переводом, пришитым к документу. Если в компании имеется сотрудник с дипломом переводчика, то этого бу-

дет достаточно, чтобы не тратить деньги на профессиональных переводчиков, а осуществить перевод своими силами. Если же придется обращаться к услугам профессиональных переводчиков, то перевод должен быть тщательнейшим образом проверен.

Особое внимание при проверке перевода следует обратить на наименование компании, ее адрес, должности и имена директоров; все это должно совпадать до последней буквы и цифры в переводах разных документов, в том числе в ранее сделанных переводах. Крайне желательно, чтобы транскрипция имен совпадала с их написанием в выданных иностранцам российских въездных визах. В противном случае не всегда удастся доказать, например, что упомянутые в разных документах люди по фамилии Счелленс и Шхелленс – это одно лицо, так же как иностранцы по имени Эмин и Амин. Такого рода кажущиеся мелочи могут привести к очень плачевным результатам.

*Неверный
перевод – при-
чина больших
убытков*



Случай из юридической практики. Российская организация заключила договор поставки пшеницы и отгрузила товар морем в адрес швейцарской фирмы. При обращении организации за возмещением НДС по указанной экспортной сделке налоговый орган отказал в таком возмещении со ссылкой на несоответствие товара, указанного в грузовой таможенной декларации (пшеница продовольственная), указанному в переводе коносамента (молотая пшеница). Суд, куда обратилась организация, отказал ей в иске, проигнорировав ссылку истца на неточность перевода коносамента, где в оригинале на английском языке значилось «Milling Wheat», одним из вариантов перевода которого является «продовольственная пшеница».

3.9.4. Содержание внешнеторгового контракта

Кроме всего, что было сказано о содержании «внутреннего» договора, договор с иностранным контрагентом требует решения некоторых специфических вопросов. Прежде всего существенной спецификой обладает трансграничная перевозка товаров. Стороны должны договориться о множестве аспектов такой доставки: кто страхует груз, в какой момент переходит право собственности и риски порчи (гибели) имущества, кто какие уплачивает таможенные сборы и пошлины, кто какому из нескольких перевозчиков платит, кто платит за каждую погрузку

и разгрузку и т.п. К счастью, большинство этих вопросов регулируется международными обычаями, и сторонам надо выбрать только одну из выработанных практикой схем взаимодействия. Понятие о таких обычаях дает документ, именуемый ИНКОТЕРМС.

3.9.5. ИНКОТЕРМС

Международная Торговая Палата (МТП) в Париже разработала (и постоянно обновляет) ряд документов, обобщающих международные обычаи и правила в области торговли. Наиболее известным и употребляемым из таких документов является ИНКОТЕРМС (International Commercial Terms). Последняя, седьмая редакция этого документа была издана в 2000 г. и упоминается как ИНКОТЕРМС-2000.

ИНКОТЕРМС – это не закон и не международная конвенция, а всего лишь документ рекомендательного характера, хотя в некоторых странах, например в Испании, ему придана обязательная сила. Для сторон контракта из большинства стран (в том числе России) ИНКОТЕРМС имеет силу только в том случае, если стороны договорились его применять, о чем в контракте должна быть прямая ссылка, например: «В отношении базисных условий поставки применяется ИНКОТЕРМС-2000».

Базисные условия поставки – это и есть основные схемы поставки, наборы условий контракта на все случаи жизни. ИНКОТЕРМС описывает 13 таких наборов, базисных условий, каждый из которых имеет название из трех букв. Сторонам достаточно написать в контракте, например: «FOB Санкт-Петербург, РФ»), вместо того, чтобы описывать несколько страниц, что поставщик доставляет груз в морской порт в Санкт-Петербурге, оплачивает погрузку товара на судно, риски случайной гибели или порчи товара переходят к покупателю с момента пересечения товаром поручней судна и т.д. Указание на три эти буквы означает, что соответствующий раздел ИНКОТЕРМС стал неотъемлемой частью контракта. В то же время это не мешает сторонам что-либо добавить или изменить в описанных ИНКОТЕРМС условиях.

Базисные условия в ИНКОТЕРМС расположены последовательно друг за другом по принципу возрастания расходов и ответственности продавца, т.е. начинаются они с условий, когда расходы продавца минимальны (условие поставки Ex Works – с завода, «самовывоз») до максимальных расходов и обязанностей (условие DDP – поставка с полной таможенной очисткой в стране покупателя, включая оплату всех пошлин и сборов за покупателя).

Условия поставки разделены по четырем группам:

- ♦ группа «Е» (Ex works) означает, что продавец не несет никаких рисков и расходов по доставке товара, его забирает со склада продавца сам покупатель;
- ♦ группа «F» (FCA, FAS, FOB) означает, что продавец частично оплачивает транспортировку и несет риски до промежуточного пункта (порта) отгрузки;
- ♦ группа «С» (CFR, CIF, CPT, CIP) означает, что продавец несет риски, как в группе «F», а расходы продавца по транспортировке увеличиваются до места назначения;
- ♦ группа «D» (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP) означает, что продавец несет и риски, и транспортные расходы до самого места назначения.

Все эти названия внутри каждой группы являются аббревиатурами. Например, DAF – Delivered At Frontier – «Поставлено на границе» (далее следует указание места границы, до которого продавец несет расходы и риски), или DDU – Delivered Duty Unpaid – «Поставлено без оплаты пошлины» (далее указывается место назначения). Кстати, это базисное условие поставки DDU является одним из наиболее распространенных в практике заключения международных контрактов. Оно означает, что товар физически доставлен покупателю, которому осталось только осуществить таможенную очистку.

А вот условия DDP для доставки в Россию не могут быть применены в чистом виде, поскольку по российскому законодательству НДС при импорте товара обязан уплатить покупатель – резидент России, уплата налога продавцом за покупателя не допускается. Это как раз

тот случай, когда может быть оправдана предусмотренная контрактом оговорка, изменяющая базисные условия ИНКОТЕРМС.

Можно также разделить условия поставки по способу транспортировки, к которым они применяются: универсальные – для всех видов сообщения, и специальные – только для перевозки водным транспортом (например, FOB – Free on Board, т.е. «свободно на борту судна»). Особняком стоит базисное условие поставки DAF (Delivered at Frontier ... Named Place – «Поставлено на границе в именнованном пункте»). Этот базис поставки, хотя и не отнесен к специальным, на практике применяется только при железнодорожных и автомобильных перевозках.

3.9.6. Применимое право

Если в рассуждениях о «внутренних» договорах между российскими резидентами мы позволили себе поглотиться над фразами типа «настоящий договор регулируется действующим российским законодательством», то для внешнеэкономического контракта это положение – одно из ключевых. Стороны внешнеторгового контракта могут выбирать, право какой страны будет регулировать их отношения по договору.

Стороны могут даже выбрать, что к одним положениям договора применяется, например, российское право, а к другим – право другой страны. Это очень типично для договоров купли-продажи, где предметом продажи является оборудование и программное обеспечение к нему (software). К положениям договора о правах на интеллектуальную собственность обычно применяют право иностранного государства (например, право штата Калифорния, США).

Если стороны сами не договорились, право какой страны должно применяться к контракту, с этим будет разбираться суд, что может занять несколько судебных заседаний, растянутых на месяцы и годы, с соответствующими расходами на гонорары юристам. Вопрос о применимом праве (если стороны не указали его в договоре) настолько сложен, что ему посвящены сотни монографий, а в стандартных учебниках по международному частному праву – весьма объемная глава.

Вопрос того, какое право в итоге будет применено, имеет совершенно конкретные последствия для сторон, поскольку многие вопросы торговых отношений по-разному решаются в разных странах. Например, очень различны последствия одностороннего расторжения агентского договора в России и Англии.

Убедившись в необходимости по-хорошему договориться с контрагентом о применимом праве, следует определиться с конкретной страной, право которой будет применено. Казалось бы, безопаснее выбирать свое родное российское право, которое мы с нашими юристами лучше знаем. Не следует обольщаться. Во-первых, не очевидно, что российское право в каждом конкретном случае самое выгодное и хорошо защищает права российской стороны (взять хотя бы права на интеллектуальную собственность). Во-вторых, частью российского права являются международные договоры, которые именно в таких случаях имеют приоритет перед российскими законами: внешнеторговый контракт в случае применения российского права будет регламентироваться Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (Венской конвенцией). Правила этой Конвенции очень во многом не совпадают с положениями ГК РФ о купле-продаже. Однако стороны могут исключить применение этой Конвенции, прямо указав это в договоре.

В действительности логичнее всего в качестве применимого права выбирать право той страны, где будет рассматриваться спор, чтобы суд не тратил время на выяснение положений незнакомого ему законодательства. Так мы подходим к последнему ключевому положению внешнеэкономического договора – выбору места разрешения споров.

3.9.7. Выбор суда или арбитража

Начнем с того, что словосочетание «арбитражный суд» для иностранного уха очень странное (историю его происхождения см. в разделе «Арбитражные суды» на с. 215). За рубежом существует суд – государственный орган для разрешения споров, и **арбитраж** – то, что мы

называем «третейский суд», не имеющая отношения к государству организация (или даже не организация, а выбранные сторонами для рассмотрения конкретного случая специалисты, не обязательно юристы). Стороны контракта вправе выбрать для разрешения споров практически любой государственный суд и любой арбитраж (третейский суд) в любой стране мира.

Общая рекомендация: если у иностранного контрагента нет имущества в России или оно незначительно, т.е. у него нечего в России отбирать и взыскивать деньги придется за рубежом, то ни в коем случае не избирайте государственный суд для разрешения споров, предусмотрите арбитраж, т.е. третейский суд.

Если в договоре будет указан государственный суд (например, Арбитражный суд г. Москвы), то его решение будет не исполнимо в большинстве стран. Решения национальных судов одного государства по коммерческим спорам, как правило, не исполнимы на территории другого государства. Для их исполнения необходимо соответствующее международное соглашение, которое заключено и практически работает только между странами СНГ. Соглашения о признании и приведении в исполнение решений государственных судов, заключенные Россией с Грецией, Италией, Испанией и Кипром, практически не работают, так как в них отсутствуют конкретные сроки и процедуры исполнения решений. Других подобных соглашений у России нет.

Совершенно другие правила действуют при признании и исполнении решений арбитражей, т.е. негосударственных третейских судов. Существует Нью-Йоркская конвенция 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В силу этой Конвенции решения арбитражей исполняются более чем в 140 странах. Сказанного достаточно, чтобы забыть о государственных судах. Остается вопрос, какой именно арбитраж выбрать.

Как это ни покажется странным, но опытные российские юристы-международники не жалуют **Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ** (МКАС при ТПП РФ). Считается, что по крупным делам туда обращаться не стоит

Если не собираетесь исполнять внешнеторговый контракт, выбирайте для рассмотрения споров зарубежный государственный суд

ни в коем случае, но не из-за того, что сам МКАС так уж плох, а из-за того, что его решения с завидной регулярностью отменяются (решение арбитража может быть обжаловано в компетентном государственном суде той же страны по мотивам нарушения процедуры рассмотрения дела). Государственные суды западных стран крайне редко отменяют арбитражные решения.

Однако если дело не крупное (до 100 тыс. евро) и ответчиком выступает контрагент из стран СНГ, то МКАС при ТПП РФ – это лучшее решение. Большинство арбитров – российские юристы, живущие в Москве, поэтому легче организовать слушание дела и можно вести разбирательство на русском языке.

Если вопрос о судебных издержках не пугает, то специалисты на первое место ставят **Международный арбитражный суд при МТП** (Международной торговой палате – той самой, которая разработала ИНКОТЕРМС). Находится он в Париже, но стороны могут выбрать местом рассмотрения спора любое другое место, только надо будет организовать выезд арбитров и их проживание.

Хорошую репутацию имеет **Лондонский международный третейский суд** (LCIA – London Court of International Arbitration). Кстати, его регламент также позволяет проводить разбирательство и выносить решение в том месте, которое стороны укажут в соглашении между ними. Несколько международных арбитражей **в Швейцарии** (при Торговых палатах Базеля, Берна, Женевы, Цюриха и др.) – популярное место рассмотрения арбитражных споров у контрагентов из Западной Европы благодаря очень хорошо развитому законодательству Швейцарии о международном частном праве.

У российского бизнеса популярным является арбитраж в Стокгольме (**Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма**). Он дешевле арбитражей в Лондоне или Париже, арбитры хорошо знакомы с российской спецификой, даже есть русскоязычный web-сайт арбитража (<http://www.sccinstitute.com>). Кстати, иски швейцарской фирмы Noga к России, иски РосУкрЭнерго против Нафтогаза Украины рассматривались именно в нем. Представлять интересы в этом арбитраже могут только местные шведские юристы, поэтому обращаться придется именно к ним.

Специалисты также рекомендуют **Международный арбитражный суд при Палате экономики Австрии**, штаб-квартира которого находится в Вене.

3.10. Доверенность

Руководитель организации, как правило, единственное лицо, которое может действовать от имени организации на основании учредительных документов. Но он редко может себе позволить лично осуществлять все действия, которые необходимо совершать от имени организации. Большая часть таких действий, как правило, совершается сотрудниками или иными лицами, действующими по доверенности.

Вместо доверенности зачастую издается приказ, наделяющий тех или иных сотрудников компании правом подписи соответствующей категории документов. На время своего отпуска генеральный директор может издать приказ о назначении временно исполняющего обязанности с перечислением его полномочий. Такие приказы также рассматриваются в качестве доверенности.

Доверенность вообще один из самых расхожих юридических документов, при этом вызывающий массу недоумений и заблуждений.

3.10.1. Область применения доверенности

Прежде всего следует заметить, что доверенность не настолько универсальный документ, как многие считают. Сфера действия доверенности ограничена в основном имущественными и внутрикорпоративными отношениями. В других сферах (например, в административных отношениях) возможность осуществления действий по доверенности допускается лишь в прямо оговоренных законом случаях.

Для большей ясности пойдем от обратного: чего нельзя делать по доверенности?

Нельзя по доверенности голосовать на выборах Президента России. Нельзя по доверенности заседать и голосовать в совете директоров акционерного общества. Зато

по выданной акционером доверенности можно голосовать на собрании акционеров. Строго говоря, это не очевидно, это специально оговорено Федеральным законом от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

Нельзя отправить юриста с доверенностью в суд или к следователю, если вас вызывают в качестве свидетеля. Вообще-то и гражданин, являющийся стороной по судебному делу (истцом или ответчиком), должен явиться в суд лично, хотя в некоторых случаях судьи смотрят на это сквозь пальцы и допускают рассмотрение дела в присутствии представителя по доверенности без личной явки стороны. Если стороной по делу является организация, ее руководитель, как правило, отправляет в суд юриста с доверенностью. Эта возможность предусмотрена Гражданским процессуальным кодексом РФ и Арбитражным процессуальным кодексом РФ.

Нельзя по доверенности получить паспорт гражданина, но можно получать деньги, почтовые отправления и другие материальные ценности.

В сфере имущественных отношений тоже есть ограничения на действия по доверенности. Например, нельзя по доверенности подписать завещание или брачный договор.

3.10.2. Форма и реквизиты доверенности

Доверенность всегда письменный документ, как правило, в простой письменной форме, т.е. без нотариального удостоверения. Нотариальное удостоверение доверенности от имени организации требуется крайне редко: доверенность на представительство в некоторых государственных органах (Федеральная регистрационная служба – ФРС), доверенность на совершение сделок, требующих нотариального удостоверения. Например, сделка купли-продажи недвижимого имущества не требует нотариального удостоверения, а значит, и доверенность, удостоверенная нотариусом, не нужна. На практике, однако, в одну доверенность включают и полномочия по заключению сделки с недвижимостью, и полномочие на представление организации в ФРС, поэтому удостоверяют такую доверенность у нотариуса.

Закон называет всего три обязательных реквизита доверенности: подпись руководителя, печать и дата составления. Мы бы дополнили этот список следующими требованиями к документу: место составления необходимо указать хотя бы для того, чтобы не возникало сомнений в применении к доверенности права Российской Федерации; заглавие «Доверенность» – без него очень трудно убеждать людей в том, что этот документ по своему содержанию является доверенностью; точное наименование выдавшего доверенность лица, уполномоченного лица и по возможности лица, для представительства перед которым дана доверенность.

Образец подписи поверенного совсем уж незаконное и необязательное требование к доверенности, однако и в нем есть свое рациональное зерно: лицо, передавшее товар представителю по доверенности, в случае претензий о передаче товара ненадлежащему лицу, может сослаться на совпадение подписи в накладной с образцом подписи в доверенности.

От граждан практически любой государственный орган, в том числе суд, требует нотариально удостоверенную доверенность. Дотошный любитель юриспруденции может прочитать в ст. 185 ГК РФ, что к нотариально удостоверенной доверенности в определенных случаях приравнивается доверенность, удостоверенная командиром воинской части, начальником места лишения свободы и проч. Мы бы настоятельно рекомендовали при малейшей возможности все-таки пригласить нотариуса для удостоверения доверенности, поскольку иные перечисленные лица практически никогда не умеют правильно составить документ и удостоверительную надпись.

3.10.3. Последствия выдачи доверенности

Действия, совершенные представителем по доверенности, непосредственно, в тот же момент порождают юридические последствия для доверителя, выдавшего доверенность. Договор, заключенный представителем по доверенности, начинает действовать для доверителя с момента его заключения представителем. Если мы отдали деньги в оплату по договору купли-продажи представите-

лю продавца по доверенности, то в этот момент рассчитались с продавцом. Если представитель не передал деньги продавцу, это вопрос взаимоотношений между ними – доверителем и его представителем.



Случай из юридической практики. Продавец квартиры выдал сотруднику риэлторского агентства доверенность на заключение договора купли-продажи квартиры. Доверенность содержала и полномочие на получение денег по договору. Сотрудник агентства, получив деньги от покупателя при подписании договора, передал их, как было принято в агентстве, директору агентства на хранение на время государственной регистрации договора. К моменту выдачи зарегистрированных документов директор агентства скрылся с деньгами. Было возбуждено уголовное дело о мошенничестве, однако разыскать директора агентства и деньги не удалось. Продавец, не получивший денег, обратился в суд с иском о расторжении договора купли-продажи квартиры, однако суд счел обязательства покупателя по оплате квартиры исполненными и отказал продавцу в иске.

Часто выпадает из внимания тема отношений доверителя и поверенного. В приведенном примере продавец квартиры мог бы обратиться с иском к своему представителю, который получил деньги и должен был передать их доверителю. Нередка и обратная ситуация: поверенный получил от имени доверителя материальные ценности (деньги), в чем подписался в накладной (акте приема-передачи, платежной ведомости, наконец, написал расписку), а доверителю передал эти материальные ценности без какого-либо подтверждения. В случае конфликта поверенный рискует тем, что доверитель может предъявить к нему необоснованные требования о передаче таких ценностей. К счастью, в корпоративной практике за оформлением любой передачи денег и других ценностей обычно строго следит бухгалтерия.

3.10.4. Прекращение доверенности

Как правило, доверенность прекращается с истечением срока ее действия. Если срок действия не указан, то доверенность прекращается через год от указанной на ней даты составления. Максимально возможный срок доверенности – три года. Если срок действия доверенности по ошибке указан более трех лет, доверенность прекращается по истечении трех лет от даты составления.

Некоторые считают, что при увольнении руководителя организации прекращают действие доверенности, выданные за его подписью. Это серьезная ошибка. Доверенность, подписанная от имени организации полномочным на тот момент лицом, действует до истечения ее срока, хотя бы это лицо давно не имело полномочий на выдачу новых доверенностей. В случае конфликта с бывшим руководителем организации или сомнений в его порядочности, мы бы рекомендовали новому руководителю отменить все ранее выданные доверенности. Немного подробнее об этой процедуре.

Доверенность в любой момент может быть отменена выдавшим ее лицом. Процедура отмены доверенности законом не прописана, кроме обязанности доверителя известить о такой отмене поверенного и третьих лиц, для представительства перед которыми дана доверенность. Мы бы рекомендовали оформить такую отмену приказом по организации, ознакомив с ним под роспись лиц, которым доверенность могла предоставлять какие-либо полномочия. По возможности следует изъять саму доверенность, хотя это далеко не всегда возможно: скорее всего, она находится у лица, для представительства перед которым была дана. При отсутствии поверенного следует известить его об отмене доверенности телеграммой по адресу регистрации. В случае конфликтной ситуации, однако, важнее всего срочно известить об отмене тех лиц, те организации, для представительства перед которыми давалась доверенность. Если доверенность была удостоверена нотариусом, то заявление об отмене доверенности подается этому нотариусу, но и все перечисленные выше действия тоже следует совершить. Важно понимать, что до тех пор, пока поверенный или лицо, для представительства перед которым дана доверенность, не уведомлены о ее отмене, совершенное по доверенности действие (заключенная сделка) будет считаться законным. Доказательства уведомления – проблема доверителя, разумеется.

Чтобы доверенность отменить, хорошо бы помнить, когда, кому, на какой срок и по какому поводу доверенность выдана. Возможно, что срок полномочий по доверенности уже и так истек, а возможно, что еще год или

два по такой доверенности могут быть совершены сделки. Поэтому организации рекомендуется вести реестр выданных доверенностей, а лучше всего – помимо реестра еще и сохранять копии выданных доверенностей.



Договор продажи квартиры был заключен представителем по доверенности на следующий день после смерти гражданина – собственника квартиры, выдавшего доверенность. Истцам (наследникам), оспаривавшим договор, не удалось доказать, что к моменту заключения договора представитель знал о смерти собственника. При таких обстоятельствах суд посчитал договор заключенным полномочным представителем.

3.10.5. Мифы и легенды о доверенности

Подпись главного бухгалтера нужна только в том случае, если доверенность выдается государственным (муниципальным) учреждением или предприятием и содержит полномочия на получение (передачу) денег или иных материальных ценностей. Заблуждение о том, что любая доверенность с такими полномочиями должна содержать подпись главного бухгалтера, возможно, поддерживается расхожим типографским бланком «доверенности на получение товарно-материальных ценностей», содержащим соответствующую графу для подписи главного бухгалтера. Такие бланки зачастую содержат указание на 10-дневный срок действия доверенности, что вызывает заблуждение, будто бы такого рода доверенность вообще не может действовать дольше 10 дней.

«Генеральная доверенность». Обычно генеральной доверенностью называют доверенность с более широким кругом полномочий, более длительного действия, чем доверенность на разовое поручение. В ГИБДД под генеральной доверенностью понимают доверенность, содержащую полномочия на продажу автомобиля, в отличие от «доверенности на управление транспортным средством», не содержащей такого полномочия. Почему-то в ГИБДД считают, что «генеральная доверенность», выданная гражданином, должна быть удостоверена нотариусом. Правда заключается в том, что доверенность на продажу автомобиля, так же как и на продажу любого иного движимого

*Юридически
автомобиль
не отличается
от табуретки*

имущества (например, табуретки), нотариального удостоверения не требует, но убедить в этом сотрудников МВД никому еще не удавалось.

3.10.6. Передоверие

Выдача доверенности лицом, действующим на основании доверенности. Доверенность, выданная в порядке передоверия, всегда должна быть удостоверена нотариусом. На практике это требование очень часто игнорируется.

Мы имеем дело с передоверием чаще, чем может показаться. Структура управления организации бывает сложна, зачастую доверенности на какие-то действия выдает не генеральный директор, а какой-либо другой руководитель. Практически всегда это – передоверие, если только в уставе организации прямо не указано, что такое должностное лицо вправе действовать от имени организации без доверенности. Заместитель генерального директора, уполномоченный приказом или каким-нибудь внутренним положением выдавать доверенности, допустим, на получение канцтоваров, действует в порядке передоверия. Председатель Дальневосточного банка Сбербанка России, например, действует как руководитель филиала по доверенности, выданной президентом Сбербанка России, и, соответственно, выдать доверенность может тоже только в порядке передоверия.

- Законодательство Российской Федерации
- Виды правонарушений
- Судебная система России
- Разрешение экономических споров

Незнание закона не освобождает от ответственности. В смысл этой фразы трудно вникнуть из-за частого повторения, поэтому полезно пересказать ее другими словами. Считается, что каждый гражданин нашей страны откуда-то знает более 3 тыс. действующих в настоящее время в России законов и десятки тысяч подзаконных актов. Во всяком случае, за любое их нарушение государство нас наказывает, для чего законодательством предусмотрено более 700 составов правонарушений.

В этом разделе мы ответим на вопросы о том, что такое российское право (в какой форме, в каких именно документах оно содержится), как и за что нас наказывают (виды правонарушений и санкций), как разрешаются споры между участниками хозяйственной деятельности.

4.1. Законодательство Российской Федерации

Право (синоним слова «законодательство») – это совокупность норм (правил поведения), изложенных в официальных (государственных) документах и охраняемых государством. Можно составить иерархический перечень таких документов, содержащих обязательные правила поведения, расположив их в порядке убывания юридической силы. Смысл иерархии прост: если возникает противоречие в правилах, предписанных документами разного уровня, то применяются правила документа более высокой юридической силы, а документ более низкого уровня в противоречащей части игнорируется.

**Законодатель-
ство – это не
только законы.**

Внутри одного уровня иерархии тоже есть свои правила разрешения противоречий. Одно из основных правил заключается в том, что чем позднее документ принят, тем его юридическая значимость больше (подразумевается, что предыдущий документ в противоречащей части отменен новым, хотя о том, что он утратил силу, не указано).

4.1.1. Конституция РФ

Конституция РФ – документ высшей юридической силы. Ни одно положение федерального или регионального закона (включая конституции республик в составе Российской Федерации), международного договора или иного акта не может применяться, если оно противоречит Конституции РФ.

Конституция РФ – документ прямого, непосредственного действия. Это означает, что на ее положения можно непосредственно ссылаться в суде при защите своих прав. Соответственно и суд в своих решениях может ссылаться непосредственно на статьи Конституции РФ. Правда, на практике пользы от этого немного, поскольку большинство положений Конституции РФ слишком общие и применяются с учетом конкретизирующих эти статьи законов. Такая конкретизация может оказаться довольно неожиданной, как например, практическое воплощение ст. 31 Конституции РФ, гласящей, что граждане Российской Федерации имеют право собираться мирно без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование.

В конце концов, если гражданин считает, что его конституционные права нарушены некоторыми действиями, которые обычный суд (суд общей юрисдикции) признал законными, гражданин может обратиться в Конституционный Суд РФ, поставив вопрос о соответствии Конституции РФ тех положений закона, на которые сослался суд общей юрисдикции. Об этом будет сказано немного позже.

4.1.2. Международные договоры

С практической точки зрения международные договоры, заключенные Российской Федерацией, можно подразделить на две категории. Первый тип междуна-

родных договоров содержит положения, предписания, непосредственно действующие на территории России. Будем называть их международными договорами прямого действия. Такие международные договоры являются неотъемлемой частью российской правовой системы; более того, они обладают более высокой юридической силой, чем законы.

Примерами таких международных соглашений могут служить двусторонние соглашения об избежании двойного налогообложения, заключенные Россией со многими странами. Такие соглашения оговаривают порядок уплаты налогов налоговым резидентом одной страны (лицом, постоянно проживающим в стране, или компанией, зарегистрированной по законодательству этой страны), получившим доходы в другой стране. Одни налоги могут быть уплачены в стране получения дохода (доходы от работы по найму, от продажи недвижимого имущества), другие – в стране постоянного проживания (местонахождения) получателя доходов (проценты по заемным обязательствам, например). Во всяком случае, снимается проблема двойного налогообложения: при отсутствии такого международного соглашения налоговый резидент обязан был бы заплатить налог на доходы и в той стране, где получен доход, и по месту своего постоянного проживания (местонахождения).

Другим примером подобного соглашения является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в Вене в 1980 г.). В отношении внешнеторговых контрактов непосредственно применяется именно эта Конвенция, а не правила ГК РФ для договора поставки. Российское законодательство применяется только в части, не противоречащей Конвенции, как и во всех других случаях, когда мы имеем дело с международными договорами.

Ко второму типу международных договоров относятся такие договоры, которые не содержат непосредственных предписаний для граждан и других участников хозяйственного оборота, но предусматривают некоторые обязательства Российской Федерации, например некие действия исполнительной власти. Допустим, Договор об ограничении стратегических наступательных вооружений

(СНВ-I) между Россией и США предусматривал обязанность по сокращению количества ядерных боезарядов. Во исполнение обязанностей по такому договору Правительство РФ дает указания компетентным ведомствам совершить некие действия, о которых мы, рядовые граждане, все равно никогда не узнаем в силу их засекреченности. С практической точки зрения этот Договор нас совершенно не касается.

Международные договоры второго типа могут предусматривать обязанность Российской Федерации внести некие изменения в национальное законодательство. Но и в этом случае нас не интересует международный договор как таковой, практическое значение для граждан и организаций будут иметь только сами изменения законодательства, введенные в действие во исполнение международных обязательств, принятых на себя Россией. Так, Женевская конвенция 1930 г. «О единообразном законе о переводном и простом векселе» предусматривала обязанность стран – участниц Конвенции принять законы, соответствующие приложенному к Конвенции тексту. Такой закон был принят в России в 1997 г. и имеет соответствующее название – Федеральный закон от 11.03.1997 № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе». С практической точки зрения нас касается только данный Федеральный закон, а текст конвенции не интересует.

4.1.3. Законы

Законы, а именно федеральные законы, составляют ядро российской правовой системы и регламентируют все сколько-нибудь значимые аспекты жизни государства, граждан и организаций. Федеральными законами являются в том числе кодексы (ГК РФ, НК РФ, УК РФ и т.д., всего – 20 кодексов). Кодексы отличаются объемом, систематизированностью и являются основой регулирования обширных и наиболее важных сфер жизни общества. В общем случае, однако, неверно было бы считать, что кодекс имеет бóльшую юридическую силу, чем иные законы, хотя, например, ГК РФ предусматривает приоритет его положений перед прочими законами, регулирующими те же вопросы (например, положения о залоге).

Федеральный закон принимается Государственной Думой Федерального Собрания РФ, обычно подлежит одобрению Советом Федерации Федерального Собрания РФ, после чего направляется на подпись Президенту РФ. Подписанный Президентом закон подлежит опубликованию в «Российской газете». Федеральный закон может вступить в силу только после опубликования. Исключением (противоречащим Конституции РФ, строго говоря) являются некоторые засекреченные статьи и приложения федерального закона о бюджете, касающиеся (как можно догадываться) финансирования обороны и безопасности страны.

При упоминании федерального закона обычно указывают его название, номер и дату подписания Президентом, например: Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации». В разговоре зачастую ограничиваются первыми словами названия закона: закон об участии в долевом строительстве.... В общем-то этого достаточно для понимания, о каком законе идет речь. Многие люди (обычно без юридического образования) любят блеснуть знанием номера закона, не упоминая его названия («Закон № 214-ФЗ» или «214-й Закон»). Ирония в том, что нумерация федеральных законов не сквозная, а ежегодно возобновляется после принятия Конституции РФ в 1993 г. Таким образом, существует около 15 федеральных законов с № 214-ФЗ.

Среди федеральных законов следует выделить федеральные конституционные законы – это те законы, которые прямо предусмотрены Конституцией РФ: Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации», Федеральный конституционный закон «О чрезвычайном положении» и т.д., а также изменения к ним. Конституционные законы требуют квалифицированного большинства голосов при принятии их Федеральным Собранием РФ и обладают большей юридической силой, чем прочие федеральные законы. Номер такого закона содержит аббревиатуру ФКЗ, например:

Федеральный конституционный закон от 02.06.2009 № 2-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Не следует также забывать, что действует ряд законов Российской Федерации, принятых с 1991 по 1993 г. до вступления в силу действующей Конституции РФ, которые не называются федеральными законами, но равны им по статусу. Кроме того, до сих пор можно встретить действующие положения законов СССР и законов РСФСР. Некоторые специалисты утверждают, что при большом желании можно разыскать даже никогда формально не отменявшиеся законы Российской империи, но авторам не приходилось сталкиваться с тем, чтобы кто-то воспринимал это всерьез.

Наконец, существуют законы субъектов РФ. Их соотношение с федеральными законами неоднозначно. Федеральный закон превалирует над законом субъекта, если он регулирует вопросы, отнесенные Конституцией РФ к ведению Российской Федерации или к совместному ведению Российской Федерации и субъекта РФ. Однако в узкой сфере исключительного ведения субъекта РФ его законы имеют бóльшую юридическую силу, чем федеральные законы. Кроме того, федеральное законодательство зачастую оставляет те или иные вопросы на усмотрение субъекта РФ. Для целей настоящего раздела пренебрежем вопросами исключительной компетенции субъектов РФ. В таком случае иерархия законов, расположенных в порядке убывания их юридической силы, будет выглядеть следующим образом:

- ◆ Федеральные конституционные законы
- ◆ Федеральные законы
- ◆ Законы субъектов РФ

4.1.4. Указы Президента РФ

Указы Президента РФ возглавляют список так называемых подзаконных актов. В начале 1990-х гг. указы Президента РФ играли важную роль в экономике и хозяйственном обороте страны, восполняя пробелы в тех сферах, которые никогда не регулировались советским

законодательством, пока не были приняты соответствующие законы Российской Федерации. Основным недостатком такого регулирования состоял в плохой проработанности документов, вводившихся в действие подписью Президента РФ, зачастую без какой-либо предварительной юридической, лингвистической экспертизы и вообще без участия профильных специалистов. Случалось, что указы грубо противоречили международным договорам РФ.

В настоящее время указы Президента РФ акцентируют внимание на деятельности государственного аппарата и не имеют такого существенного значения в предпринимательской деятельности, как это было раньше.

Указы Президента должны соответствовать Конституции РФ, международным договорам и федеральным законам.

По общему правилу указы Президента РФ, как и прочие подзаконные акты, могут применяться только после опубликования. Применяться без опубликования могут только такие подзаконные акты, которые не затрагивают прав, свобод и обязанностей граждан.

4.1.5. Постановления Правительства РФ

Законы очень часто отсылают к постановлениям Правительства РФ по ряду вопросов. Согласно закону Правительство РФ утверждает правила дорожного движения; ставки ввозных и вывозных таможенных пошлин; список медицинских товаров, реализация которых освобождена от НДС; размер суточных, которые могут относиться на расходы организации; перенос выходных дней и многое другое. Постановления Правительства РФ должны соответствовать Конституции РФ, международным договорам РФ, федеральным законам и указам Президента РФ.

4.1.6. Акты федеральных органов исполнительной власти

Не вполне удавшаяся административная реформа исполнительной власти, начатая в 2003 г., подразумевала, что все подчиненные Правительству РФ госорганы будут

подразделяться на федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства. В самых общих чертах идея разграничения функций этих госорганов такова: только федеральное министерство может осуществлять правовое регулирование в подведомственной ему сфере путем издания подзаконных нормативных правовых актов, содержащих общеобязательные предписания, правила, разъяснения законодательства. Федеральная служба осуществляет функции по контролю и надзору, а федеральное агентство оказывает услуги и управляет государственным имуществом.

Действительно, Федеральная налоговая служба в настоящее время лишена права издавать обязательные для организаций инструкции или разъяснения налогового законодательства, как она делала это раньше, эта функция перешла к вышестоящей инстанции – Министерству финансов РФ. В то же время есть масса исключений из первоначальной задумки, в частности, часть служб и агентств подчинены непосредственно Правительству РФ или Президенту РФ, а не министерствам и поэтому получили некоторые функции министерств.

Итак, практически каждый орган исполнительной власти (министерства и ведомства, под ведомствами понимаются все прочие разновидности госорганов) пытается издать обязательные предписания в сфере своей деятельности. Акты, содержащие такие предписания, могут называться как угодно (приказы, инструкции, положения, письма, телеграммы и проч.) Независимо от названия они носят такой же обязательный характер, как и закон, если не противоречат всем ранее перечисленным документам.

Законность акта органа исполнительной власти подразумевает, в частности, что акт принят в рамках компетенции (ведения и полномочий) органа. В общем, это справедливо в отношении всех подзаконных актов, но в части документов, рассматриваемых в этом пункте, это особенно актуально. Государственные органы зачастую выходят за пределы своей компетенции не по злому умыслу, а по причине неясности границ этой компетенции. Разные госорганы могут принимать акты по одним и тем же вопросам, оспаривая компетенцию друг друга.

Последний пример, муссировавшийся в прессе в связи с трагедией в Перми: органы МЧС запрещают установку решеток на окнах первого этажа здания, а органы МВД обязывают устанавливать такие решетки. Все это очень осложняет «жизнь» тем бизнесам, которые попадают в ведение того или иного госоргана, чаще всего в силу лицензирования их деятельности.

Проблема усугубляется тем, что процесс приведения многочисленных актов министерств и ведомств в соответствие довольно динамично меняющемуся законодательству сильно запаздывает. При этом государственные служащие – рядовые исполнители нечасто имеют юридическое образование и не готовы брать на себя смелость нарушить инструкцию, непосредственно регламентирующую их работу, хотя бы эта инструкция явно противоречила закону.

Перечисленные проблемы во многом объясняют частые нарушения закона со стороны госорганов. Понимание механизмов, приводящих к таким нарушениям, часто могут помочь в разрешении проблемы законным, даже иногда бесконфликтным путем. Многие недооценивают такие юридические возможности.

4.1.7. Акты толкования права и судебная практика

Несмотря на то что с формально-теоретической точки зрения предыдущим пунктом исчерпывается список документов, составляющих российское законодательство, существует еще ряд документов, которые в обязательном порядке наравне с законом и подзаконными актами изучают юристы при подготовке к судебному процессу или анализе какого-либо юридического вопроса. К таким документам относятся акты официального толкования права и решения судов по конкретным делам.

Официально разъяснять закон могут высшие суды Российской Федерации, а именно Высший Арбитражный Суд РФ и Верховный Суд РФ. Официальные, обязательные для всех судей разъяснения закона содержатся в документах, именуемых **постановлениями пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и постановлениями пленумов Верховного Суда РФ**.

Кто разъясняет закон, тот создает закон, – утверждали древнеримские юристы. Достаточно привести пару примеров, чтобы это утверждение стало очевидным. Так, ст. 395 ГК РФ предусматривает уплату процентов за пользование чужими денежными средствами (например, при просрочке оплаты товара, если договором не предусмотрены пени) в размере учетной ставки банковского процента в месте нахождения (проживания) кредитора. Высшие суды еще в 1996 г. разъяснили, что под учетной ставкой банковского процента следует понимать ставку рефинансирования, установленную Банком России. С тех пор выражения «учетная ставка банковского процента, существующая в месте нахождения кредитора» и «ставка рефинансирования Банка России» употребляются юристами как идентичные, хотя у банкиров, должно быть, иное мнение.

Другим ярким, хотя и устаревшим, примером может служить разъяснение Верховного Суда РФ о том, что под «Госбанком СССР» следует понимать Сберегательный банк РФ, а не какой-нибудь другой частный или государственный банк. Разъяснение давалось по поводу возможности удостоверения банком распоряжения денежным вкладом на случай смерти вкладчика. Действовавшие в середине 1990-х гг. положения Гражданского кодекса РСФСР о наследовании предусматривали возможность удостоверения такого распоряжения самим банком (Госбанком СССР), в то время как общий порядок требовал нотариального удостоверения завещания.

Право разъяснять закон обладает также Конституционный Суд РФ. Строго говоря, за ним закреплено право разъяснять лишь Конституцию РФ, однако фактически он присвоил себе право разъяснять и законы. Примером может служить судьбоносное постановление Конституционного Суда РФ от 21.06.2003 № 6-П.

До указанного постановления существовала судебная практика, крайне неприятная, в частности, для покупателя жилого помещения. Если по каким-то основаниям признавался ничтожным любой из цепочки договоров купли-продажи в отношении жилого помещения, то помещение изымалось у последнего собственника и возвращалось продавцу по такому ничтожному договору. Логика

закона такова: если договор купли-продажи ничтожен, то покупатель по этому договору не приобрел права собственности на предмет купли-продажи, а значит, продать его тоже не мог, т.е. все последующие договоры купли-продажи в отношении этого предмета автоматически считаются ничтожными.

Поводом для рассмотрения дела в Конституционном Суде РФ явились жалобы граждан, у которых были изъяты квартиры. По их мнению, их конституционные права были нарушены в результате применения несоответствующей Конституции РФ ст. 167 ГК РФ. Конституционный Суд РФ, формально говоря, отказал в удовлетворении такой жалобы и не нашел в ст. 167 ГК РФ несоответствия Конституции РФ. Одновременно Конституционный Суд РФ разъяснил, что в подобных ситуациях суды, наряду со статьями о недействительности сделок, должны применять ст. 302 ГК РФ, ограничивающую изъятие имущества у добросовестного приобретателя. В свете этих разъяснений подобные дела и разрешаются в настоящее время.

В тех случаях, когда Конституционный Суд РФ выносит постановление о признании того или иного положения закона несоответствующим Конституции, такое положение не подлежит применению. В то же время текст закона остается неизменен, его может исправить только принявший закон орган – Федеральное Собрание РФ.

Перечисленные документы являются официальными актами, на которые стороны ссылаются в суде, а суд ссылается в тексте своего решения. В этом смысле они совершенно равнозначны всем прочим документам, перечисленным выше. От таких документов существенно отличаются по своему статусу **решения судов по конкретным делам**.

Судебный процесс – это квинтэссенция юриспруденции. Перспектива судебного спора всегда подразумевается при обсуждении любых юридических вопросов, составлении договоров и других документов. По большому счету, на практике нас интересует не то, что написано в законе, а то, как будет разрешен наш спор судом в случае возникновения конфликта (между сторонами договора, между налогоплательщиком и налоговым органом и т.п.). Закон нас интересует постольку, поскольку

он будет применен конкретным судьей конкретного суда в нашем будущем споре с контрагентом или госорганом. Предвидеть то, как закон будет понят и применен судом, помогают судебные решения по аналогичным делам. Иногда их называют **прецедентами**, но это некорректно. Прецедент – это понятие англо-американского права, где однажды принятое судебное решение становится обязательным при рассмотрении аналогичных дел тем же судом, который вынес это решение, и нижестоящими судами. При вынесении нового решения суд прямо ссылается на когда-то (возможно, сотни лет назад) принятое им же или вышестоящей инстанцией решение.

Российский суд не связан собственными решениями, а тем более решениями других судов. Суд не может ссылаться в решении на другое судебное решение, даже если это решение вышестоящей инстанции, хотя, конечно, мнение вышестоящей инстанции не может не влиять на решение нижестоящего суда. Судья вряд ли вынесет решение, заведомо зная, что оно будет отменено. Количество отмененных решений конкретного судьи влияют на его карьеру вплоть до увольнения, если в течение нескольких лет отменяется существенно больше 1% его решений.

В итоге, если говорить о связанных с бизнесом вопросах, наибольшее практическое значение имеют постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (надзорная инстанция) и постановления федеральных арбитражных судов округов (кассационная инстанция). Сотни тысяч таких решений содержится в электронных базах данных, которыми пользуются юристы.

Перечисленные документы с учетом всех внесенных в них изменений, а также множество практических комментариев к ним содержатся в электронных базах данных, которые стали незаменимым инструментом юристов, бухгалтеров, руководителей и многих других людей, которым приходится искать ответы на юридические вопросы. При некотором опыте любой пользователь таких баз может составить представление об интересующей его проблеме благодаря удобной системе ссылок и справок почти к каждому пункту любого закона.

4.2. Виды правонарушений

Нарушение закона карается государством. Нарушение закона или правонарушение – это поведение, противоречащее любому предписанию законодательства в широком смысле, т.е. любого из перечисленных в предыдущем разделе законодательных актов. Правонарушение может выразиться в действии, нарушающем некоторый запрет, или в бездействии вопреки предписанной законом обязанности совершить некие действия (уплатить налоги, например).

Российское право подразделяет все нарушения закона на четыре вида правонарушений: уголовные, административные, дисциплинарные и гражданско-правовые. Каждый из этих видов правонарушений предусматривает свою процедуру расследования и принятия решения в отношении правонарушителя, специфическую систему наказаний.

4.2.1. Преступления

Преступления (уголовные правонарушения) – наиболее опасные для общества правонарушения. Их исчерпывающий перечень содержится в Уголовном кодексе РФ. Там же перечислены все возможные виды наказаний. По российскому законодательству уголовную ответственность могут нести только физические лица, но не организации.

Уголовный кодекс обязан прочесть любой руководитель. Именно руководители организаций чаще всего несут уголовную ответственность за преступления, выразившиеся в бездействии, т.е. за незнание закона. Например, ст. 236 «Нарушение санитарно-эпидемиологических правил» Уголовного кодекса РФ подразумевает, что руководитель организации обязан организовать соблюдение таких правил в организации, а для этого хотя бы надо знать об их существовании. Из той же серии ст. 143 «Нарушение правил охраны труда» Уголовного кодекса РФ и более общего характера ст. 293 «Халатность». Всего Уголовный кодекс РФ предусматривает более 200 преступлений. Мы уверены, что любой гражданин, прочитав

Уголовный кодекс, узнает много нового и полезного. Например, некоторые люди убеждены, что в уголовном порядке наказуема дача взятки только должностному лицу (и, конечно, получение им взятки), забывая об аналогичной статье в отношении должностных лиц коммерческих организаций (ст. 204 «Коммерческий подкуп»).

Преступление влечет за собой наиболее тяжкие наказания: смертная казнь (временно не применяется с 1999 г., мораторий на применение смертной казни продлен Конституционным Судом в ноябре 2009 г.); лишение свободы (до 30 лет или пожизненное); арест (до шести месяцев); ограничение свободы (до пяти лет); исправительные работы (до двух лет); обязательные работы (до 240 часов); лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (до 20 лет), штраф (до 1 млн руб. или в размере дохода осужденного за период до пяти лет). Здесь опущены специфические виды наказаний для военнослужащих.

По сравнению с другими видами правонарушений в отношении преступлений закон наиболее детально регламентирует все процедуры, связанные с их расследованием, судебным рассмотрением и исполнением наказаний. Этот детализированный процесс начинается с проверки информации о предполагаемом преступлении, например письменного или устного заявления гражданина, возможно сообщения в прессе. Такую проверку осуществляют дознаватели – должностные лица, на которых возложена функция дознания. В зависимости от преступления, признаки которого проверяются, это могут быть дознаватели в составе органов МВД, Прокуратуры, ФСБ, ФСКН, таможенных органов и некоторых других. Если информация о преступлении подтверждается, то возбуждается уголовное дело. До возбуждения уголовного дела дознаватели и оперативные сотрудники действуют в основном согласно Федеральному закону от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Сбор информации в рамках этого Закона основан главным образом на добровольном сотрудничестве граждан. Так, например, в отличие от допроса – следственного

действия по возбужденному уголовному делу, уклонение от которого влечет уголовную ответственность, опрос в рамках оперативно-розыскной деятельности (ОРД) не предусматривает обязанности граждан отвечать на вопросы дознавателя или оперативного сотрудника. Примерно так же отличается осмотр помещения в рамках ОРД от обыска, хотя крайне ограниченные в своих возможностях оперативные сотрудники и пытаются убедить, что это примерно то же самое.

После возбуждения уголовного дела его материалы передаются следователю. Следователи – государственные служащие с особым статусом, работа которых заключается именно в расследовании преступлений. Следственный аппарат имеют четыре ведомства: МВД, Прокуратура, ФСБ и ФСКН, которые обобщенно называют «правоохранительными органами». Следователи каждой из перечисленных структур расследуют подведомственные им уголовные дела, львиная доля которых, однако, приходится на МВД. В данном ведомстве, в свою очередь, тоже существуют специализированные подразделения. Расследование преступлений в области экономической деятельности осуществляют Управления по борьбе с экономическими преступлениями (УБЭП).

Расследование преступлений заключается в сборе доказательств, для чего следователю предоставлены достаточно широкие полномочия: допрашивать свидетелей (отказ свидетеля от дачи показаний, а также дача ложных показаний уголовно наказуемы), изымать документы (в том числе с применением силы), запрашивать информацию, составляющую банковскую тайну, и т.п. Документ, регламентирующий работу следователя, а также судебный процесс по уголовным делам, называется Уголовно-процессуальный кодекс РФ (УПК РФ). Изучив УПК, можно понять пределы полномочий следователя и получить ответы на многие вопросы, которые возникают у всех, переживших выемку документов.

Например, полезно понимать разницу между обыском и выемкой. Обыск может осуществляться только с санкции суда и предусматривает поиск вещей или документов с возможным вскрытием дверей, сейфов, и т.п., а также может сопровождаться личным обыском

людей, находящихся в помещении. Для выемки документов санкции суда не требуется, потому что выемка не дает правоохранным органам таких широких полномочий. При выемке документов подразумевается, что сотрудникам правоохранных органов точно известно, какой документ (вещь) им нужен и где он находится. Не может быть речи о личном обыске, вскрытии дверей, запрете работникам организации выходить из помещения.

Итак, при успешном исходе дела следователь собирает доказательства, изобличающие обвиняемого и достаточные для вынесения обвинительного приговора. Следователь составляет обвинительное заключение, которое должен утвердить прокурор, и после ознакомления обвиняемого с обвинительным заключением материалы дела направляются в суд. Срок предварительного следствия согласно закону должен занимать не более двух месяцев, однако может несколько раз продлеваться (до одного года на региональном уровне, свыше года – на федеральном). С учетом продлений и возможности приостановления (срок приостановления не включается в предусмотренный законом срок предварительного следствия) уголовное дело в приостановленном, «спящем» виде может существовать вечно.

Уголовные дела рассматриваются только судами общей юрисдикции. Суд проводит открытое судебное расследование, изучая доказательства и допрашивая свидетелей в зале суда при свободном доступе всех желающих, если процесс не объявлен закрытым по соображениям государственной тайны и в некоторых других случаях. По результатам судебного процесса суд выносит приговор. По сложившейся практике приговор суда обычно имеет обвинительный характер. При недостаточности доказательств для вынесения обвинительного приговора суд вместо вынесения оправдательного приговора обычно направляет дело «на доследование», т.е. материалы уголовного дела снова возвращаются к следователю для продолжения предварительного следствия, который собирает недостающие материалы и снова направляет дело в суд, либо может прекратить уголовное дело в некоторых случаях.

Обвиняемые в совершении преступлений, за которые Уголовным кодексом предусмотрена возможность применения смертной казни, вправе требовать суда присяжных.

Последнее новшество уголовного законодательства – «сделки с правосудием», допускающие смягчение наказания в обмен на сотрудничество со следствием. Еще не ясно, насколько эффективным окажется это нововведение, поскольку специалисты считают, что соответствующие статьи закона сформулированы не вполне удачно и не предоставляют обвиняемому никаких гарантий в том, что государство выполнит свою часть сделки.

4.2.2. Административные проступки

Административные проступки – колоссальный перечень правонарушений, которые, будем честны, каждый из нас совершает почти ежедневно: переход пешеходом дороги в неположенном месте (мы даже не говорим о нарушении правил дорожного движения водителями), несогласованная перепланировка квартиры, разведение костра в лесу, незаконная рыбалка, нецензурная брань в общественном месте и т.д. и т.п.

К административным проступкам (административным правонарушениям) относятся практически все нарушения закона, когда они не столь опасны, как преступления. Нет единого документа, содержащего полный перечень административных проступков, но бóльшая их часть содержится в Кодексе РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) – более 400 проступков, одних нарушений в области дорожного движения – 39. Более того, некоторые виды административных проступков могут предусматриваться законами субъектов РФ. Ответственность за административные правонарушения могут нести как граждане, так и организации.

Многие административные проступки представляют собой практически те же действия (бездействие), которые предусмотрены Уголовным кодексом РФ, но менее опасные в силу не столь тяжких последствий. Так, уклонение от уплаты налогов гражданином согласно ст. 198 Уголовного кодекса РФ наказывается в уголовном порядке, если

*Пусть кинет
в меня камень
тот, кто хотя бы
один раз не со-
вершил админи-
стративного про-
ступка*

сумма неуплаченных налогов превышает 600 тыс. руб. за три финансовых года и составляет более 10% общей суммы подлежащих уплате налогов или, во всяком случае, превышает 1,8 млн руб. Если сумма неуплаченных налогов меньше предусмотренной Уголовным кодексом РФ, то уклонение от уплаты – это административный проступок (налоговое правонарушение), предусмотренный НК РФ и влекущий ответственность в виде штрафа в размере 20% неуплаченной суммы налога (разумеется, кроме уплаты задолженности по налогу и пеней на эту сумму, что наказанием не считается).

Основной вид наказания за административные проступки – административный штраф в сумме от 100 руб. до 5 тыс. руб. для граждан, до 50 тыс. руб. для должностных лиц, до 1 млн руб. для организаций. Штраф также может исчисляться как процент от выручки организации или суммы незаконной валютной операции и т.п. Кроме штрафа КоАП РФ предусматривает такие санкции, как административный арест (обычно до 15 суток), административное приостановление деятельности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность (до 90 суток), дисквалификация (запрет занимать руководящие должности в организациях на срок от шести месяцев до трех лет), административное выдворение за пределы Российской Федерации (только иностранцев или лиц без гражданства), лишение специального права (чаще всего права управления транспортным средством, на срок от одного месяца до трех лет), конфискация или возмездное изъятие орудия совершения административного проступка (охотничьего ружья, например), предупреждение (на практике – только для симпатичных девушек).

Процедура расследования административных правонарушений и наложения взысканий существенно проще, чем уголовный процесс. Дело об административном правонарушении может быть возбуждено сотрудником ГИБДД, им же расследовано и завершено вынесением постановления о наложении штрафа в присутствии нарушителя за 10 минут. Всего более 50 госорганов наделены полномочиями расследовать и выносить решения по административным делам (включая пресловутые органы пожарного и санитарного надзора, вплоть до контролеров в автобусе,

штрафующих безбилетников). Во многих случаях, правда, административное дело должно быть рассмотрено судом (мировым судьей). Так, только суд может вынести решение о дисквалификации, лишении специального права, административном аресте или приостановлении деятельности. В этих случаях судебный процесс похож на рассмотрение уголовных дел: нарушитель может привлекать адвоката для своей защиты, вызывать свидетелей, ходатайствовать о назначении экспертизы и т.п.

Налоговые правонарушения организаций выявляются чаще всего в результате выездных налоговых проверок. По результатам проверки финансово-хозяйственной деятельности организации налоговый инспектор составляет акт, в котором фиксирует выявленные им нарушения. Налоговый кодекс РФ дает организации право представить свои возражения на такой акт, но отменить его в судебном порядке невозможно, поскольку он еще не влечет никаких правовых последствий для организации-налогоплательщика и не ущемляет ее прав. Это лишь основание для вынесения решения должностным лицом – начальником ИФНС (инспекции Федеральной налоговой службы). Такое решение может быть обжаловано в судебном порядке, как и любое другое решение по административному делу, хотя в ряде случаев требуется предварительное обращение с жалобой в вышестоящий налоговый орган.

4.2.3. Дисциплинарные проступки

Дисциплинарными проступками называют нарушения работником возложенных на него трудовых обязанностей, включающих в себя в том числе обязанность соблюдения трудовой дисциплины. Мы будем говорить только о работниках коммерческих организаций. Существенно различается статус и дисциплинарная ответственность многих категорий государственных и муниципальных служащих (судей, прокурорских работников, военнослужащих, служащих таможенных органов, милиции и т.д.), но мы не будем это рассматривать, как и некоторые исключения для работников коммерческих организаций, в частности на железнодорожном и морском транспорте.

Трудовой кодекс РФ предусматривает три вида наказаний за дисциплинарные проступки (дисциплинарных взысканий): 1) замечание; 2) выговор; 3) увольнение. Закон не объясняет формальной разницы между замечанием и выговором и не устанавливает каких-либо ограничений на их применение. Что же касается высшей меры наказания за дисциплинарный проступок – увольнения, то оно может применяться далеко не за любое нарушение. Перечень проступков, за которые работник может быть уволен, можно найти в ст. 81 «Расторжение трудового договора по инициативе работодателя» и в некоторых других статьях Трудового кодекса РФ. Например, возможно увольнение работника за прогул или появление на работе в состоянии алкогольного опьянения.

Возможно увольнение работника в случае неоднократного нарушения трудовых обязанностей, если он уже имеет дисциплинарное взыскание. Вот здесь-то мы и понимаем настоящий смысл таких, казалось бы, исключительно морального характера взысканий, как замечание и выговор. На самом деле замечание и выговор могут являться некой подготовительной работой к увольнению работника, это последнее (или единственное) предупреждение о возможном увольнении.

Процедура наложения дисциплинарного взыскания подразумевает некое расследование в миниатюре: основание для дисциплинарного взыскания – некие факты, подтвержденные документально (служебная записка, акт ревизии и т.п.). Работодатель обязан затребовать от работника письменное объяснение по поводу проступка и учесть обстоятельства совершения проступка. В случае отсутствия объяснения об этом составляется акт. Руководитель организации (или уполномоченное им лицо) издает приказ (распоряжение) о наложении взыскания, который должен быть предъявлен работнику под роспись. Любое нарушение процедуры дает возможность работнику оспорить такой приказ в судебном порядке или в Государственную инспекцию труда. Приведенные правила справедливы при отсутствии в организации профсоюза и комиссии по трудовым спорам.

Обратим внимание, что российское законодательство не допускает таких наказаний работника, как штраф или

снижение заработной платы. В то же время многие работодатели выплачивают своим работникам ежемесячные или ежеквартальные премии в фиксированном размере, которые фактически рассматриваются как часть заработной платы. Невыплата очередной премии в таких случаях воспринимается как наказание рублем, и де-факто «лишение премии» рассматривается как санкция за дисциплинарный проступок. Такое «наказание» юридически не требует обоснования и соблюдения какой-либо процедуры, поэтому очень удобно работодателю.

Уместно несколько слов сказать о материальной ответственности работников организации, хотя эта тема прямо и не связана с дисциплинарными проступками. Речь идет не о нарушении трудовых обязанностей или дисциплины труда, а о причинении работником ущерба организации, возможно, даже в рамках выполнения трудовых обязанностей. Например, бухгалтер по ошибке перечислил деньги не туда, куда следовало, или уборщица во время уборки помещения уронила компьютер со стола, или кассир в магазине по ошибке выдала больше сдачи покупателю.

По общему правилу работник несет ответственность перед работодателем за причиненный своими действиями ущерб в сумме, не превышающей одного своего среднего месячного заработка.

Полная материальная ответственность, когда работник должен возместить работодателю прямой действительный ущерб (об упущенной выгоде речи вообще быть не может), возможна только в некоторых прямо предусмотренных законом случаях. Например, если ущерб причинен преступными действиями (кража имущества организации, допустим), основанием для возмещения ущерба в полном объеме может быть только приговор суда по уголовному делу.

Работник также несет полную материальную ответственность в том случае, если работодатель заключил с ним соответствующий договор, который так и называется – «Договор о полной материальной ответственности». Типовая форма такого договора утверждена постановлением Министерства труда и социального развития РФ от 31.12.2002 № 85. При заключении договора о полной

материальной ответственности надо помнить, что такой договор может быть заключен не со всеми работниками, а только с теми, кто непосредственно обслуживает или использует денежные средства и другое имущество. Конкретный их перечень утвержден тем же постановлением Минтруда России. В перечень включены, в частности, кассиры, кладовщики, лаборанты, инкассаторы и т.п.

4.2.4. Гражданско-правовые проступки

К гражданско-правовым проступкам (гражданским правонарушениям) относятся нарушения договорных обязательств, причинение имущественного вреда, а также посягательства на неимущественные ценности.

Гражданско-правовые проступки часто являются результатом других правонарушений, тогда ответственность за них наступает параллельно с другими типами ответственности. Так, в случае дорожно-транспортного происшествия причинение имущественного вреда в виде разбитого автомобиля является, как правило, результатом нарушения правил дорожного движения, что фиксируется в протоколе и является основанием для наложения административного штрафа на виновника происшествия. Следствием преступлений тоже очень часто является причинение имущественного вреда потерпевшему (мошенничество, кража). Такой вред возмещается по приговору суда параллельно с применением уголовного наказания. Такое преступление, скажем, как побои, одновременно посягает на нематериальные ценности человека – здоровье и физическую неприкосновенность личности, что также подлежит компенсации в гражданско-правовом порядке параллельно с уголовным наказанием.

Основной идеей наказания за гражданско-правовые проступки является полное возмещение причиненных **убытков**. Убытки подразделяются на **реальный ущерб** (утрата или повреждение имущества; расходы, которое лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права) и **упущенную выгоду** (неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если его право не было бы нарушено).

Реальный ущерб относительно легко доказывается и оценивается, если вред причинен материальным вещам (повреждения автомобиля при аварии, пролив воды в квартиру этажом ниже, порванные собакой брюки или украденный со склада мешок сахара). В большинстве других случаев это сделать намного сложнее или почти невозможно: убытки в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию организации, недобросовестной рекламой, незаконным использованием товарного знака или другими посягательствами на интеллектуальную собственность. Даже ущерб, причиненный хищением акций, нелегко оценить, если акции не обращаются свободно на рынке. Что касается упущенной выгоды, то возьмем на себя смелость заявить, что о возмещении такого вида убытков вообще можно забыть.

Признавая сложность доказывания убытков в случаях посягательств на интеллектуальную собственность, закон часто предоставляет право владельцам исключительных прав требовать вместо убытков компенсацию, рамки которой установлены законом, а конкретная сумма остается на усмотрение суда. Например, обладатель исключительного права на авторское произведение, чьи права нарушены, по своему выбору вместо убытков может требовать компенсацию в сумме от 10 тыс. до 5 млн руб. либо двукратный размер стоимости экземпляров произведения. Существуют и другие случаи, когда закон предусматривает конкретные суммы компенсаций и штрафов за совершение гражданских правонарушений.

Существует такая санкция, как принудительная ликвидация юридического лица или прекращение деятельности гражданина в качестве индивидуального предпринимателя (за неоднократные нарушения исключительных прав на интеллектуальную собственность).

В случае нарушения договорных обязательств стороны договора сами в силах позаботиться о том, чтобы не пришлось ломать голову над оценкой убытков и доказыванием факта их причинения. При заключении договора сторонам следует предусмотреть уплату неустойки за все существенные, с их точки зрения, нарушения договора (см. *«Ответственность сторон»*, с. 151).

На тот случай, если стороны забудут предусмотреть уплату неустойки в договоре, закон несколько облегчает жизнь. Статья 395 ГК РФ предусматривает уплату процентов за «пользование чужими денежными средствами», под которым, в частности, подразумевается просрочка платежа по договору. В сущности это предусмотренные законом пени в размере ставки рефинансирования Банка России, которые применяются в тех случаях, когда стороны не указали другого размера пени. Правда, следует помнить, что ст. 395 ГК РФ применяется главным образом к денежным платежам, но не к просрочке выполнения работ, например. Зато эта статья применяется не только к договорным отношениям. Например, если бухгалтерия по ошибке перечислила деньги в постороннюю организацию, с которой нет никакого договора, то организация обязана немедленно вернуть эти ошибочно перечисленные деньги. При задержке возврата также начисляются проценты в размере ставки рефинансирования Банка России согласно ст. 395 ГК РФ.

О таком последствии гражданского правонарушения, как компенсация морального вреда, см. раздел *«Нематериальные блага» на с. 133.*

Как явствует из приведенных примеров, наказание за гражданское правонарушение почти всегда наступает по инициативе лица, которому таким правонарушением причинен вред. Сторона по договору платит неустойку только в том случае (по крайней мере, в практике авторов), если другая сторона этого требует (хотя и не всегда в судебном порядке). Ущерб тоже возмещается по требованию пострадавшего лица. (Дождаться, чтобы хозяева квартиры этажом выше сами предложили оплатить ущерб, причиненный проливом воды, авторам не пришлось.)

Никакие государственные органы тоже не налагают гражданско-правовых санкций на нарушителей и не иницируют этот процесс, если только вред не был причинен государству (муниципальному образованию), но в последнем случае госорган выступает как хозяйствующий субъект наравне с другими участниками гражданского оборота.

Гражданско-правовые санкции применяются к нарушителю судом по результатам рассмотрения искового

заявления лица, потерпевшего ущерб. В зависимости от состава участников судебного процесса решение о взыскании убытков, компенсаций, неустоек, процентов за пользование денежных средств и т.д. принимает суд общей юрисдикции или арбитражный суд.

4.3. Судебная система России

4.3.1. Конституционный Суд РФ

Конституционный Суд расположен в г. Санкт-Петербурге и представляет собой одно учреждение. Конституционный Суд состоит из 19 судей, назначаемых пожизненно Советом Федерации Федерального Собрания РФ по представлению Президента РФ.

Конституционный Суд может давать официальные разъяснения Конституции РФ, разрешать споры о компетенции между федеральными органами государственной власти и высшими государственными органами субъектов Российской Федерации, но наиболее важной функцией Конституционного Суда РФ является проверка конституционности законов. Инициировать процесс проверки конституционности закона может любой гражданин, конституционные права которого нарушены таким законом. В некотором смысле Конституционный Суд – последняя инстанция для граждан, которым на законном основании, т.е. в соответствии с законом, но вопреки Конституции РФ, отказали другие суды во всех инстанциях.

Так, например, постановлением от 27.05.2008 № 8-П Конституционный Суд РФ признал не соответствующими Конституции РФ некоторые положения ст. 188 «Контрабанда» УК РФ. Дело было инициировано гражданкой, которая при въезде в Российскую Федерацию через аэропорт «Шереметьево» не задекларировала ввезенную валюту, составляющую в эквиваленте 328 685 руб. Статья 188 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за провоз через таможенную границу без декларирования валюты на сумму более 250 тыс. руб. Несмотря на то что превышение ввезенной суммы

над суммой, разрешенной к ввозу без декларирования (10 тыс. долл. США) было несущественным (около 63 тыс. руб.), в отношении гражданки было возбуждено уголовное дело, и суд, признавая обоснованность возбуждения уголовного дела, применил ст. 188 УК РФ буквально, сославшись на превышение указанной в статье суммы – 250 тыс. руб. Конституционный Суд РФ признал ст. 188 УК РФ несоответствующей Конституции РФ в той части, в которой провозимая через таможенную границу сумма учитывается в полном объеме, без вычета суммы, разрешенной к провозу без декларирования.

Постановления Конституционного Суда РФ вступают в силу немедленно после их принятия и провозглашения, обжалованию не подлежат. С момента вступления в силу такого постановления закон не применяется в части, признанной не соответствующей Конституции.

Кроме перечисленных полномочий, в разделе «*Акты толкования права и судебная практика*» на с. 197 мы упоминали, что Конституционный Суд РФ присвоил себе право толковать закон и давать разъяснения по его применению. В связи с этим приводился пример постановления, которое, хотя и признавало статью ГК РФ соответствующей Конституции РФ, в то же время разъясняло ее правильное применение, ставшее обязательным после провозглашения постановления.

4.3.2. Суды общей юрисдикции

Система судов общей юрисдикции представляет собой четырехуровневую иерархию:

1. **Верховный Суд Российской Федерации** – высшая инстанция в системе судов общей юрисдикции.
2. **Суды субъектов Российской Федерации** (например, Московский городской суд, Московский областной суд или Верховный суд Республики Алтай), а также окружные военные суды.
3. **Районные и городские суды** (например, Басманный районный суд города Москвы или Ангарский городской суд Иркутской области) и гарнизонные военные суды.

4. **Мировые судьи** (за каждым мировым судьей закреплен судебный участок, имеющий свой номер, уникальный в пределах субъекта РФ или более мелкого административного образования, например судебный участок мирового судьи города Москвы № 381).

Смысл этой иерархии в том, что решения нижестоящего суда подлежат обжалованию в вышестоящем суде и могут быть им отменены.

Все перечисленные суды являются федеральными, кроме мировых судей, которые являются судьями субъектов РФ, т.е. назначаются на должность (или выбираются) в соответствии с законом субъекта РФ. С практической точки зрения это не имеет особого значения, поскольку вышестоящей инстанцией для них являются федеральные суды общей юрисдикции – районные и городские суды.

Все уголовные дела рассматриваются судами общей юрисдикции. Суды общей юрисдикции рассматривают также почти все споры, хотя бы одной из сторон которого является гражданин, если спор не вытекает из предпринимательской деятельности или корпоративных отношений.

Организациям и предпринимателям нередко приходится иметь дело с судами общей юрисдикции. Например, по Закону «О защите прав потребителей» покупатель может подать иск в суд общей юрисдикции по месту своего жительства. В этих же судах рассматриваются трудовые споры с работниками. Принадлежащее организации транспортное средство может попасть в дорожно-транспортное происшествие с участием гражданина, не являющегося предпринимателем, – и такой спор будет рассматриваться в суде общей юрисдикции.

4.3.3. Арбитражные суды

Именно в арбитражных судах рассматривается основная масса споров, вытекающих из предпринимательской, экономической деятельности. По сути это экономические, или коммерческие, суды, как они называются во многих странах. Словосочетание «арбитражный суд» звучит довольно странно, учитывая, что слова «суд» и «арбитраж» –

синонимы, а буквальный перевод на иностранные языки вообще сбивает с толку, о чем мы упоминали в разделе «Выбор суда или арбитража» на с. 179.



В дореволюционной России экономические споры разрешались коммерческими судами. Слово «арбитраж» появилось в 1922 г., когда Совет Народных Комиссаров РСФСР издал постановление о разрешении имущественных споров между государственными предприятиями и учреждениями. Такие споры подлежали рассмотрению арбитражными комиссиями при областных экономических совещаниях. В условиях административно-командной системы не было необходимости в строгих процедурах рассмотрения споров и дорогих независимых специалистах – судьях. Система государственного арбитража была ликвидирована в 1991 г., а слово «арбитраж» унаследовали созданные для рассмотрения экономических споров суды.

Система арбитражных судов тоже имеет четыре уровня, но это совсем другие уровни, чем у системы судов общей юрисдикции.

1. **Высший Арбитражный Суд Российской Федерации** (надзорная инстанция).
2. **Федеральные арбитражные суды округов** (кассационная инстанция). Арбитражные округа не совпадают с федеральными округами, всего их 10. Например, расположенный в г. Иркутске Федеральный арбитражный суд (ФАС) Восточно-Сибирского округа включает в свою юрисдикцию колоссальную по площади территорию (почти половину всей России): Республика Бурятия, Республика Саха (Якутия), Республика Тыва, Республика Хакасия, Забайкальский край, Иркутская область и Красноярский край. ФАС Московского округа охватывает только г. Москву и Московскую область.
3. **Арбитражные апелляционные суды** (апелляционная инстанция). Апелляционные суды называют по номерам, всего их 20, почти каждый из них также охватывает несколько субъектов РФ, причем апелляционный суд обычно не размещается в том субъекте РФ, в котором есть суд кас-

сационной инстанции (за исключением г. Санкт-Петербурга и Москвы). Так, 4-й Апелляционный суд, к которому относится Иркутская область, находится в г. Чите (Республика Бурятия). 9-й Апелляционный суд и 10-й Апелляционный суд находятся в г. Москве и являются апелляционными инстанциями для Арбитражного суда города Москвы и Арбитражного суда Московской области соответственно.

- 4. Арбитражные суды субъектов Российской Федерации** (первая инстанция) – именно эти суды рассматривают судебные споры по существу (например, Арбитражный суд Хабаровского края, Арбитражный суд Республики Татарстан).

Более подробную информацию о системе арбитражных судов можно найти на официальном интернет-сайте Высшего Арбитражного Суда РФ: <http://www.arbitr.ru/>. Кроме того, арбитражные суды всех уровней имеют в настоящий момент собственные интернет-сайты, где можно отследить информацию по судебному делу. Этим удобно пользоваться при заключении сделок с новым контрагентом: набрав название организации в поисковом разделе такого сайта, можно увидеть, поданы ли какие-либо иски против такой компании, часто выкладываются даже тексты определений и решений по делу.

4.3.4. Конституционные (уставные) суды субъектов РФ

Эти суды мы упоминаем исключительно для полноты картины. Ни бизнесу, ни гражданам не приходится иметь с ними дела. Их компетенция – вопросы соответствия местного законодательства уставу области (края, автономного округа) или конституции республики. Такие суды создаются субъектами РФ и ими финансируются. Судьи таких судов не имеют статуса федеральных судей.

Конституционные (уставные) суды не объединены в какую-либо систему между собой и не имеют никакого отношения к Конституционному Суду РФ.

4.4. Разрешение экономических споров

Рассмотрение дел арбитражными судами

Судебный процесс возбуждается судом по иску гражданина или организации, но для самой стороны судебного спора дело начинается раньше – с подготовки искового заявления и материалов к нему.

Надо хорошо понимать, что подготовка искового заявления, в сущности, включает в себя процесс расследования дела и сбора доказательств, который должна провести сама организация, намеревающаяся обратиться в суд. Арбитражный суд (после того как исковое заявление уже принято к производству) предоставляет крайне ограниченные возможности для сбора доказательств, поэтому все, что возможно, должно быть сделано до начала процесса. Именно приложенные к исковому заявлению материалы в основном и определяют результаты судебного рассмотрения.

Текст искового заявления, как ни странно, менее значим, чем приложенные к нему документы. Во всяком случае, в ходе судебного процесса он может быть дополнен или изменен. Например, может быть изменен размер требований (с момента направления искового заявления в суд до дня судебного заседания может увеличиться размер подлежащей взысканию неустойки). Подобно тексту договора, объем искового заявления не свидетельствуют о качестве его подготовки и может быть рассчитан не на суд, а на заказчика. Встречаются исковые заявления на десятках страниц, содержащие, главным образом, выдержки из Конституции РФ и всех законов, имеющих или нет отношение к делу. Опытные юристы утверждают, что исковое заявление не должно превышать трех страниц (больше судья все равно не будет внимательно читать).

Исковое заявление подается, как правило, в арбитражный суд по месту нахождения ответчика. Если у ответчика есть филиалы и представительства в других субъектах РФ, то истец вправе также обратиться в суд по месту нахождения филиала или представительства. Законом предусмотрены некоторые исключения из этих правил. Споры о недвижимости рассматриваются судом

Чем длиннее исковое заявление, тем раздражительнее судья

по месту нахождения недвижимости. По письменному соглашению сторон дело может быть рассмотрено любым арбитражным судом первой инстанции, но договариваться об этом надо заранее, при заключении договора; после возникновения конфликта стороны вряд ли договорятся, в каком суде рассматривать спор.

При обращении в арбитражный суд уплачивается государственная пошлина, которая зависит от цены иска, но не может превышать 200 тыс. руб. Характеризуя издержки судебного процесса в целом, следует сказать, что российское правосудие очень дешево обходится участникам судебного спора. Расходы на средний процесс в судах США, например, оцениваются в сумму от 100 тыс. до 300 тыс. долл., состоящую, правда, в основном из гонораров юристам.

Исковое заявление может быть направлено в суд почтой или сдано в канцелярию суда. Приема граждан судьями, подобно мировым судьям или судам общей юрисдикции, в арбитражном суде не предусмотрено.

Дальнейшее описание арбитражного процесса имеет смысл исключительно в том, чтобы дать представление о сроках движения дела по инстанциям.

После получения искового заявления суд в пятидневный срок назначает предварительное судебное заседание. По результатам предварительного заседания назначается судебное разбирательство, которое завершается вынесением решения по делу, т.е. судья объявляет, какое решение принято, без объяснения мотивов такого решения. Полный письменный текст решения, содержащий подробное изложение установленных судом фактов, выводов суда и ссылок на законодательство, изготавливается в течение пяти дней после его вынесения. Дело в этой инстанции рассматривается, как правило, одним судьей. Общий срок от поступления искового заявления в суд до вынесения судебного решения составляет три месяца. Эти сроки строго соблюдаются, что во многом объясняет, почему стороны не могут собирать доказательства в ходе судебного процесса, – просто часто не успевают получить ответ от тех организаций, в которых затребованы документы. Впрочем, в случае сложного дела сроки рассмотрения могут быть продлены.

Если ни одна из сторон не обжалует решения, то оно вступает в силу через месяц после его принятия (изготовления полного текста). До вступления в силу решения может быть подана апелляционная жалоба в вышестоящий суд, что обычно и делает недовольная сторона, тем более что пошлина за подачу такой жалобы составляет всего 2 тыс. руб.

Термин «апелляция» означает пересмотр дела по существу. Суд апелляционной инстанции в составе трех судей вновь рассматривает все обстоятельства дела и исследует доказательства. Новые доказательства, однако, не могут быть представлены сторонами, поэтому суд исследует только имеющиеся в деле документы. Апелляционный суд не проводит предварительного заседания, поэтому большинство дел решается в одном судебном заседании. Срок рассмотрения жалобы в этой инстанции – два месяца с момента поступления материалов дела в апелляционный суд. К этому сроку надо добавить время пересылки дела из суда первой инстанции в апелляционный суд.

По результатам рассмотрения дела апелляционный суд выносит постановление. Апелляционный суд может отменить решение суда первой инстанции и направить дело на новое рассмотрение, изменить решение или оставить решение без изменений. В последних двух случаях решение вступает в силу немедленно после вынесения постановления.

В течение двух месяцев после вступления в силу решения суда первой инстанции (независимо от того, обжаловалось ли оно в апелляционном порядке или нет) сторонам предоставляется право подать кассационную жалобу в вышестоящий суд (федеральный арбитражный суд округа). Пошлина за такое обращение та же, что и за апелляционную жалобу, 2 тыс. руб.

Кассационное рассмотрение дела означает проверку законности и обоснованности решения без рассмотрения по существу (т.е. без исследования доказательств). Кассационная инстанция обращает внимание прежде всего на соблюдение процедурных (процессуальных) правил при вынесении решения первой инстанцией и постановления апелляционной инстанцией. При грубых нарушении

ниях закона кассационная инстанция, конечно, обращает внимание и на это. Дело в кассационной инстанции рассматривается тремя судьями обычно в одном судебном заседании, в те же сроки, что и апелляционная инстанция (два месяца с момента поступления дела). По результатам рассмотрения принимается постановление. Кассационная инстанция также может отменить решение по делу и направить дело на новое рассмотрение, изменить решение или оставить его без изменений.

Теоретически существует еще одна инстанция для обжалования решений – надзорная инстанция, Высший Арбитражный Суд РФ, но мы пренебрежем этой стадией, поскольку вероятность принятия надзорной жалобы к рассмотрению ничтожно мала.

Таким образом, рассмотрением кассационной жалобы практически заканчивается судебный процесс (если дело не направлено на новое рассмотрение), который в общей сложности занимает около 10 месяцев. Долго ли это? Это невероятно быстро. В судах США, например, вообще нет ограничений по срокам рассмотрения дел. Два-три года – норма для судебного процесса, шесть месяцев сторонам дается только для сбора доказательств перед первым судебным заседанием. Судья в Германии не торопясь рассматривает около 80 дел в год, а российский судья такое количество дел разрешает за две недели.

Российская система правосудия доступнее и быстрее в сравнении с зарубежными судами. В то же время огромное количество судебных дел и скорость их рассмотрения не дают российским судьям возможности вникать в обстоятельства дела достаточно глубоко. По этой причине дела решаются формально, практически только по письменным документам.

Третейский суд

Заключая договор, стороны могут предусмотреть передачу вытекающих из него споров не только любому арбитражному суду первой инстанции, но и третейскому суду.

Что такое третейский суд, мы пояснили в разделе *«Выбор суда или арбитража»* на с. 179. Названные в указанном разделе третейские суды, однако, не подходят

для рассмотрения споров между российскими резидентами, эти споры могут рассматриваться в российских третейских судах. Такие суды существуют при торгово-промышленных палатах субъектов РФ, есть также множество других третейских судов.

Российские третейские суды, убеждая стороны договора передать спор на их разрешение, приводят такие аргументы, как низкие издержки (например, плата за рассмотрение спора может составлять 50% государственной пошлины, предусмотренной при рассмотрении дела в арбитражном суде) и высокая скорость рассмотрения (дело может быть рассмотрено за пару месяцев, решение третейского суда вступает в силу немедленно, а обжалование такого решения практически невозможно). Однако, как мы уже сказали, государственные суды в России тоже не дороги и достаточно быстры, конкурировать с ними третейским судам очень сложно.

Главный ресурс третейского суда – это его репутация, которая гарантировала бы сторонам справедливое разрешение дела высококвалифицированными специалистами. С этой точки зрения третейские суды в России еще слишком молоды, чтобы можно было рекомендовать какой-либо из них.