

ISSN 2221-8351

КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

научно-практический журнал



№ 2 (Том 45) — 2022

ООО «Издательская группа «Юрист»
Москва

**ООО «Издательская группа «Юрист»
Москва**

Учредитель: **МГУ им. М.В. Ломоносова**

Главный редактор
Пугинский Б.И., д.ю.н., профессор

Редакционный совет

Абросимова Е.А., д.ю.н., доцент
Амиров А.Т., к.ф.н., доцент
Андреева Л.В., д.ю.н., профессор
Бевзенко Р.С., к.ю.н., доцент
Белов В.А., д.ю.н., профессор
Олейник О.М., д.ю.н., профессор
Рассолов И.М., д.ю.н., профессор
Сидорова Т.Э., к.ю.н., доцент
Скворцов О.Ю., д.ю.н., профессор
Турлуковский Я., доктор права и философии
Цветков И.В., д.ю.н., профессор

Ответственный редактор
Пальцева М.В.

Журнал включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)
Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).
Свидетельство о регистрации ПИ № ФС 77–71 195 от 10 октября 2017 г.

ПОДПИСКА НА ИЗДАНИЕ:

Объединенный каталог. Пресса России – 44943

Центр редакционной подписки:

Тел.: (495) 617-18-88 (многоканальный).

Вниманию авторов! Просьба направлять материалы в печатном виде с приложением электронного носителя или по электронной почте. Материалы будущих публикаций принимаются к рассмотрению при наличии информации об авторе и его контактных данных, аннотаций к статье на английском и русском языках, ключевых слов, постраничных сносок, библиографического списка.

Адрес редакции:

119992, ГСП_2, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14,
IV учебный корпус, Юридический факультет, ауд. 208А
e-mail: commercial-law@mail.ru

Адрес издателя:

Москва, Космодамианская наб., д.26/55 стр. 7.

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ТОРГОВЛИ

Филиппова С.Ю. Проблемы организации превентивной работы по предотвращению нарушений договорного обязательства юридической службой.....	4
Ерахтина О.С. Пределы ограничения свободы договора: подходы, модели, инструменты.....	26
Кейн Д.А. Проблемы соблюдения законодательства о защите персональных данных при использовании иностранных электронных облачных продуктов.....	40
Левушкин А.Н. Дистрибьюторский договор как правовое средство регулирования коммерческих отношений	49
Роднова О.М. Корпоративный договор как правовое средство регулирования внутрикорпоративных отношений	64
Карлявин И.Ю. Право подрядчика на продажу результата выполненных работ: проблемы теории и правоприменительной практики.....	73

Трибуна молодых ученых

Борисова К.В. Место типовых договоров, разрабатываемых организациями коммерсантов, в системе категорий коммерческого права.....	84
Пензин М.И. Коммерческие цели траста.....	93

Филиппова Софья Юрьевна,

доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук
filippovasy@yandex.ru

ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИИ ПРЕВЕНТИВНОЙ РАБОТЫ ПО ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ НАРУШЕНИЙ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ЮРИДИЧЕСКОЙ СЛУЖБОЙ

В статье рассматриваются проблемы организации работы юридической службы с тем, чтобы предотвратить совершение обслуживаемым юридическим лицом противоправных действий по нарушению принятых обязательств, рассматриваются основные подходы в понимании договорной дисциплины и роли юридической службы в ее обеспечении. Анализируются факторы, учитываемые при принятии решения о противоправном поведении и их влияние на превенцию противоправных действий. Оцениваются перспективы использования информационных технологий в фиксации фактов нарушения обязательства.

Ключевые слова: правовая работа, договорная дисциплина, юридическая ответственность, правонарушение, юридическая служба.

Filippova S.Y.,

Associate professor of the department of commercial law and law fundamentals of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University
PhD in Law

PROBLEMS OF ORGANIZATION OF PREVENTIVE WORK TO PREVENT VIOLATIONS OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS BY THE LEGAL SERVICE

The article considers the problems of organizing the legal service in order to prevent the legal entity being served from committing unlawful acts in breach of assumed obligations, considers the main approaches to understanding of contractual discipline and the role of legal service in ensuring it. Factors that are taken into account when making a decision about unlawful behavior and their influence on prevention of unlawful actions are analyzed. Prospects of using information technologies in fixing the facts of violation of obligations are evaluated.

Keywords: legal work, contractual discipline, legal responsibility, offence, legal service.

По справедливому замечанию Б.И. Пугинского и Д.Н. Сафиуллина, ставшему особенно актуальным в последнее время, «стабильность договорных связей, их способность сохранять устойчивость в изменяющихся условиях хозяйствования служит важным фактором динамического развития рыночных отношений»¹. Сегодня, когда все субъекты хозяйственной деятельности сталкиваются со сложнейшими вызовами, связанными с распространением эпидемии, введением ограничений государственной властью, геополитическим кризисом, вызванным проведением специальной военной операции и реакцией международного сообщества на это решение, как нельзя более важным становится обеспечение бесперебойного исполнения договорных обязательств субъектами коммерческого оборота, находящимися на передовой линии в обеспечении стабильности общества, поскольку именно по каналам сбыта происходит перемещение столь нужных населению товаров первой необходимости.

Международное сообщество фактически принуждает иностранные компании, ведущие деятельность на территории России, прекращать ведение операций, закрывать филиалы и представительства, отказываться от долгосрочных договоров франчайзинга, поставки, дилерских и дистрибьюторских договоров, т.е. «сворачивать» ведение предпринимательской деятельности в России, при этом основанием не является землетрясение или ураган, на территории России не ведутся военных действий, т.е. нет никаких обстоятельств, которые можно было бы рассматривать как обстоятельства, служащие основанием для прекращения обязательств (ст. 416, 417 ГК РФ). Сегодня, как ни парадоксально, нарушение частных коммерческих обязательств рассматривается как своего рода

¹ См.: Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. М., 1991. С. 180.

«реторсия» — умышленное причинение ущерба «российскому бизнесу», рассматриваемому неким цельным организмом, существующим как часть России (ее социальной системы, состоящей из институтов). По всей видимости, предполагается, что разрыв цепочек поставок, лишение населения необходимых товаров должны привести к социальным протестам, и через гражданское общество будет осуществлено воздействие на государственную власть. Это весьма жесткий политический вызов для всей системы экономики России. И здесь дело обеспечения стабильности договорных обязательств приобретает уже не только частную значимость для размеров прибыли конкретных коммерсантов, но становится важнейшей задачей государственного уровня.

Как же обеспечить стабильные договорные связи коммерсантов в ситуации разламывающейся реальности, когда каждый новый день приносит все новые вводные данные, когда нарушение договорного обязательства становится хорошим тоном и осуждение вызывает надлежащее исполнение принятых обязательств?

Считается, что чуть ли не единственной формой реагирования на совершение противоправного поведения является привлечение лица к имущественной ответственности и защита *нарушенного* права субъекта. Очевидно, что традиционный институт ретроспективной оценки и реагирования на нарушение обязательства — институт имущественной ответственности — в современных условиях сменяющихся кризисов разной природы работает крайне плохо. Привлечение неисправного поставщика к ответственности весьма мало помогает текущему состоянию дефицитов товаров, разорванных цепочек поставок, вызывающих сложности системного характера. Намного эффективнее осуществление системы

превентивных мер, с тем чтобы противоправное поведение в принципе не реализовалось. Проблемам превентивного воздействия на поведение субъектов до совершения ими противоправного поведения в юридической литературе внимание практически не уделяется.

Между тем на важность предотвращения договорных правонарушений обращали внимание еще в советской литературе, когда имущественная ответственность не могла заменить исполнение в натуре, на котором базировалась вся плановая система хозяйствования. На это обстоятельство обращал внимание Е.А. Суханов, отмечая, что взыскание санкций в возмещение ущерба, возникшего в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением таких договоров, его не компенсирует, а потому главенствующее значение должна занимать превентивно-воспитательная функция ответственности². На это обстоятельство обращали внимание Б.И. Пугинский и Д.Н. Сафиуллин, отмечая важность создания на каждом предприятии эффективной системы организации заключения договоров и исполнения обязательств, разработки общей методологии договорной работы³. Сложное построение хозяйственных связей в современных условиях, их долгосрочный характер обеспечивают, с одной стороны, возможность планирования деятельности субъекта коммерческой деятельности, направленное на то, чтобы не допустить избытка товаров на складе, а значит, дополнительных издержек, связанных с хранением и утилизацией испорченного товара, а с другой стороны, бесперебойное снабжение производства, сектора розничной торговли. В таких условиях нарушение договорных

² См.: Суханов Е.А. Превентивная функция имущественной ответственности // Советское государство и право. 1982. № 6. С. 49.

³ См.: Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. С. 164.

обязательств образует вредоносный результат, неизмеримо более сложный, чем рассчитанный в установленном порядке размер убытков (ст. 15 ГК).

Как показывает текущая ситуация, только лишь риск привлечения к договорной ответственности за срыв поставок не способен остановить должника от нарушения коммерческого обязательства. К сожалению, политические, экономические причины в некоторых случаях становятся важнее, чем договорное обязательство. Должник готов уплатить договорную неустойку и не исполнять обязательства, при этом у кредитора по обязательству такое неисполнение становится причиной нарушения его обязательства перед собственным кредитором. Согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств. Согласно п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств», не могут быть признаны непреодолимой силой обстоятельства, наступление которых зависело от воли или действий стороны обязательства, например отсутствие у должника необходимых денежных средств, нарушение обязательств его контрагентами, неправомерные действия его представителей.

Превентивная функция правового воздействия состоит в том, что предпосылки, условия и причины противоправного действия должны быть своевременно выявлены и устранены. Понятно, что даже наилучшая правовая работа не в состоянии полностью прекратить противоправные действия как социальное явление, но делу профилактики гражданских правонарушений следует уделять значительно большее внимание, чем это принято в настоящее время. Деятельность по надлежащему исполнению договорных обязательств именуют договорной дисциплиной. Как справедливо заметил Б.И. Пугинский, несмотря на то что договорная дисциплина в немалой степени связана с ответственностью, укрепление договорной дисциплины — комплексная проблема, ее решение предполагает осуществление разносторонних организационных, экономических, правовых и воспитательных мер⁴.

Надлежащая организация договорной дисциплины — задача руководителя организации. Юридическая служба может сопровождать процесс исполнения договора, однако она не участвует непосредственно в выполнении заказов контрагентов, отгрузке товаров и пр. Ее роль состоит в осуществлении правовой поддержки создания внутренних регламентов, иных внутренних документов, юридическом сопровождении коррекции договоров при возникновении такой необходимости, участии в разрешении конфликтов, связанных с исполнением обязательств, ведении претензионной и исковой работы в случае ненадлежащего исполнения обязательств.

Для организации надлежащего исполнения обязательств следует тщательно *анализировать* каждый случай нарушения договорного обязательства и выявлять предпосылки и причины такового. В результате такого анализа «могут быть

⁴ См.: Пугинский Б.И. Договорная дисциплина // Избранные труды. М., 2016. С. 203–204.

установлены факты несоответствия предписаний правовой нормы требованиям развивающейся экономики, культуры, правосознания. Анализ отклонения поведения, вызванного этими причинами, подсказывает необходимость внесения соответствующих изменений в правовые нормы и практику их применения. Не меньшее значение имеет изучение рассматриваемых случаев отклонения с точки зрения эффективности правовых средств, применяемых для соответствия реального поведения правам и обязанностям»⁵. Если выявляется систематическое нарушение определенной правовой нормы или условия договора, то стоит поразмышлять на тему того, действительно ли эта норма или условие договора соответствует реалиям, исполнима, действенна, и если ответ на эти вопросы будет отрицательным, следует изменить норму права, или, на уровне правовой работы в организации, изменить используемые в организации типовые договоры, или пересмотреть требования к договорной работе и выработке условий договоров в регламенте договорной работы.

Таким образом, организация правовой работы должна быть направлена на ***превенцию противоправных действий***. Меры, направленные на предотвращение противоправного поведения в гражданском праве, состоят в: 1) исследовании причин и условий противоправного поведения; 2) воздействии на объективные и субъективные условия совершения противоправных действий посредством подбора и внедрения в практику адекватного правового инструментария, правового воспитания, повышения общего уровня правовой культуры; 3) воздействии на поведение субъектов правоотношения путем надлежащего обеспечения исполнения обязанностей субъектов; 4) своевременном выявлении ситуаций, содер-

⁵ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 305–306.

жащих опасность противоправного поведения, посредством должного надзора и контроля за исполнением обязанностей; 5) устранении делящихся противоправных действий.

В юридической литературе середины XX в. активно обсуждался вопрос о том, чего больше в противоправном поведении — свободы воли или воздействия окружающей действительности на характер, образ мыслей человека, которые и подталкивают его к совершению противоправного действия. Говорили о том, что хотя вариант поведения выбирается человеком свободно, этот выбор определен личностным стереотипом, сформированным под воздействием общественных, природных и других условий и предпосылок⁶.

В текущих реалиях правильность этого тезиса можно было наблюдать воочию. Иностранцы контрагенты принимали решение о нарушении обязательств, не находясь ни под воздействием сил природы, ни даже в стесненных обстоятельствах из-за проблем собственного производства. Несмотря на то что по общему правилу коммерческие обязательства весьма редко нарушаются умышленно, в текущей ситуации разрыва договорных связей и неисполнения договорных обязательств, использованных в качестве способа выражения негативного отношения к политике российского государства в части принятия решения о начале специальной военной операции, перед нами ***умышленное нарушение договорных обязательств***. Данное противоправное действие, заведомо для должника, сформировавшего волю на его совершение, повлечет неблагоприятные имущественные последствия, причем как в виде договорных санкций, так и в виде потерь собственных

⁶ См. об этой дискуссии: Самошенко И.С., Фарушкин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971. С. 26–33 ; Эдельгауз Е.М. К вопросу о понятии свободы воли в уголовном праве // Правоведение. 1962. № 4. С. 140–144 и др.

доходов, рынка сбыта продукции. Такое заведомо экономически нецелесообразное решение о нарушении обязательств принималось иностранными юридическими лицами (из недружественных государств) под воздействием текущей ситуации. Разумный участник гражданского оборота, действующий в своем интересе с пониманием собственной пользы, такое решение бы не принял, если бы внешняя среда не оказывала на волю такого субъекта серьезное воздействие.

Иное дело, если должник принял решение о нарушении договорного обязательства, поскольку получил заказ на поставку товара от другого покупателя на более выгодных условиях и, решив, что уплата неустойки по первому договору, освобождающая от исполнения обязательства в натуре, вполне покрывается выгодой от нового договора, отказывается от исполнения и оставляет своего покупателя без ожидаемого товара. В этом случае воля на нарушение обязательства сформировалась полностью свободно, без всякого внешнего воздействия. И если первую рассмотренную ситуацию весьма сложно было предупредить даже при максимальной тщательности при разработке договоров и отборе контрагентов, то вторая ситуация вполне могла быть предотвращена при надлежащем взаимодействии с поставщиком, проверке контрагентов и установлении выгодных для обеих сторон условий договора.

Превентивное воздействие *осуществляется по двум направлениям* — а) на собственных работников с целью стимулирования их к надлежащей организации процесса исполнения обязательств и б) на контрагента для стимулирования его к надлежащему исполнению. Для адекватного и эффективного превентивного воздействия необходимо выявлять, на каком этапе и в связи с чем возникла воля к нарушению обязательства.

Можно выделить несколько уровней формирования воли на противоправное поведение в виде нарушения договорного обязательства.

Первым является **информационный блок**, в который включается надлежащее информирование о содержании обязательства. Часть нарушений обязательств происходят от того, что лица не знают содержание обязательства, неправильно понимают действия, которые должны совершить, имеются ошибки в отгрузочных или платежных реквизитах. От того, как именно будет произведено информирование субъектов о содержании обязательства, во многом зависит, какое именно базовое решение будет принято лицом, сформируется ли у него идея совершения противоправного действия. На этом этапе еще до совершения противоправного действия гигантскую роль в превенции противоправного поведения играют правильная организация правовой работы, надлежащее договорное регулирование отношений, своевременная проработка разногласий сторон, формирование такого состояния правового взаимодействия, при котором всем его участникам ясно, что именно следует делать.

Второй блок — мотивационный, включающий в себя интересы, мотивы, установки и пр. Интересы лица формируются исходя из особенностей структуры его личности. На интересы, мотивы и установки можно воздействовать в процессе воспитания и образования. Работник может быть заинтересован в качественной работе с помощью системы стимулов как экономического, так и внеэкономического характера, это могут быть почетные грамоты, благодарности за хорошую работу, присвоение почетных званий и пр. Для контрагентов мотивация к правомерному поведению, т.е. надлежащему исполнению обязательств, формируется в большей степени экономическими мерами, например, с помощью разнообразных

способов обеспечения исполнения обязательств, установления бонусов и скидок и пр. В ситуации, когда нарушение обязательств было вызвано системным воздействием иностранных государств, продиктовано политической волей, исследование данного элемента формирования воли позволяет надеяться, что возможно восстановление разрушенных связей при геополитической стабилизации ситуации. В случае же, когда нарушение было вызвано предпочтением более выгодного контракта, данный контрагент вряд ли может рассматриваться надежным, и даже при изменении условий лучше не возобновлять с ним договорные отношения. Стоит отметить, что выявление мотивов, связанных с сохранением деловой репутации, а также при исполнении, связанном с личностью физического лица-исполнителя (консультационные услуги, маркетинговое исследование и пр.), может включать тщательный отбор контрагентов исходя из оценки личных качеств лица — уровня образования, культуры и пр. Для некоторых сфер такое исследование личных качеств включается в регламенты договорной работы в качестве обязательного элемента. Так, для отдельных областей получила распространение проверка контрагента на отсутствие у него судимости по некоторым категориям преступлений. Наличие судимости может рассматриваться в качестве одного из косвенных маркеров деформации на стадии правового воспитания личности. Исключение из числа возможных контрагентов подобных субъектов может позитивно сказаться на договорной дисциплине, поскольку снижается риск девиантного поведения, вызванного дефектами мотивации субъекта.

Третий блок — программно-целевой — включает в себя выявление целей, программ, планов контрагентов и работников на предмет выявления, насколько для них значимо долгосрочное сотрудничество с компанией. Вернемся к текущей

ситуации. Иностранные контрагенты, которые на протяжении многих лет выстраивали свой бизнес в России, сотрудничавшие в российскими компаниями на протяжении многих лет и ценившие данный рынок сбыта, с одной стороны, и случайный контрагент, нарушивший первое же принятое на себя договорное обязательство, имеют разные степени сотрудничества, разные планы и программы взаимодействия, конечно, это подлежит учету как при выборе способа реагирования на текущее нарушение, так и при ожидании от будущего взаимодействия.

Четвертый блок — энергетический — включает в себя внимание, волю и эмоции лица. Правовому воздействию элементы этого блока слабо подвержены, предотвращение формирования противоправного поведения может осуществляться в процессе воспитания, через систему аудиовизуальных, художественных произведений, в которых должны отображаться позитивные примеры поведения. На стадии отбора контрагентов вряд ли существует возможность проводить тестирование свойств личности субъекта, однако работа с персоналом собственной компании вполне может включать в себя в том числе элементы воспитания и развития внимания, воли, эмоций лица.

Пятый блок личного опыта включает способности, знания, навыки, умения, мастерство. В зависимости от личного опыта в немалой степени принимается решение о том, что является оптимальным для лица — совершение правомерного или противоправного действия. Если личный опыт подсказывает, что негативные последствия противоправного поведения существенно превышают его пользу, то есть вероятность, что лицо сформирует волю на правомерное поведение, если же предыдущий опыт лица включает неоднократные ситуации, когда он избежал негативных последствий

противоправного действия, то и в этот раз он может избрать вариант противоправного поведения. Например, если лицо уже неоднократно брало кредиты в банках, не возвращало их и, несмотря на это, получало новые кредиты даже при негативной кредитной истории, то у такого лица складывается личный опыт допустимости невозврата кредита или просрочки исполнения. Равным образом, если работник из раза в раз нарушает сроки и ненадлежаще упаковывает товар, но это не обнаруживается, то у него исчезает стимул прилагать усилия для исполнения своих обязанностей. Негативно влияет на выбор противоправного поведения не только собственный «успешный» опыт совершения противоправных действий в прошлом, но и опыт в статусе потерпевшего, особенно такого, которому не удалось в прошлом защитить нарушенное право. *Незащищенное своевременно и полно субъективное право лица формирует собственный негативный личный опыт и способствует формированию девиантного поведения в будущем.* Лицо, которому не удалось получить возмещение причиненного вреда, будет более склонно само причинить вред. Превентивное воздействие на эти элементы осуществляется в процессе системного воздействия на личность лица при его воспитании, а также при правильной организации учета и реагирования на совершенные противоправные действия.

Шестой блок — оценочный, включающий мыслительные оценки, проявляющиеся в понятиях, суждениях, умозаключениях, вполне подвержен правовому воздействию в процессе выработки договорных условий, переговоров, претензионной работы и пр., особенно если речь идет о противоправных действиях в области относительных гражданских правоотношений (корпоративные правоотношения, договорные обязательства и пр.). Постоянное взаимодействие, своевременная

корректировка правил такого взаимодействия, надлежащий обмен информацией, учет прав и законных интересов друг друга, сотрудничество в процессе исполнения обязанностей создают надежную основу для того, чтобы по итогам оценки происходящего субъект принял решение о правомерном поведении и отказался от замысла на совершение противоправного действия.

Заключительный, **седьмой, блок включает элементы, описывающие процесс принятия рационального решения о совершении противоправного поведения**⁷. Итоговое решение зависит от всех факторов, включенных в предыдущие блоки.

Поскольку часть описанных элементов формируются на ранних стадиях развития личности, то правовому воздействию они не подвержены, и это значит, что даже при максимально грамотной и правильной организации правовой работы, направленной на превенцию противоправного поведения, полностью гарантировать формирование субъективной стороны правомерного, а не противоправного поведения не удастся. Но оставшаяся часть факторов формируется в период времени, близкий к моменту совершения противоправного действия, на эти факторы можно воздействовать с помощью системы мероприятия превентивной направленности, и если результатом качественной работы, направленной на предотвращение противоправных действий, является снижение числа случаев нарушения субъективных гражданских прав (улучшается договорная дисциплина, снижается число случаев причинения вреда, нарушения права собственности и пр.), то такая работа не является напрасной, несмотря на недостижимость нулевых показателей противоправности.

⁷ См. об этом: Карташов В.Н., Бриль Г.Г. Противоправная деятельность и юридическая ответственность. Кострома, 2007. С. 13.

Достижение цели обеспечения правопорядка может осуществляться с помощью самых разных правовых средств, большая часть которых носит превентивный характер. Среди таких мер можно выделить поощрительные, информационные, воспитательные меры, установление надлежащего планирования работы по исполнению обязательств и контроля за исполнением обязательств.

Поощрительные меры предназначены для позитивного подкрепления правомерного поведения. Их использование в области частного права предназначено для того, чтобы субъект, надлежащим образом исполняющий свои обязанности, мог приобрести определенные преимущества по отношению к субъектам, допускающим противоправное поведение. В настоящее время гражданскому законодательству известно немало поощрительных мер, назовем лишь некоторые. Арендатор, надлежащим образом исполнявший свои обязанности по договору аренды, приобретает преимущественное право на заключение договора на новый срок, тогда как арендатор, допуская нарушения договора, такого права не имеет (п. 1 ст. 621 ГК). Страховая премия по договору страхования ответственности владельца транспортного средства зависит от ряда факторов, в том числе установлены повышающие коэффициенты для владельцев транспортных средств, совершивших противоправные действия, соответственно, при отсутствии противоправных действий страховая премия за следующий год оказывается меньше (ст. 9 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца транспортных средств»).

Поощрительные меры воздействия, направленные на стимулирование правомерного поведения, могут устанавливать-

ся саморегулируемыми организациями, например, могут вводиться рейтинги добросовестности субъекта, отражающие деловую репутацию лица. Например, подобные рейтинги внедрены в деятельность агрегаторов такси (ЯндексТакси, Убер и пр.), самозанятых граждан, оказывающих услуги репетиторов (profi.ru), и пр. Поощрительные меры могут устанавливаться и договором. Например, долгосрочный коммерческий договор может предусматривать условия о предоставлении скидок и бонусов за исполнение договорных обязательств без нарушений, и пр.

Представляется, что нормальное функционирование гражданского оборота требует развития именно превентивных стимулирующих поощрительных мер, с помощью которых должна обеспечиваться охрана прав субъектов гражданского права. Соблюдение субъективных прав является несомненно лучшим, более высоким состоянием правопорядка, чем обеспечение надлежащей защиты нарушенных прав.

Информационные меры. Все работники организации, задействованные в исполнении договора, должны знать о содержании договора и действиях, которые они должны осуществить. Информирование работников осуществляется через руководителей их структурных подразделений. Система визирования договоров, а также система заключения договора посредством формирования договорных групп, предусматривают осведомленность работников соответствующих структурных подразделений через вовлеченность в процесс заключения договора. Как правило, информирование ответственных за исполнение договора работников осуществляется посредством системы электронного документооборота внутри организации.

Воспитательные меры состоят в направленном воздействии на субъектов права с целью создания у них представлений о ценности правомерного поведения, хорошей деловой репутации. Это осуществляется через создание позитивного образа добросовестного коммерсанта. С понятием «коммерсант» не должны увязываться негативные понятия типа «барыга», «пройдоха», «делец». Воспитательные меры требуют участия государства, поощрения позитивных примеров сотрудничества между государством и коммерсантами в социально значимых проектах.

Важна роль общественных организаций, ассоциаций, союзов, саморегулируемых организаций в формировании правосознания своих членов, представителей определенных профессиональных объединений и населения в целом. Документы, разрабатываемые и утверждаемые такими организациями, не включаются ни в область позитивного права, ни в область морали. Они представляют собой самостоятельный регулятор поведения. В области коммерческого, корпоративного права широкое распространение получили разного рода своды лучших практик, описывающие лучшие правила поведения в той или иной сфере. Разработка таких правил, основанная на изучении практики, оказывает важное воздействие на поведение субъектов с целью превенции противоправного поведения.

Планирование работы по исполнению договорного обязательства. О важности планирования для превенции нарушения обязательств писали многие ученые. Так, Б.И. Пугинский, Д.Н. Сафиуллин отмечали, что необходимым компонентом организации договорной работы является планирование, которое служит созданию предпосылок, надлежащих условий для успешного заключения договоров. Для эффективного

планирования следует изучать итоги прошлогодней договорной кампании, выявлять просчеты и их причины, учитывать данные о ходе исполнения обязательств за истекшие периоды и возникшие затруднения⁸. Для планирования работы по исполнению обязательств удобно составлять схемы, выявляя и фиксируя каждую необходимую операцию и те действия, которые ее обеспечивают (закупка необходимых ресурсов, включение в график работы оборудования). Во исполнение договорного обязательства часто приходится заключать ряд новых договоров (поставки, перевозки, страхования, хранения, экспедиции и пр.), оформление документов (сертификатов, деклараций и др.). Каждая операция, включенная в схему исполнения обязательства, должна быть обеспечена ресурсами (ответственным лицом, денежными средствами, временем). Предварительное планирование исполнения договорного обязательства производят еще до заключения договора, поскольку от его результатов зависят сроки исполнения, фиксируемые в договоре, цена и иные условия. После заключения договора план конкретизируется и уточняется.

Контроль за исполнением обязательства. Подлежит контролю исполнение каждого этапа договорного обязательства и каждой операции, включенной в план исполнения обязательства. Основные функции по контролю за исполнением отдельных этапов возлагается на работника, указанного руководителем структурного подразделения, инициирующего заключение договора. Его обычно указывают в листе согласования к договору в числе первых. Руководитель данного работника осуществляет контроль за исполнением всех договорных обязательств, контролируемым этим и иными работниками своего подразделения. Контроль должен

⁸ См: Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Указ. соч. С. 168–169.

осуществляться систематически, поскольку своевременное выявление проблем, связанных с исполнением обязательства, и их устранение минимизируют риск ненадлежащего исполнения обязательства перед контрагентом.

Своевременное выявление нарушений договорных обязательств и реагирование на них. Выявление случаев неисполнения обязательств — пожалуй, важнейшая функция претензионно-исковой работы. В крупных компаниях в исполнении обязательств задействованы не все, а лишь небольшая часть подразделений и служб организации, поэтому о проблемной ситуации, связанной с поставкой или приобретением некачественного товара, нарушением сроков и иными нарушениями, зачастую ни руководитель организации, ни юридическая служба не знает. Незначительные спорные моменты разрешаются сотрудниками компании на месте. Вследствие этого у руководства компании может складываться ошибочное убеждение в отсутствии сложностей, связанных с исполнением обязательств. Предъявление претензии, а тем более иска является констатацией наличия неурегулированного разногласия. Только из предъявленной претензии руководство зачастую впервые получает информацию о существовании нарушения обязательства. Именно поэтому организация претензионно-исковой работы имеет важное значение для налаживания договорной дисциплины и способствует улучшению качества товаров, работ и услуг, продаваемых и приобретаемых компанией. Это обстоятельство стоит учитывать при регламентации деятельности подразделений организации, непосредственно осуществляющих исполнение договорных обязательств. В документах, регулирующих деятельность таких подразделений (регламенты, положения, иные локальные акты), следует описывать механизм информирования

о выявленных нарушениях договорных обязательств (ответственное лицо, срок извещения, порядок предоставления отсрочки или рассрочки исполнения обязательства и пр.).

Организация исполнения конкретного договора возлагается на ответственного работника. Если формирование договорных условий производилось посредством работы договорных групп или путем визирования проекта договора, как правило, именно ответственное лицо, инициатор заключения договора и назначается ответственным за его исполнение. В организации должна быть выработана собственная система замещения лица, ответственного за исполнение договора на случай его болезни, отпуска, внезапного расторжения договора, при этом назначение двух ответственных за исполнение одного договора, как правило, является неэффективным.

Нельзя обойти вниманием и вопрос *применения информационных технологий*.

В современных условиях предотвращению совершения противоправных действий служит также построение системы исполнения обязанностей с минимальным включением в этот процесс возможности свободного усмотрения, предполагающего потенциальную возможность формирования воли на противоправное поведение. Например, использование системы смарт-контрактов, автоматически исполняемых в информационной среде блокчейн практически сводит на нет возможность нарушения обязательства. С помощью использования технологий искусственного интеллекта существенно более эффективным становится отслеживание исполнения обязательств и фиксация нарушений. Активно используется автоматизированное направление претензий.

Как видим, превентивные мероприятия могут быть направлены на а) устранение рисков совершения противоправного действия, б) уменьшение неблагоприятных последствий противоправного действия. Упор в превенции следует делать на первую группу мероприятий. Превентивные мероприятия могут касаться объективной или субъективной стороны противоправного действия, устраняя возможность возникновения ситуации совершения противоправного действия или устраняя возможность формирования воли лица на совершение противоправного действий. Сочетание тех и других мер в процессе осуществления правового воздействия путем правового регулирования и правовой помощи должно приводить к снижению необходимости применения ретроспективных мероприятий, направленных на минимизацию ущерба от противоправного действия.

Все эти рассуждения заставляют усомниться в истинности утверждения о том, что «пока общество нуждается в праве, ему необходима и юридическая ответственность», поскольку система мероприятий, направленных на предотвращение противоправного поведения в совокупности с системой мероприятий, направленных на минимизацию негативных имущественных и социальных последствий противоправных действий, может быть выстроена и без юридической ответственности.

Можно выделить следующие мероприятия, направленные на организацию исполнения договоров.

Следует учитывать, что в долгосрочных договорах между работниками контрагентов, ответственными за исполнение договора с каждой стороны, зачастую устанавливаются неформальные связи, что, с одной стороны, позволяет проще решать возникающие в ходе исполнения договорного обя-

зательства мелкие вопросы, но, с другой стороны, в некоторых случаях приводит к несвоевременному выявлению более серьезных проблем, связанных с исполнением обязательств. Между такими работниками может устанавливаться избыточное сотрудничество, поэтому целесообразно продумывать систему дополнительного контроля исполнения обязательств по таким договорам (например, ежемесячный мониторинг платежей за поставленный товар, выборочную проверку качества поставленных товаров и пр.).

Правильная организация договорной работы имеет важное значение для получения прибыли организацией и уменьшения риска привлечения ее и ее руководителя к юридической ответственности, серьезно влияет на репутацию компании как надежного контрагента.

Литература

1. Пугинский Б.И. Договорная дисциплина // Избранные труды. Москва, 2016. С. 203–204.
2. Пугинский Б.И. Правовая экономика: проблемы становления / Б.И. Пугинский, Д.Н. Сафиуллин. Москва, 1991.
3. Самощенко И.С. Ответственность по советскому законодательству / И.С. Самощенко, М.Х. Фарукшин. Москва, 1971.
4. Суханов Е.А. Превентивная функция имущественной ответственности / Е.А. Суханов // Советское государство и право. 1982. № 6. С. 49–55.
5. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении / Р.О. Халфина. Москва, 1974.
6. Эдельгауз Е.М. К вопросу о понятии свободы воли в уголовном праве / Е.М. Эдельгауз // Правоведение. 1962. № 4. С. 140–144.

Ерахтина Ольга Сергеевна,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права
Пермского филиала Национального-исследовательского университета
Высшей школы экономики, кандидат юридических наук, доцент
oerahatina@hse.ru

ПРЕДЕЛЫ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА: ПОДХОДЫ, МОДЕЛИ, ИНСТРУМЕНТЫ

В статье исследуются современные подходы теории и правоприменительной практики к решению вопроса об установлении пределов свободы договора. Автор рассматривает конституционно-правовую природу свободы договора, основные способы ограничения свободы договора — модель *ex ante* ограничений и модель *ex post* ограничений, а также различные варианты закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права. Особое внимание в статье уделяется исследованию моделей защиты слабой стороны от несправедливых условий договора.

Ключевые слова: свобода договора, способы ограничения свободы договора, презумпция диспозитивности, несправедливые условия договора, договор присоединения.

Yerakhtina O.S.,

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor, Department of Civil and Business Law
Associate Professor at the Department of Civil and Business Law
of the National Research University Higher School of Economics (Perm)

LIMITS TO FREEDOM OF CONTRACT: APPROACHES, MODELS, TOOLS

The article considers some modern approaches to the theory and law enforcement practice in setting contractual freedom limits. The author explores constitutional and legal foundation for contractual freedom, the key methods of setting contractual freedom limits — *ex-ante* and *ex-post* models of limiting, and various options for contract law consolidation. In this article, special attention is paid to research on models of weaker party protection against unfair contract terms.

Keywords: freedom of contract, ways to restrict freedom of contract, presumption of dispositiveness, unfair contract terms, accession agreement.

Свобода воли может реализоваться в том числе в заключении договоров и формулировании их условий. Это положение не требует доказывания. Достаточно в данном деле занять пассивную позицию, уповав на благодеянии законодателя, и результат едва ли будет таким, нежели хотелось бы.

Б.И. Пугинский¹

Конституционное значение принципа свободы договора

Свобода договора является фундаментальным принципом гражданского права (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Крупнейший представитель российской цивилистической науки Иосиф Алексеевич Покровский считал договорную свободу «верховным началом» гражданского права, одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя².

С.С. Алексеев называл свободу договора одним из важнейших демократических завоеваний России, предназначенных для конституирования правового и политического строя российского общества³.

В своей монографии «Теория и практика договорного регулирования» Б.И. Пугинский справедливо указывает на то, что положения о договорной свободе непосредственно связаны с установлениями Конституции РФ о правах и свободах личности, равенстве форм собственности, свободе предпринимательства. Договор служит основой для проявления личной инициативы в сфере предпринимательства, имущественного оборота⁴.

¹ Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М. : ИКД «Зерцало-М», 2008. С. 68.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 249–250.

³ Алексеев С.С. Философия права. М., 1998. С. 255.

⁴ Пугинский Б.И. Указ. соч. С. 71.

На основе толкования положений Конституции об экономической свободе как конституционном принципе Конституционный Суд РФ наделяет идею свободы договора равным конституционным статусом. При этом, как отмечается в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П, конституционная свобода договора не является абсолютной, не должна приводить к отрицанию или умалению других общепризнанных прав и свобод (ст. 55, ч. 1, Конституции РФ) и может быть ограничена федеральным законом, однако лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, прав и законных интересов других лиц (ст. 55, ч. 3, Конституции РФ).

Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ № 2-П от 28 января 2010 г., свобода договора, как и любая конституционная свобода, может быть ограничена федеральным законом, «но только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

В свою очередь, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13 указано на то, что «принцип свободы договора является фундаментальным частноправовым принципом, основополагающим началом для организации современного рыночного оборота, его ограничения могут быть допущены лишь в крайних случаях в целях защиты интересов и экономических ожиданий третьих лиц, слабой стороны договора (потребителей), основ правопорядка или нравственности или интересов общества в целом».

Свобода договора в ее конституционно-правовом смысле предполагает соблюдение принципов равенства и согласования воли сторон. Вместе с тем в коммерческой практике достаточно часто заключаются договоры, в которых

воля одной стороны преобладает над волей другой стороны. Экономически более сильная сторона в силу доминирования на рынке имеет возможность диктовать условия договора своему контрагенту. Формально сторона, имеющая слабые переговорные позиции, была свободна в заключении договора и определении его условий, но фактически не действовала по отношению к своему контрагенту на началах равенства и автономии воли и не могла влиять на условия договора в своих интересах. В свое время Людвиг Райнер справедливо отметил, что злоупотребление свободой договора имеет место не только при использовании экономической мощи, но и когда сторона, предлагающая условия, спекулирует на безразличии и правовой безграмотности своих клиентов, благодаря чему достигается «интеллектуальное превосходство тех, кто виртуозно владеет юридической техникой»⁵.

Исходя из конституционной свободы договора, законодатель не вправе ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и должен предоставлять определенные преимущества экономически слабой и зависимой стороне, с тем чтобы реально гарантировать в соответствии со ст. 19 и 34 Конституции РФ соблюдение принципа равенства при осуществлении предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности⁶. Таким образом реальное равенство сторон договора обеспечивается предоставлением слабой стороне дополнительных прав и защиты, что влечет необходимость в соответствующем правовом ограничении свободы договора и для другой стороны.

⁵ Цит. по: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. : пер. с нем. М., 2000. Т. 2. С. 333.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года “О банках и банковской деятельности” в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко» // СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1254.

Свобода договора, подразумевая, что стороны действуют по отношению друг к другу на началах равенства и автономии воли и определяют условия договора самостоятельно в своих интересах, не означает, что при заключении договора они могут действовать и осуществлять права по своему усмотрению без учета прав других лиц (своих контрагентов), а также ограничений, установленных Гражданским кодексом РФ и другими законами⁷.

Свобода договора заканчивается там, где содержание прав и обязанностей сторон определено императивной нормой закона (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Императивная норма может содержать прямой запрет на включение в договор определенных условий, а может ограничить свободу договора, определив права и обязанности сторон.

Вместе с тем, по справедливому замечанию Р.С. Бевзенко и А.Г. Карапетова, наличие любой императивной нормы в законодательстве о договорах и обязательствах должно быть подкреплено какими-то убедительными политико-правовыми аргументами (защита слабой стороны, охрана моральных устоев общества, защита публичных интересов или интересов лиц, не участвующих в договоре, и др.) и только тогда может считаться конституционным⁸.

⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 17389/10 по делу о взыскании долга по договору лизинга, неосновательного обогащения за счет незаконного удержания фактически уплаченной в составе лизинговых платежей части выкупной цены, признании недействительным условия договора лизинга о выкупной цене предмета лизинга направлено на новое рассмотрение, так как суды необоснованно указали на отсутствие у лизингополучателя права требовать возврата денежных средств, фактически перечисленных им в счет погашения выкупной цены // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

⁸ Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 8.

Ограничения свободы договора: модели и инструменты

В своей работе «Свобода договора и ее пределы»⁹ А.Г. Карапетов и А.И. Савельев, рассматривают две основные модели ограничения свободы договора — модель *ex ante* ограничений и модель *ex post* ограничений.

Ex ante ограничения свободы договора — императивные нормы, содержащие запреты и предписания

Устоявшимся в юридической науке является подход, согласно которому гражданскому праву свойственно применение норм, имеющих диспозитивный характер. Именно диспозитивные нормы наиболее полно выражают принцип свободы договора. Однако в российском гражданском праве преобладают императивные начала, на что еще в 2005 г. указывали М.И. Брагинский и В.В. Витрянский¹⁰.

Вопросы определения императивного и диспозитивного характера норм договорного права и о необходимости закрепить законодательную презумпцию их диспозитивности были одними из самых дискуссионных при подготовке Концепции развития гражданского законодательства. Еще большую актуальность данные вопросы приобрели в связи с принятием 14 марта 2014 г. Пленумом ВАС РФ Постановления № 16 «О свободе договора и ее пределах». Представляется, что и на сегодняшний день вопросы разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные не потеряли свою актуальность¹¹.

⁹ Карапетов А.Г. Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М. : Статут, 2012.

¹⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд. М. : Статут. 2005.

¹¹ См., например: Карапетов А.Г. Бевзенко Р.С. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах».

Заслуживающим внимания является мнение о том, что в условиях монополизации экономики, асимметрии информации, распространения стандартных договорных условий принцип свободы договора утрачивает свое значение. В новых условиях взаимодействия субъектов оборота встает вопрос о законодательном закреплении презумпции диспозитивности норм договорного права. В связи с реформой гражданского законодательства возобновились дискуссии по вопросу введения данной презумпции.

На этапе разработки Концепции изменения гражданского законодательства было предложено два пути решения вопроса закрепления презумпции диспозитивности: законодательный и судебный. Законодательное закрепление презумпции диспозитивности в Гражданском кодексе РФ предполагало внесение изменений в ст. 421 ГК РФ. Как известно, данные изменения не были приняты.

Второй вариант решения обозначенной проблемы предполагает судебное толкование норм договорного права, основанное на исходных принципах и сущности частного права, в том числе и на презумпции диспозитивности¹².

В научной литературе рассматриваются различные варианты закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права. Так Р.С. Бевзенко и А.Г. Карапетов предлагают ввести презумпцию диспозитивности в отношении В2В договоров (предпринимательских договоров) и, напротив, презумпцию императивности в отношении В2С договоров (договоров с участием потребителей). В свою очередь Д.И. Степанов предлагает отказаться от выделения только императивности и диспозитивности и предусмотреть «пограничные» зоны между ними в зависимости от субъектного со-

¹² Алимгафарова А.Р. К вопросу об императивных и диспозитивных началах в российском договорном праве // *Juvenis scientia*. 2017. № 1. С. 30–32.

става конкретного правоотношения. Он выделяет четыре модели договорных отношений:

1) отношения между гражданами (модель гражданин — гражданин);

2) отношения между гражданами и профессиональными участниками, под которыми понимаются предприниматели и юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (модель гражданин — коммерсант);

3) отношения между лицами, занимающимися предпринимательской деятельностью (модель коммерсант — коммерсант);

4) отношения между гражданами и некоммерческими организациями (модель гражданин — НКО).

На основе выделенных моделей договорных отношений Д.И. Степанов предлагает:

- закрепить презумпцию диспозитивности в модели коммерсант — коммерсант;

- придерживаться презумпции наибольшей императивности в модели гражданин — коммерсант;

- исходить из презумпции «слабой императивности» в моделях гражданин — гражданин и гражданин — некоммерческая организация¹³.

Данный подход наиболее полно учитывает особенности договорных отношений. Однако представляется, что его применение на практике вызовет дополнительные вопросы и проблемы.

Ex post ограничения свободы договора:

контроль справедливости договорных условий

Ex post ограничения свободы договора направлены на защиту слабой стороны от несправедливых договорных условий

¹³ Степанов Д.И. Диспозитивность норм договорного права // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5.

и дают судам возможность вмешиваться в содержание уже заключенного договора.

Исследователи выделяют следующие способы защиты слабой стороны договора от несправедливых договорных условий:

- право на изменение или расторжение договора;
- признание несправедливых условий договора недействительными;
- неприменение несправедливых условий договора¹⁴.

В монографии «Свобода договора и ее пределы» А.Г. Карапетов и А.И. Савельев проводят подробный анализ следующих способов судебного ex post контроля:

- оспоримость кабальных сделок (ст. 179 ГК РФ);
- возможность изменения договора судом, например снижение неустойки, в определенных случаях такое возможно по инициативе суда (ст. 333 ГК РФ);
- отказ в защите права, вытекающего из договора (ст. 10 ГК РФ);
- право требовать изменения несправедливых условий договора (ст. 428 ГК РФ).

Необходимо отметить, что в процессе реформы гражданского законодательства указанные статьи Гражданского кодекса РФ были изменены в целях предоставления более эффективной защиты слабой стороне договора. Так, был расширен перечень факторов кабальности (ст. 179 ГК РФ), введен запрет на обход закона (ст. 10 ГК РФ), неравенство переговорных возможностей стало одним из основных инструментов применения доктрины справедливости (ст. 428 ГК РФ¹⁵).

¹⁴ См., например: Мягкова О.И. Защита слабой стороны от несправедливых условий договора в российском гражданском праве // Российский юридический журнал. 2016. № 1 ; Томтосов А.А. Новые подходы к защите слабой стороны договора // Свобода договора : сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М. : Статут, 2016.

¹⁵ Ранее несправедливые договорные условия не могли быть поводом для их оспаривания предпринимателями.

Вместе с тем при применении указанных способов судебного контроля справедливости договорных условий возникают вопросы. *В каких случаях суд должен вмешиваться в договорные отношения сторон? Какие условия договора подлежат последующему контролю?*

К сожалению, в российской науке правовая природа *несправедливых договорных условий* исследована недостаточно полно. В зарубежных правовых порядках различают процедурную (неравенство переговорных возможностей) и материальную (неэквивалентность встречных предоставлений) несправедливость. По мнению английского исследователя Маккендрика, «право должно рассматривать исключительно вопросы процедурной справедливости, чтобы свобода сторон договора не была ограничена понуждением, насилием, обманом, злоупотреблением доверием и другими подобными факторами»¹⁶.

На практике ситуация неравенства переговорных возможностей обычно встречается при заключении между физическим лицом и коммерческой организацией договора присоединения. Вместе с тем несправедливые условия могут быть включены в любые договоры, как потребительские, так и договоры между субъектами предпринимательской деятельности.

В европейской практике выделяют три модели защиты слабой стороны от несправедливых договорных условий. Первая модель нацелена на защиту прав потребителей. Потребителю, как слабой стороне, предоставляются дополнительные права и защита. Вторая модель рассматривает возможность ограничения свободы договора применительно к стандартным условиям. При этом последующий судебный контроль осуществляется за содержанием стандартных условий любых договоров (потребительских и договоров между

¹⁶ McKendrich E. Contract law. Text, cases and materials. 2nd ed. Oxford University Press, 2005 ; цит. по: Богданов Д.Е. Проблемы свободы и справедливости договора в российской судебной практике // Современное право. 2015. № 12. С. 103.

предпринимателями). Третья модель получила название универсальной. Она предполагает последующий судебный контроль как за стандартными, так и за индивидуальными условиями договора, в том числе условиями о предмете и цене.

С одной стороны, суды должны принимать во внимание все несправедливые условия. Справедливость — это принцип, действие которого не ограничивается защитой потребителя либо контролем за содержанием стандартных условий, он должен пронизывать все договорное право¹⁷.

С другой стороны, излишний патернализм по отношению к слабой стороне не способствует устойчивости гражданского оборота и в конечном счете может привести к ущемлению интересов добросовестного контрагента слабой стороны.

Договор присоединения как инструмент ограничения свободы договора

Российский законодатель долгое время связывал защиту слабой стороны от несправедливых условий исключительно с договорами присоединения. Как уже отмечалось, до 2015 г. несправедливые договорные условия не могли быть основанием для их оспаривания предпринимателем. Сейчас, при наличии определенных условий¹⁸, предприниматели получили такую возможность. Вместе с тем новая редакция ст. 428 ГК РФ поставила перед правоприменительной практикой новые вопросы.

Первый вопрос — это вопрос о квалифицирующих признаках договора присоединения. По смыслу п. 1 ст. 428 ГК РФ

¹⁷ Wilhelmsson T. Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies // Juridica International. 2008. Vol. XIV. P. 54.

¹⁸ Так, в силу п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», при оценке неравенства переговорных возможностей сторон судом учитываются: уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере; степень конкуренции на соответствующем рынке; наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.

квалифицирующими признаками договора присоединения являются:

- 1) включение условий договора в формуляр или иную стандартную форму;
- 2) полный и безоговорочный акцепт таких условий, подразумевающий присоединение к ним в целом.

Анализ п. 1 и 2 ст. 428 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что судебный контроль осуществляется за индивидуально не согласованными условиями договора. Более того, наличие в договоре индивидуально согласованных условий исключает его квалификацию в качестве договора присоединения¹⁹.

Однако, по справедливому замечанию О.И. Мягковой, в современном гражданском обороте практически невозможно встретить примеры договоров, в которых ни одно из условий не подлежало бы согласованию с контрагентом. Например, в кредитном договоре стороны индивидуально согласуют сумму кредита, сроки его возврата; в договоре страхования — условие о размере страховой премии и страховой суммы и т.д.²⁰

В этой связи необходимо отметить, что в п. 2 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 сентября 2011 г. № 147²¹ указано на то, что наличие в договоре индивидуальных условий не препятствует применению правил о договоре присоединения к тем стандартным условиям, к которым сторона присоединилась.

Обоснованным представляется также утверждение А.Г. Карапетова о том, что квалификация договора в качестве договора присоединения есть вопрос факта, а не права.

¹⁹ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 ноября 2015 г. № 09АП-46802/2015 по делу № А40-81676/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Мягкова О.И. Указ. соч.

²¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 сентября 2011 г. № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» // СПС «КонсультантПлюс».

Иначе говоря, для такой квалификации требуется анализировать конкретные фактические обстоятельства заключения договора, а не искать в законах указание на то, что переговоры по заключению данного договора исключены. Этот подход был в итоге поддержан и в судебной практике (п. 3 и 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146, п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

В заключение необходимо еще раз отметить, что принцип свободы договора является фундаментальным принципом и основополагающим началом для организации современного рыночного оборота. Однако необходимо нормативное установление пределов его реализации с целью минимизации различного рода злоупотреблений участников договорных отношений. Представляется также, что Верховный Суд РФ должен задать соответствующий вектор практики правоприменения, как это сделал в свое время Высший Арбитражный Суд РФ, приняв в 2014 г. Постановление «О свободе договора и ее пределах».

Литература

1. Алексеев С.С. *Философия права* / С.С. Алексеев. Москва, 1998.
2. Алимгафарова А.Р. К вопросу об императивных и диспозитивных началах в российском договорном праве / А.Р. Алимгафарова // *Juvenis scientia*. 2017. № 1.
3. Богданов Д.Е. Проблемы свободы и справедливости договора в российской судебной практике / Д.Е. Богданов // *Современное право*. 2015. № 12.
4. Брагинский М.И. *Договорное право*. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд. / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Москва : Статут, 2005.

5. Карапетов А.Г. Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах». Москва, 2014 / А.Г. Карапетов, Р.С. Бевзенко // Вестник экономического правосудия. 2014. № 9.
6. Карапетов А.Г. Свобода договора и ее пределы. Т. 2. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве / А.Г. Карапетов А.И. Савельев. Москва : Статут, 2012.
7. Мягкова О.И. Защита слабой стороны от несправедливых условий договора в российском гражданском праве / О.И. Мягкова // Российский юридический журнал. 2016. № 1.
8. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. Москва, 1998.
9. Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования / Б.И. Пугинский. Москва : ИКД «Зерцало-М», 2008.
10. Степанов Д.И. Диспозитивность норм договорного права. К концепции реформы общих положений Гражданского кодекса РФ о договорах / Д.И. Степанов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 5.
11. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 томах : перевод с немецкого / К. Цвайгерт, Х. Кетц. Москва, 2000. Т. 2.
12. McKendrich E. Contract law. Text, cases and materials. 2nd ed. / E. McKendrich. Oxford : Oxford University Press, 2005.
13. Wilhelmsson T. Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies / T. Wilhelmsson // Juridica International. 2008. Vol. XIV.

Кейн Даниил Александр,
главный юрист ООО «Тулстрек» (www.toolstrek.ru), выпускник кафедры
коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
daniil.a.kein@gmail.com, legal@toolstrek.ru

ПРОБЛЕМЫ СОБЛЮДЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ ПРИ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ИНОСТРАННЫХ ЭЛЕКТРОННЫХ ОБЛАЧНЫХ ПРОДУКТОВ

Настоящая статья подготовлена практикующим юристом в целях ознакомления читателей с одной из проблем продажи иностранных облачных продуктов на территории России и способах ее решения. В статье дается краткое определение электронных продуктов, их видов, а также описание двух решений, способных преодолеть проблему локализации персональных данных российских граждан на территории иностранных государств при использовании облачных продуктов.

Ключевые слова: цифровые продукты, электронные продукты, электронные услуги и сервисы, облачные услуги, персональные данные, локализация персональных данных.

Kein Daniil Alexander,
Head of legal Toolstrek LLC (www.toolstrek.ru),
Graduate of the Department of Commercial Law and Fundamentals
of Jurisprudence, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University

PROBLEMS OF COMPLIANCE WITH PERSONAL DATA PROTECTION LAWS WHEN USING FOREIGN ELECTRONIC CLOUD PRODUCTS

This article has been prepared by a practicing lawyer in order to familiarize readers with one of the problems of selling foreign cloud products in Russia and how to solve it. The article provides a brief definition of electronic products, their types, as well as a description of two solutions that can overcome the problem of localizing personal data of Russian citizens in foreign countries when using cloud products.

Keywords: digital products, electronic products, electronic services and services, cloud services, personal data, localization of personal data.

1. Понятие электронного продукта

Автор настоящей статьи не ставит своей целью предоставить читателю точную терминологию объекта исследования. То есть в статье мы не ставим цели установить, что более точно описывает объект сделки по покупке электронного сервиса: цифровой продукт, электронный продукт, электронный сервис или что-то еще. Но мы попробуем дать характеристику такому объекту, дабы в дальнейшем мы однозначно могли распознать данный объект как нечто нам уже знакомое.

Итак, электронный продукт. В ситуациях, когда речь касается объекта сделки, который трудно растолковать не только бухгалтерии или отделу закупок, но даже юристам клиента, на сцену выходит юрист по коммерческому праву. Его основная задача — раскрыть содержание, сделав это максимально просто и понятно, руководствоваться простыми примерами и аналогиями, закрыть страхи, непонимание и (конечно же) выйти на сделку. Поэтому в самом общем смысле электронный продукт я определяю как сложный комплекс электронных услуг и программного обеспечения, главной и конечной целью которого является повышение качества управления компанией. Электронный продукт соединяет в себе систему, основанную на двух началах: это ведение разного рода задач (от самых простых, вроде задачи на уборку переговорной комнаты, до сложных, вроде задачи по поиску и найму сотрудника) и построение внутренних процессов в компании. Процессы строятся из задач, которые связываются между собой причинно-следственными связями. Разные электронные продукты делают акценты либо только на задачах, либо только на процессах, либо на всем сразу.

Процессы — это алгоритмы работы, кровеносная система компании. Трудно переоценить значение хорошо настроенных и формализованных процессов, и именно по этой причине все больше игроков на рынке обращаются за помощью

к сторонним (не внутренним) решениям, которые приобретаются, а затем успешно внедряются в компании.

Теперь, когда мы с вами начали понимать смысл существования электронного продукта, вас не должно смущать сложное и пространное определение электронного продукта, которое звучит следующим образом: операционная система для визуальной операционной деятельности компании-пользователя, включающая все без исключения функциональные возможности, интерфейс прикладного программирования и инструменты, предлагаемые как часть указанной системы, мобильное приложение, а также комплекс услуг поддержки и обновлений, неотъемлемо связанных с ней. Указанное определение собрано автором статьи из нескольких Правил использования (так называемые EULA — публично размещенные правила использования продукта — что-то вроде лицензионного соглашения, используя понятие Гражданского кодекса РФ), представленных на сайтах компании Monday.com Ltd.¹ и Atlassian Pty Ltd.²

В зависимости от налоговых и корпоративных предпочтений компаний — производителей таких продуктов определения электронного продукта могут очень сильно различаться, однако по своей сути это всегда неразрывный комплекс программного обеспечения и связанных с ним услуг, просто в разных пропорциях и под разными названиями.

Данная тема крайне интересная: можно еще долго рассуждать о понятии продукта, о способах заключения договора на его использование, о виде такого договора, о налоговом регулировании и так далее и так далее, но не в этой статье.

Нас же сейчас интересует всего один аспект в контексте проблематики персональных данных: виды электронных про-

¹ Monday.com Terms of Service: <https://monday.com/1/legal/tos/>

² Atlassian Software License Agreement: <https://www.atlassian.com/legal/software-license-agreement> Atlassian Cloud Terms of Service: <https://www.atlassian.com/legal/cloud-terms-of-service>

дуктов, базовое различие которых всего одно — по типу размещения.

Облачные электронные продукты (или просто «облака») — есть продукты, локализованные на дисковых пространствах (серверах) правообладателя (разработчика) электронного продукта. Для российских клиентов такие сервера локализованы, как правило, в Европе. Облака используются теми пользователями, у которых отсутствуют собственные вычислительные мощности или у кого отсутствует потребность локализации электронного продукта рядом с собой. Кроме того, некоторые продукты бывают только облачными, например, как у указанной выше компании Monday.com Ltd.

Серверные электронные продукты — т.е. электронные продукты, локализованные на серверах компании-пользователя либо в месте ее нахождения, либо на хостинге (арендуемом дисковом пространстве), с которым у компании-пользователя заключен договор.

Для дальнейшего исследования нам понадобятся именно облачные электронные продукты.

2. Локализация персональных данных в облачных продуктах

Как нам известно, законодательство требует определенную режимность при взаимодействии с персональными данными российских граждан. Комплекс мероприятий, связанных с обработкой персональных данных, подразумевает обеспечение хранения (ч. 2 ст. 19 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ³), использования (п. 5 ч. 2 ст. 19 Закона № 152-ФЗ), защиты (п. 8 ч. 2 ст. 19 Закона № 152-ФЗ) и, наконец, локализацию персональных данных (ч. 5 ст. 18 Закона № 152-ФЗ).

Сразу отмечу, что сама по себе проблема обработки персональных данных — очень обширная тема. Так, некоторые

³ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. 2006. № 31 (часть I). Ст. 3451.

ученые разделяют понятие локализации обработки персональных данных и локализации самих персональных данных. В литературе также встречаются позиции о том, что обработка персональных данных возможна лишь в случаях, когда имеет место сбор персональных данных. Причем нормативного определения сбора не существует. Мы не будем вдаваться в теоретические рассуждения подобного рода и для постановки проблемы просто констатируем, что действие российского законодательства о защите персональных данных распространяется и на облачные иностранные электронные продукты тоже. Иначе говоря, локализация баз данных, с помощью которых ведется обработка, должна быть обеспечена в России.

Как показывает опыт автора настоящей статьи, объективное большинство пользователей облаков, как и контролирующих их органов, бесконечно далеки от доктринальных рассуждений о том, «должны» или «не должны» облака соответствовать российским требованиям. Должны, и всегда должны. Остается вопрос, кто будет отвечать и какие альтернативы имеются.

Помимо очевидных сценариев вроде «не пользоваться облаками» или «нанять отличного судебного юриста», рынок нуждается в чем-то более долговечном и практически исполнимом, особенно в условиях непрерывно повышающейся административной ответственности за подобные нарушения.

Автор предлагает два сценария разрешения сложившейся задачи.

Первый сценарий становится очевиден после подробного изучения Разъяснений Министерства цифрового развития связи и массовых коммуникаций Российской Федерации⁴.

⁴ Публично размещены на сайте министерства. URL: <https://digital.gov.ru/ru/perso-naldata/#1438546529980>

В указанном разъяснении ведомство ответило на интересный вопрос о том, возможно ли соблюдение законодательства при наличии дублирующей базы персональных данных на территории Российской Федерации. Министерство ответило следующее (краткий пересказ): обработка персональных данных всегда осуществляется на территории Российской Федерации, при этом допускается наличие дублирующей базы персональных данных за пределами Российской Федерации, в которой содержится меньший объем персональных данных, локализованных в Российской Федерации. В этом случае недопустимо нахождение за пределами территории Российской Федерации персональных данных, которые одновременно не находятся в пределах территории Российской Федерации. Значит, хранение персональных данных за рубежом все же возможно. Тогда сохраняется вопрос о возможности обработки персональных данных за пределами России. Ведомство отвечает так: «...Трансграничная передача персональных данных не запрещена при условии соблюдения требований, установленных в ст. 12 Закона № 152-ФЗ. При этом трансграничная передача данных должна иметь заранее определенную цель обработки, при достижении которой субъекту персональных данных должно быть гарантировано уничтожение переданных данных на территории иностранного государства...»

Выходит, обработка персональных данных за рубежом все же возможна при соблюдении двух условий: 1) надлежащего согласия на обработку персональных данных, предусматривающего трансграничную передачу; 2) наличия дублирующей базы персональных данных в России, которая больше или равна по объему той, что находится за рубежом.

Указанный сценарий автор расценивает как крайнюю меру, фактически реализуемую лишь на бумаге, так как, во-первых,

производитель продукта не станет заниматься размещением российской базы данных и, во-вторых, не будет следить за ее актуальностью. Все это подводит нас к мысли, что российская база персональных данных будет создаваться пользователем облака только в моменты проверок или аудитов. Все остальное время стороны (компания-пользователь облака и его производитель) будут довольствоваться лишь наличием подробного согласия (поручения на обработку), полностью игнорируя факт локализации каких-либо данных в Российской Федерации.

Второй сценарий разработан автором настоящей статьи и является, на наш взгляд, более исполнимым на практике, так как подразумевает четкое распределение ролей при обработке персональных данных, что, в свою очередь, позволяет соблюдать требования российского законодательства в каждом аспекте.

Для более наглядного представления воспользуемся упрощенной терминологией:

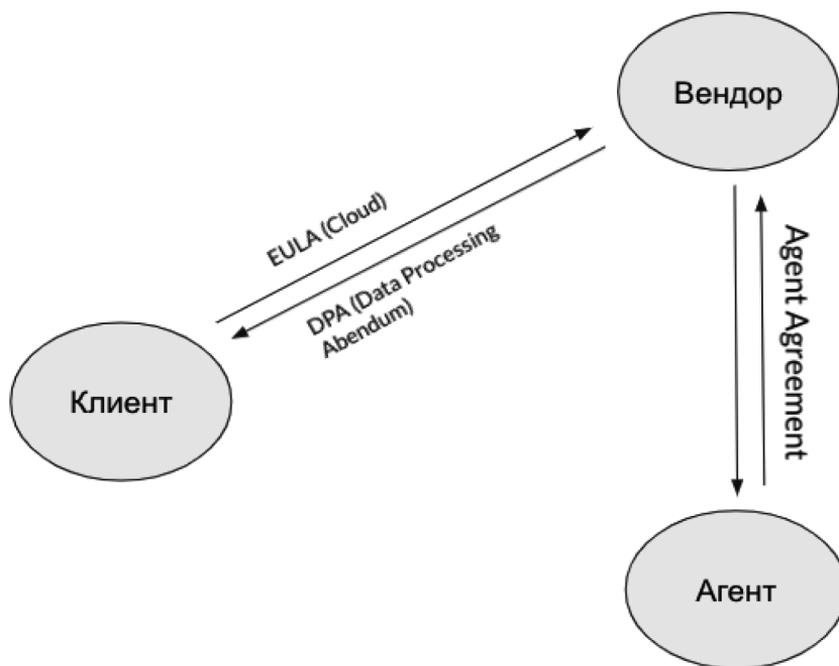
Вендор — поставщик облачных продуктов, иностранная компания.

Клиент — российская компания — пользователь облачного продукта Вендора.

Агент — российская компания, владеющая программным шлюзом для обработки данных Клиента, которая осуществляет локализацию обработки по поручению Вендора.

В общем виде правовая схема выглядит следующим образом (см. рис.).

Между Клиентом и Вендором заключаются путем присоединения два документа: Соглашение об использовании облачного продукта (EULA) и Поручение на обработку персональных данных (DPA). Если EULA является стандартным текстом для любого пользователя, то DPA заключается лишь



Рисунок

в случае необходимости в локализации обработки в Российской Федерации. DPA предусматривает использование Клиентом и Вендором особого шлюза специально для соблюдения российского законодательства, находящегося в управлении Агента. Таким образом DPA одновременно является: 1) поручением на обработку персональных данных; 2) разрешением привлечь к обработке поименованных в таком Поручении третьих лиц — Агента; 3) регламентом обработки персональных данных, в котором предусматривается привлечение третьих лиц — Агента.

Между Вендором и Агентом заключается особый вид посреднического договора, при котором Вендор поручает Агенту обработку персональных данных на территории РФ от имени Вендора. Агентский договор может быть заменен и простым поручением на обработку персональных данных, если у Вендора и Агента имеется иной вид соглашения.

Передача же данных осуществляется от Клиента Агенту, а затем — Вендору.

Внутри компании Вендора обновляются следующие два документа: Согласие на обработку персональных данных, в который включается согласие на трансграничную передачу, и Политика обработки персональных данных, в которой прописывается особая модель угроз с участием иностранной компании.

Шлюз выполняет важную фактическую и юридическую роль. Шлюз является частью облака, что с правовой точки зрения делает деятельность Вендора законной. Шлюз действует по поручению Вендора, распределяя данные на «содержащие персональные данные» и «не содержащие», обеспечивая требование закона о наличии дублирующей базы данных в Российской Федерации. Кроме того, шлюз, находящийся под управлением Агента, находится в доступности Клиента, что в конечном счете позволяет намного быстрее реагировать каждой из сторон на новые правовые вызовы.

Литература

1. Atlassian Cloud Terms of Service: <https://www.atlassian.com/legal/cloud-terms-of-service>
2. Atlassian Software License Agreement: <https://www.atlassian.com/legal/software-license-agreement>
3. Monday.com Terms of Service: <https://monday.com/1/legal/tos/>

Левушкин Анатолий Николаевич,
профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
lewuskin@mail.ru

ДИСТРИБЬЮТОРСКИЙ ДОГОВОР КАК ПРАВОВОЕ СРЕДСТВО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОММЕРЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Актуальность настоящего исследования вызвана применением дистрибьюторского договора в торговой деятельности и рассмотрением вопросов о необходимости его законодательного закрепления. В настоящее время дистрибьюторский договор, выступая правовым средством регулирования коммерческих отношений, рассматривается представителями науки коммерческого права и правоприменителями с различных позиций. Суды и иные правоприменительные органы квалифицируют его в зависимости от предмета спора, вытекающего из правоотношений по данному договору: как договор поставки, агентский договор, договор возмездного оказания услуг и договор коммерческой концессии, а также как смешанный договор, сочетающий в себе элементы перечисленных договоров. Отсутствие легального закрепления понятия «дистрибьюторский договор» вызывает ряд споров относительно существенных условий данного вида договора, а также наименования его сторон, их прав и обязанностей.

Ключевые слова: коммерческое право, торговые отношения, дистрибьюторский договор, правовое средство, коммерческая деятельность.

Levushkin A.N.,
Professor of the Department of Business and Corporate
Law Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
doctor of law, Professor

DISTRIBUTION AGREEMENT AS A LEGAL MEANS OF REGULATING COMMERCIAL RELATIONS

The relevance of this study is caused by the application of the distribution contract in trading activities and consideration of the need for its legislative consolidation. Currently, the distribution contract, acting as a legal means of regulating commercial relations, is considered by representatives of the science of commercial law and law enforcement officers from various positions. Courts and other law enforcement agencies qualify it depending on the subject

of the dispute arising from the legal relationship under this agreement: as a supply contract, agency contract, contract for the provision of paid services and a commercial concession contract, as well as as a mixed contract combining elements of the listed contracts.

The lack of legal consolidation of the concept of “distribution contract” causes a number of disputes, the relative essential terms of this type of contract, as well as the names of its parties, their rights and obligations.

Keywords: commercial law, trade relations, distribution agreement, legal means, commercial activity.

Как верно отмечено в науке профессором Б.И. Пугинским, «предпринимательское право призвано регулировать отношения по поводу предпринимательства. Коммерческое право предназначено для регулирования коммерции, т.е. торговли»¹. Договор — это один из главных, основных регуляторов гражданско-правовых, предпринимательских, торговых, организационных и иных общественных отношений, складывающихся между субъектами предпринимательской деятельности².

Обозначенное Б.И. Пугинским научное направление в изучении договора как правового средства решения экономических задач дает прекрасную возможность придать российскому договорному праву должную эффективность, сделать его реальным помощником в решении модернизационных задач³. Действительно, на современном этапе развития общества и правопорядка подавляющее большинство правоотношений в странах с развитыми или бурно развивающимися рыночными отношениями возникают и развиваются на основе

¹ Пугинский Б.И. Правоведение — одна из самых отсталых областей знания // Закон. 2021. № 3. С. 10.

² См.: Левушкин А.Н. Организационные предпринимательские договоры в системе норм обязательственного права и судебной практике // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 8. С. 31.

³ Цветков И.В. Российское договорное право в современной системе экономических координат // Коммерческое право: актуальные проблемы и перспективы развития : сб. ст. к юбилею доктора юридических наук, профессора Бориса Ивановича Пугинского / сост. Е.А. Абросимова, С.Ю. Филиппова. М. : Статут, 2011. 286 с.

разнообразных договоров в сфере предпринимательской деятельности и коммерческого оборота. То есть договор играет особо значимую роль при осуществлении предпринимательской деятельности, поскольку относится к числу важных инструментов индивидуального правового регулирования предпринимательских отношений.

«Стремление к предпринимательской инициативе органично природе человека, но культура и этика предпринимательства, система ценностей и приоритетов формируются в обществе десятилетиями и даже столетиями»⁴.

В доктрине коммерческого права Б.И. Пугинский критически указывает на современное договорное регулирование. По мнению многоуважаемого ученого, «неэффективность во многом обусловлена нерациональностью отечественного договорного права, его неприспособленностью к решению модернизационных задач. В результате, как справедливо отмечается в литературе, повышения экономической отдачи от договорного права наше общество не ощущает»⁵.

Полагаем, что объективной предпосылкой возникновения и дальнейшего существования предпринимательского договора, как самостоятельного правового явления, служат опосредованные частноправовые и публично-правовые отношения, складывающиеся в рамках предпринимательской деятельности субъекта, с теми их чертами, которые определяют юридические особенности предпринимательского договора⁶.

⁴ Ершова И.В., Тарасенко О.А. Малое и среднее предпринимательство: трансформация российской системы кредитования и микрофинансирования // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2018. № 1. С. 102.

⁵ См.: Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С. 2.

⁶ Левушкин А.Н. Гражданско-правовой режим генов как объектов гражданских прав // Lex Russica. Русский закон. 2019. № 6. С. 100–109.

В настоящее время дистрибьюторский договор получил широкое распространение в коммерческой практике по всему миру и является одним из инструментов, с помощью которого участники торгового оборота имеют возможность реализовать производимые товары. Для этого производитель заключает с другими коммерческими организациями или лицами, занимающимися предпринимательской деятельностью, дистрибьюторский договор, цель которого состоит в организации системы сбыта товаров на определенной территории, согласованной в соответствии с договором, и их продвижения.

Дистрибьюторские отношения всегда возникают в сфере коммерческой деятельности, поскольку цель, которую преследуют стороны при заключении данного вида соглашения, — это не только поставка товара, а также его последующее продвижение и реализация конечному потребителю, т.е. цель носит сугубо коммерческий характер. Подчеркнем, что современной торговой деятельности невозможно представить ее функционирование без такого вида коммерческого договора, как дистрибьюторский договор. Данная договорная конструкция является экономически выгодной: если в роли поставщика выступает новая компания, которая начала свою деятельность на товарном рынке, для продвижения своей продукции и расширения клиентской базы она привлекает дистрибьютора; в свою очередь, дистрибьютор закупает продукцию поставщика с целью дальнейшей реализации и получения прибыли за счет наценки на товар.

Однако, несмотря на повсеместную практику заключения дистрибьюторского договора, он не имеет нормативного закрепления в российском законодательстве и не является так называемым поименованным договором. Это порождает множество проблем при определении понятия дистрибьюторского договора и выделении существенных условий его заключения и исполнения.

Профессор Б.И. Пугинский справедливо отмечает, что «договорное право включает в себя не только нормативный блок гражданско-правовых средств-установлений, но и основанные на соответствующих нормативных установлениях самостоятельные ненормативные юридико-организующие действия субъектов по созданию и практическому применению договорных инструментов в экономически значимых целях»⁷. Как указывал Г.Ф. Шершеневич, «сделка становится торговой потому, что она совершается для торговли»⁸. Полагаем, что дистрибьюторский договор отвечает всем признакам коммерческого договора, выступает правовым средством регулирования торговых отношений, поскольку цель его заключения — приобретение товаров с целью их дальнейшей перепродажи, налаживание системы сбыта, продвижение и распространение на определенной территории. В настоящий момент дистрибьюторский договор не поименован в Гражданском кодексе РФ, несмотря на его широкое распространение в коммерческой деятельности. Неопределенность статуса порождает споры между исследователями о необходимости включения его в российское законодательство или об отсутствии такового, а также является причиной отсутствия единообразия судебной практики, позволяя судам по-разному трактовать положения договора и применять к нему по аналогии нормы других поименованных договоров в зависимости от предмета иска. Как отмечает С.А. Андреева, «часто применяют ситуационный подход при квалификации дистрибьюторского договора, т.е. в зависимости от заявленных требований в конкретном деле»⁹.

⁷ Пугинский Б.И. Основные проблемы теории гражданско-правовых средств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985. С. 16 ; Неверов О.Г., Пугинский Б.И. Правовая работа : учебник. М., 2004. С. 77.

⁸ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула : Автограф, 2001. С. 569.

⁹ Андреева С.А. Квалификация дистрибьюторского договора по российскому праву и отграничение от смежных договорных конструкций // Конкурентное право. 2013. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

Единственными актами, содержащими в себе положения о данном виде договора, являются такие международные документы, как Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений¹⁰ и Типовой дистрибьюторский контракт МТП (Монопольный импортер-дистрибьютор) (Публикация Международной торговой палаты № 518)¹¹. Они носят рекомендательный характер и не являются общеобязательными правилами регулирования правоотношений между сторонами дистрибьюторского договора, однако помогают сторонам при заключении такого договора выбрать необходимые для них условия из тех, которые представлены в Типовом дистрибьюторском контракте МТП.

Статьей 101 раздела 1 главы 5 части Е книги IV Модельных правил европейского частного права установлено определение дистрибьюторского договора, согласно которому это договор, в соответствии с которым одна сторона (поставщик) обязуется поставлять другой стороне (дистрибьютору) продукцию на постоянной основе, а дистрибьютор обязуется выкупить их и затем продавать от своего имени и в своих интересах на определенной территории¹².

М.Н. Илюшина обоснованно определяет, что в «предмет дистрибьюторского договора входят действия дистрибьютора, носящие сугубо специфический характер, влияющие на достижение цели: обязанность соблюдать количество продаж, не вести продажу товаров иных производителей, вести про-

¹⁰ Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений : на русском и английском языках / пер. с англ. Н.Г. Вилковой. М. : АО «Консалт-банкир», 1996. С. 112.

¹¹ Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор: публикация № 518 / Междунар. торг. палата, Торг.-пром. палата РФ ; под ред. Н.Г. Вилковой ; пер. на рус. яз. В.Д. Медвинской. М. : Изд-во АО «Консалтбанкир», 1996. С. 80.

¹² Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / Санкт-Петербургский государственный университет ; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М. : Статут, 2013. 989 с. // СПС «КонсультантПлюс».

дажу с использованием торговых технологий, предусмотренных соглашением, соблюдать оговоренные способы продаж. Таким образом, в предмете договора, кроме общей направленности на оказание услуг по продаже, присутствуют другие элементы посредничества, предоставления других услуг, элементы концессионных соглашений»¹³.

С данной позицией можно согласиться, поскольку дистрибьюторский договор отличает наличие элементов других поименованных договоров: это действия поставщика по передаче товаров дистрибьютору и оплата данных товаров со стороны последнего, что составляют предмет договоров поставки и купли-продажи; это действия дистрибьютора, которые он осуществляет от своего имени и за свой счет по реализации товаров, приобретенных у поставщика, на определенной в договоре территории, а также его действия по продвижению товаров поставщика на этой территории, что составляет предмет агентского договора и договора возмездного оказания услуг.

В коммерческой практике в дистрибьюторских договорах распространена следующая формулировка: «Поставщик обязуется передавать, а Дистрибьютор — принимать, продвигать, размещать, продавать и оплачивать Товары под товарным знаком на Территории в соответствии с условиями настоящего Соглашения. Поставщик обязуется не реализовывать свой товар на установленной территории самостоятельно»¹⁴.

Повсеместное применение дистрибьюторских договоров в коммерческой деятельности привело к возникновению споров относительно необходимости в его законодательном

¹³ Илюшина М.Н. Проблемы типизации новых договорных конструкций в коммерческом обороте // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 75.

¹⁴ Форма: Дистрибьюторский договор (общая форма), Подготовлен для системы «КонсультантПлюс». 2020 // СПС «КонсультантПлюс».

регулировании: некоторыми учеными отстаивается позиция, что дистрибьюторский договор необходимо закрепить в специальном законодательстве — в Федеральном законе «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», другие ученые настаивают на внесении изменений в Гражданский кодекс РФ, а третья группа заявляет, что дистрибьюторский договор не нуждается в нормативном регулировании, поскольку к нему достаточно применять нормы, регулирующие уже существующие поименованные договоры.

На сегодняшний день можно сделать выводы о том, что отсутствие законодательного закрепления дистрибьюторского договора в российском праве не является препятствием для его повсеместного заключения и использования в коммерческой деятельности в связи с принципом свободы договоров в России.

Установлено, что стороны руководствуются положениями Общей части Гражданского кодекса РФ при заключении, исполнении и расторжении дистрибьюторского договора, а в некоторых случаях обращаются также к положениям договоров поставки, агентского, коммерческой концессии и возмездного оказания услуг в той части, в которой необходимо и возможно их применение в связи со схожестью отношений, которые регулируют указанные договоры.

Считаем необходимым исходить из следующего понятия дистрибьюторского договора: по дистрибьюторскому договору одна сторона (поставщик) обязуется предоставлять произведенные или закупаемые ею товары другой стороне (дистрибьютору), а дистрибьютор обязуется за свой счет и от своего имени осуществлять реализацию указанных товаров путем перепродажи и обеспечение продвижения поставленных товаров на определенной территории. Данное определение

отражает сложный предмет дистрибьюторского договора, а также существенные условия, которые должны присутствовать в договоре.

Дистрибьюторский договор относится к категории смешанных договоров. Это обусловлено сложностью его предмета, включающего в себя совокупность элементов, в которые входят действия поставщика по передаче товара дистрибьютору и действия дистрибьютора по реализации поставленных товаров и их размещению. Такие действия составляют предметы иных договоров, поименованных в Гражданском кодексе РФ: договора поставки, агентского договора, договора возмездного оказания услуг и договора коммерческой концессии. При этом в предмет дистрибьюторского договора входят также те действия, которые не встречаются в других договорах: действия поставщика воздерживаться от самостоятельной реализации товаров на территории, закрепленной за дистрибьютором, чтобы не создавать конкуренцию поставщику, а также воздерживаться от заключения договора на реализацию товара с другими лицами на территории, на которой действует дистрибьютор, если заключается эксклюзивный дистрибьюторский договор.

Поскольку дистрибьюторский договор относится к договорам, не поименованным в Гражданском кодексе РФ, и не урегулирован законодательством, стороны вправе самостоятельно определять его условия, не противоречащие закону, и исходя из практики заключения такого рода соглашений и своих интересов.

Определено, что такие условия, как условие о взаимодействиях поставщика и дистрибьютора после заключения договора и условие о территории, являются существенными, поскольку отсутствие их в дистрибьюторском договоре порождает множество проблем, связанных с надлежащим

исполнением договора, а также в вопросах разграничения зоны деятельности поставщика и дистрибьютора во избежание создания конкуренции между ними. Установлено, что в случае, если сторонами договора не будет определена территория, на которой дистрибьютор реализует товар, то будет считаться, что он вправе осуществлять свою деятельность на всей территории Российской Федерации и даже за ее пределами. Это будет экономически невыгодным для того поставщика, который желает реализовывать товар самостоятельно или, если был заключен эксклюзивный дистрибьюторский договор, желает привлечь еще одного дистрибьютора, но для реализации на другой территории. Именно поэтому представляется необходимым обозначить ту территорию, которая будет являться зоной действия дистрибьютора, когда как сам поставщик будет действовать за ее пределами.

В силу того что дистрибьюторский договор не является поименованным в Гражданском кодексе РФ и, таким образом, отсутствует его законодательное регулирование, такие условия могут быть признаны существенными по смыслу п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса РФ в том случае, если по заявлению одной из сторон договора должно быть достигнуто соглашение.

Дистрибьюторский договор включает в себя целый комплекс прав и обязанностей сторон. В качестве основных можно выделить обязанность поставщика по поставке товаров дистрибьютору по специальной дистрибьюторской скидке, если она предусмотрена договором, которая не может быть предоставлена другим лицам, с которыми поставщик не заключил дистрибьюторский договор, и обязанность дистрибьютора по реализации товара поставщика и его продвижению на рынке на определенной в договоре территории. При этом поставщик не вправе реализовывать товар самосто-

ятельно на данной территории, а дистрибьютор не может производить товар поставщика или такой товар, который способен его заменить. Такие ограничения призваны защитить интересы обеих сторон и не допустить создание конкуренции между ними на товарном рынке.

Следует указать отдельно на такую особенность заключения дистрибьюторского договора, как обязанность сторон соблюдать антимонопольное законодательство в части избежание установления фиксированной стоимости, по которой дистрибьютор перепродает товары поставщика. Для расторжения дистрибьюторского договора применяются общие основания расторжения договоров, предусматривающие односторонний отказ, при этом последствия его расторжения всегда разные, в зависимости от основания расторжения. При неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств по дистрибьюторскому договору самыми распространенными мерами ответственности, которые возлагаются на виновную сторону, являются применение неустойки, возмещение ущерба и расторжение договора. Ввиду отсутствия законодательного закрепления дистрибьюторского договора стороны зачастую руководствуются теми санкциями, которые применяются по аналогии к договору поставки или положениями Общей части Гражданского кодекса РФ, касающимися исполнения обязательств. В связи с комплексностью прав и обязанностей, которые представлены в дистрибьюторском договоре, одни из которых могут относиться к договору поставки, а другие к договору возмездного оказания услуг или к агентскому договору, важно правильно выявить, какое именно обязательство было ненадлежащим образом исполнено, и на основании этого применять соответствующие меры.

Все вышеуказанные выводы свидетельствуют о том, что в настоящее время отсутствует необходимость законодатель-

ного закрепления регулирования дистрибьюторских отношений. Дистрибьюторский договор относится к так называемым непоименованным смешанным договорам, но при этом содержит в себе элементы уже известных Гражданскому кодексу РФ договоров, в связи с чем к нему применяются правила, регулирующие эти виды обязательств, но с оговоркой — если это не противоречит закону либо существу договора. Отметим, что на практике у судов присутствует единообразие в вопросах разрешения споров, связанных с дистрибьюторским договором, а законодательного регулирования поименованных договоров и норм Общей части вполне достаточно для регулирования отношений, которые возникают в процессе заключения, исполнения и расторжения дистрибьюторского договора.

Сформулируем основные выводы.

1. Предлагается дефиниция дистрибьюторского договора, согласно которой по дистрибьюторскому договору одна сторона (поставщик) обязуется предоставлять произведенные или закупаемые ею товары другой стороне (дистрибьютору), а дистрибьютор обязуется за свой счет и от своего имени осуществлять реализацию указанных товаров путем перепродажи и обеспечение продвижения поставленных товаров на определенной территории.

2. Предмет дистрибьюторского договора является сложным и состоит из: взаимных действий поставщика и дистрибьютора, имеющих содержанием поставку и куплю-продажу товара; действий дистрибьютора, осуществляемых самостоятельно от своего имени и за свой счет и направленных на реализацию приобретенного от поставщика товара на определенной стороне территории.

3. Предмет дистрибьюторского договора является существенным условием в силу прямого указания на это п. 1 ст. 432

Гражданского кодекса РФ. Руководствуясь данной нормой, установлено, что условие о территории и условие о порядке взаимодействия сторон, включающее в себя договоренность о поставках, а также о том, как будет осуществляться взаимодействие поставщика и дистрибьютора по вопросам продвижения товара, его дальнейшей реализации, являются существенными условиями дистрибьюторского договора в том случае, если по заявлению одной из сторон по ним должно быть достигнуто соглашение.

4. Конечно, дистрибьюторский договор по своей правовой природе не является договором поставки, агентским договором, договором возмездного оказания услуг или договором коммерческой концессии, однако имеет совокупность элементов перечисленных договоров. В связи с этим и с наличием сложного предмета дистрибьюторского договора положения законодательства, регулирующие поименованные договоры, применяются сторонами и правоприменительными органами к дистрибьюторскому по аналогии, если это не противоречит закону и существу договора. Во всех остальных случаях применяются нормы Общей части Гражданского кодекса РФ по исполнению обязательств, заключению договоров и их расторжению. Таким образом, обосновывается отсутствие острой необходимости по включению дистрибьюторского договора в российское законодательство.

5. Определено, что при заключении дистрибьюторского договора сторонам необходимо учитывать не только нормы гражданского права, но и ограничения, установленные в антимонопольном регулировании в части вертикальных соглашений.

Литература

1. Андреева С.А. Квалификация дистрибьюторского договора по российскому праву и отграничение от смежных договорных конструкций [Электронный ресурс] / С.А. Андреева // Конкурентное право. 2013. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».
2. Ершова И.В. Малое и среднее предпринимательство: трансформация российской системы кредитования и микрофинансирования / И.В. Ершова, О.А. Тарасенко // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2018. № 1. С. 99–124.
3. Илюшина М.Н. Проблемы типизации новых договорных конструкций в коммерческом обороте / М.Н. Илюшина // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 73–77.
4. Левушкин А.Н. Организационные предпринимательские договоры в системе норм обязательственного права и судебной практике / А.Н. Левушкин // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 8. С. 30–35.
5. Левушкин А.Н. Гражданско-правовой режим генов как объектов гражданских прав / А.Н. Левушкин // Lex Russica. Русский закон. 2019. № 6. С. 100–109.
6. Модельные правила европейского частного права : перевод с английского / Санкт-Петербургский государственный университет ; научный редактор Н.Ю. Рассказова. Москва : Статут, 2013. 989 с. // СПС «КонсультантПлюс».
7. Неверов О.Г. Правовая работа : учебник / О.Г. Неверов, Б.И. Пугинский. Москва, 2004. 168 с.
8. Пугинский Б.И. Основные проблемы теории гражданско-правовых средств : автореферат диссертации доктора юридических наук / Б.И. Пугинский. Москва, 1985. 28 с.

9. Пугинский Б.И. Правоведение — одна из самых отсталых областей знания / Б.И. Пугинский // Закон. 2021. № 3. С. 8–15.
10. Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования / Б.И. Пугинский. Москва, 2008. 224 с.
11. Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений : на русском и английском языках / перевод с английского Н.Г. Вилковой. Москва : Изд.-во АО «Консалтбанкир», 1996.
12. Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор: публикация № 518 / Международ. торг. палата, Торг.-пром. палата РФ ; под редакцией Н.Г. Вилковой ; перевод на русский язык В.Д. Медвинской. Москва : Изд.-во АО «Консалтбанкир», 1996.
13. Цветков И.В. Российское договорное право в современной системе экономических координат / И.В. Цветков // Коммерческое право: актуальные проблемы и перспективы развития : сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Бориса Ивановича Пугинского / составители Е.А. Абросимова, С.Ю. Филиппова. Москва : Статут, 2011. 286 с.
14. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. Тула : Автограф, 2001. 720 с.

Роднова Ольга Михайловна,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова,
кандидат юридических наук, доцент
rodnova@uniyar.ac.ru

КОРПОРАТИВНЫЙ ДОГОВОР КАК ПРАВОВОЕ СРЕДСТВО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВНУТРИКОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

В статье рассматриваются вопросы значения и регулятивной роли корпоративного договора. На основании анализа действующего законодательства, примеров из судебной практики определяется значение принципа свободы договора в корпоративно-правовой сфере, пределы усмотрения сторон при определении содержания корпоративного договора. Сделан вывод о необходимости соблюдения императивных требований закона и основных начал гражданского законодательства при определении условий корпоративного соглашения, даже если его участниками являются все члены корпорации.

Ключевые слова: правовое средство, корпоративный договор, договор об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью, акционерное соглашение, принцип свободы договора.

Rodnova O.M.,
Associate Professor of the Department of Civil Law and Process
P. G. Demidov Yaroslavl state University,
Candidate of Sciences in Jurisprudence, Associate Professor

THE SHAREHOLDERS AGREEMENT AS A LEGAL MEAN OF INTER-CORPORATION RELATIONS' REGULATION

The author considers the meaning and the regulatory role of shareholders' agreement. Based on the analysis of the current legalization and the court practice the author defines the principle of the contract's freedom and the limitation of the shareholders' discretion in determining the terms of the shareholder agreement. The author concludes that even if all shareholders sign the shareholders agreement such agreement has to comply with the mandatory provisions of the current legislation and fundamental principles of the civil law.

Keywords: legal mean, corporate agreement, LLC's members' agreements, shareholders' agreement, and principle of freedom of contract.

В одном из основных своих трудов «Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях» (1984 г.) Борис Иванович Пугинский отмечал: «Главное свойство договора как юридического средства — возможность решения на его основе, т.е. правовым способом, широкого круга вопросов, возникающих во взаимоотношениях контрагентов... Указанное свойство может быть определено как регулятивные возможности договора в организации взаимосвязанной деятельности субъектов»¹.

Однако императивные начала, превалирующие в корпоративно-правовой сфере, длительное время являлись препятствием для широкого применения договора участников корпорации в качестве регулятора отношений между ними².

Институт корпоративного договора первоначально получил признание на уровне лишь специальных законов³, с 2014 г. он нашел закрепление в Гражданском кодексе РФ⁴.

Согласно ст. 67.2 ГК РФ, под корпоративным договором понимается договор участников хозяйственных обществ или некоторых из них об осуществлении своих корпоративных прав (договор об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью, акционерное соглашение), в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления.

¹ Пугинский Б.И. Избранные труды : сборник к 75-летию юбилею / Б.И. Пугинский. М., 2019. С. 114.

² Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2015. С. 116–137.

³ В 2008 г. в Федеральном законе от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785 (далее — Закон об ООО). В 2009 г. в Федеральном законе от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

⁴ Понятие «корпоративного договора» появляется в Гражданском кодексе РФ с принятием Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

Б.И. Пугинский указывал: «Специфика договора состоит в его правоустанавливающем характере, порождении им относительных субъективных прав и юридических обязанностей участников. Договор есть средство организации субъектами координируемой деятельности путем установления взаимных прав»⁵.

Если провести анализ прав и обязанностей, которые порождает корпоративный договор, то следует отметить, что он не влечет возникновение новых субъективных корпоративных прав или обязанностей, он лишь порождает организационные правоотношения⁶. К моменту заключения корпоративного договора юридическое лицо уже образовано, и его участники (члены корпорации) уже обладают определенным правовым статусом, определенным законом набором прав и обязанностей, возникшим на основе членства в корпорации. Заключая корпоративное соглашение, участники ставят своей целью установить консолидированный, согласованный порядок действий по реализации как самого права членства, так и корпоративных прав и обязанностей, возникших на основании права членства.

Очевидно, что в рамках предложенной Б.И. Пугинским классификации договоров на имущественные, имущественно-организационные и организационные⁷ корпоративные договоры относятся к организационным. В то же время, не порождая корпоративные права и обязанности, корпоративное соглашение может опосредовать имущественные отношения сторон. Например, устанавливая выплату компенсации за отказ от осуществления отдельных корпоративных прав.

⁵ Пугинский Б.И. Указ соч. С. 106.

⁶ Корпоративное право : учеб. пособие / О.В. Жевняк, Е.Г. Шаблова, Е.А. Рыжковская, П.Г. Тиховская ; под общ. ред. Е.Г. Шабловой. Екатеринбург, 2019. С. 20.

⁷ Пугинский Б.И. Указ. соч. С. 114.

Согласно п. 1 ст. 67.2 ГК РФ, предмет корпоративного договора может включать в себя обязанности голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств.

Следующие особенности п. 1 ст. 67.1 ГК РФ обращают на себя внимание. Во-первых, приведенный перечень условий корпоративного договора носит открытый характер, законодатель никак не ограничивает перечень корпоративных прав, в отношении которых стороны могут установить согласованный порядок их осуществления. Во-вторых, законодатель не устанавливает границы усмотрения сторон, не определяет, каковы пределы диспозитивности при регулировании внутрикорпоративных отношений посредством корпоративного договора.

Названные особенности требуют решения ряда однопорядковых вопросов. Носит ли принцип свободы договора абсолютный характер при использовании корпоративного договора в качестве правового средства регулирования корпоративных отношений? Каково соотношение закона и условий корпоративного договора? И более общий вопрос: каково соотношение диспозитивных и императивных начал в корпоративном праве?

Если трансформировать означенные вопросы в практическую плоскость, то они могут быть продемонстрированы на следующих примерах. Может ли быть признана недействительной сделка по отчуждению акций акционером, который по условиям корпоративного договора принял обязанность

не продавать акции (или их часть) до наступления определенных обстоятельств либо до определенного срока, если продажа акций была обусловлена требованиями закона? Могут ли акционеры публичного общества предусмотреть в акционерном соглашении условие о преимущественном праве приобретения акций, продаваемых третьим лицам, несмотря на правила, установленные п. 5 ст. 97 ГК РФ?

Считаем, что, пока в российском корпоративном праве будет преобладать императивный метод регулирования, сделка акционера по отчуждению акций, совершенная во исполнение требований закона, но в противоречие с акционерным соглашением, будет являться законной. Императивный запрет, не предусматривающий никаких исключений, закрепленный в п. 5 ст. 97 ГК РФ, не может быть преодолен акционерным соглашением, даже если оно заключено всеми участниками акционерного общества.

Приоритет императивных норм закона над положениями корпоративного договора обусловлен тем, что за их содержанием всегда стоят интересы неограниченного числа участников фондового рынка, неограниченного круга потенциальных инвесторов, а в конечном итоге публичные интересы.

Императивные нормы — не единственные требования, которые должны быть соблюдены сторонами корпоративного договора. Фундаментальное значение имеют основные начала гражданского законодательства.

Одной из основ гражданского законодательства является запрет, установленный п. 3 ст. 22 ГК РФ, согласно которому полный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом.

Возникает вопрос, насколько приведенному правилу отвечают такие условия корпоративного договора, как обязанность отчуждать доли в уставном капитале (акции) при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств или обязанность отказаться от осуществления корпоративных прав.

В разрезе оценки законности названных условий необходим самостоятельный анализ возможности отказа от права членства в корпорации, отказа от отдельных корпоративных прав и отказа от возможности осуществления отдельных корпоративных прав.

В состав правоспособности гражданина входит возможность заниматься предпринимательской деятельностью, в том числе опосредованно, через возможность создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами.

Внешней формой закрепления принадлежности к корпорации (независимо от того, речь идет о создании корпорации или о вхождении в состав существующей корпорации) является обладание долей в уставном капитале или акцией. Соответственно, отчуждение доли в уставном капитале или отчуждение акции автоматически приводит к прекращению права членства в корпорации и к прекращению иных корпоративных прав.

Корпоративный договор, предусматривающий обязанность отчуждения доли в уставном капитале или отчуждения акций либо обязанность воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств может быть квалифицирован, как направленный на частичный отказ от правоспособности. При условии, что обстоятельства, с которыми связан отказ от права членства или отказ

от выхода из корпорации, носят экономически неоправданный характер, не могут быть преодолены разумными действиями сторон договора, зависят исключительно от заинтересованной стороны корпоративного договора, предоставляют необоснованный приоритет одной стороне, такой отказ от части правоспособности должен признаваться ничтожным.

С данной точки зрения показательным является Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2021 г. по делу № А60-44160/2020, в котором суд указал на недопустимость ситуации, при которой участнику запрещается выход из общества без возможности возврата своих инвестиций. Бессрочный запрет или необходимость получения согласия на отчуждение доли (акции) уравнивается правом выхода из общества в случае отказа в согласии или при наличии запрета на отчуждение (п. 2 ст. 23 Закона об ООО), но при этом с точки зрения баланса интересов допустим запрет (необходимость получать согласие) на отчуждение доли в течение разумного краткосрочного периода (например, экономически прогнозируемый срок окупаемости или срок разработки технологии) в отсутствие права на выход (права потребовать от общества приобрести долю) участника, затронутого такими ограничениями. Преимущественное право покупки доли также не может создавать препятствия в отчуждении участниками своих долей на неопределенно долгий срок, лишая их возможности вернуть свои инвестиции. Положения корпоративного договора, устава общества о закреплении заранее установленной цены покупки доли в существенно отличающемся от ее рыночной стоимости и без ограничения срока действия такого условия разумным краткосрочным периодом является ничтожным, как противоречащее существу законодательного регулирования⁸.

⁸ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2021 г. по делу № А60-44160/2020. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc>

В то же время отказ не от субъективного права, а лишь от осуществления корпоративных прав вполне допустим, никак не связан с ограничением или лишением правоспособности или дееспособности. Пункт 2 ст. 9 ГК РФ устанавливает, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Например, предметом рассмотрения Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда в рамках дела А34-10946/2020 было корпоративное соглашение, по условиям которого один из участников прекращает свое участие в управлении обществом и не претендует на совокупную прибыль организации, и не несет расходов на поддержание ее деятельности. За отказ от участия в деятельности общества участник получает денежную компенсацию в размере 465 000 руб. ежемесячно⁹. Как видим, в данном случае сторона корпоративного договора, отказавшаяся от участия в управлении обществом, продолжала оставаться членом корпорации, законность отказа от осуществления корпоративных прав была обусловлена эквивалентным встречным предоставлением.

В другом деле суд признал отказ мажоритарного акционера от осуществления ряда корпоративных прав в интересах миноритарного акционера законным, так как подобные ограничения не являлись бессрочными, носили временный характер; с точки зрения баланса интересов контролирующая роль миноритарного участника была обусловлена тем, что он осуществляет оплату модернизации производственных мощностей корпорации посредством выдачи займов последней. Так, условиями корпоративного договора была предусмотрена обязанность мажоритарного акционера голосовать за кандидатов в члены совета директоров и ревизионной

⁹ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23 апреля 2021 г. по делу № А34-10946/2020. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc>

комиссии, предложенных миноритарным акционером, несмотря на то что последний не обладает необходимым количеством голосов для самостоятельного выдвижения кандидатов. Также в договоре указывалось, что в случае, если количество акций, принадлежащих миноритарии, составит ниже установленного законом порогового значения, необходимого для инициирования внеочередного общего собрания или внесения вопросов в повестку дня общего собрания акционеров, он все же может направить свое требование о созыве внеочередного собрания или свои предложения по вопросам для повестки дня общего собрания в адрес мажоритарного акционера, который в свою очередь обязуется направить в корпорацию в установленном законом порядке предложение о созыве внеочередного собрания и предложения в повестку дня общего собрания¹⁰.

Таким образом, несмотря на то что корпоративный договор имеет четкие границы своего регулирующего воздействия — это отношения, складывающиеся исключительно внутри корпорации, даже при условии участия в корпоративном договоре всех членов корпорации, он не может противоречить императивным требованиям закона и основным началам гражданского права.

Литература

1. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / под общей редакцией В.А. Белова. Москва, 2015. 552 с.
2. Корпоративное право : учебное пособие / О.В. Жевняк, Е.Г. Шаблова, Е.А. Рыжковская, П.Г. Тиховская ; под общей редакцией Е.Г. Шабловой. Екатеринбург, 2019. 183 с.
3. Пугинский Б.И. Избранные труды : сборник к 75-летию юбилею / Б.И. Пугинский. Москва, 2019. 522 с.

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 22 декабря 2020 г. по делу № А50-30519/2019. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc>

Карлявин Иван Юрьевич,
доцент кафедры гражданского права
Ивановского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент
ivan.karl@mail.ru

ПРАВО ПОДРЯДЧИКА НА ПРОДАЖУ РЕЗУЛЬТАТА ВЫПОЛНЕННЫХ РАБОТ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

В данной статье говорится о таком способе защиты прав и охраняемых законом интересов подрядчика, как продажа результата выполненных работ. В общих чертах ставится проблема неэффективности существующих в этой части законоположений и предлагается направление решения поставленных вопросов в интересах правоприменителей.

Ключевые слова: договор подряда, результат выполненных работ, движимые и недвижимые вещи.

Karlyavin I.Y.,
Associate Professor of the Department of Civil Law
of the Ivanovo State University,
Candidate of Law, Associate Professor

THE CONTRACTOR'S RIGHT TO SELL THE RESULT OF THE WORK PERFORMED: PROBLEMS OF THEORY AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE

This article refers to such a way of protecting the rights and legally protected interests of the contractor as the sale of the result of the work performed. In general terms, the problems of inefficiency of the existing legal provisions in this part are raised and the direction of solving the issues raised in the interests of law enforcement is proposed.

Keywords: contract, the result of work performed, movable and immovable things.

Современное гражданское законодательство Российской Федерации под стать российскому обществу — дух перемен, т.е. изменений, продиктованных, в частности, появлением

новых объектов гражданских прав (например, цифровых прав) и даже совершенно новых сфер гражданского оборота (виртуальное пространство), моментально захватывает умы представителей юридического сообщества. Увлеченность новыми веяниями настолько велика, что некогда подумать о том, как же на самом деле будут находить реализацию такие объекты, как цифровые права, а затем и осуществляться оборот этой разновидности имущественных прав, в то время как не всегда понятно, в каком формате могут и должны находить свою реализацию уже существующие правовые конструкции в более приземленных сферах правоотношений.

В данной небольшой работе хотелось бы поставить и в какой-то, пусть в самой незначительной, мере разрешить проблему реализации права подрядчика на продажу результата выполненных работ (п. 6 ст. 720 и ст. 738 ГК РФ).

В п. 6 ст. 720 ГК РФ говорится, что если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда, согласно договору, результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК РФ.

Положения ст. 738 ГК РФ для бытового подряда формулируют сходный алгоритм поведения заказчика, в том случае, если подрядчик уклоняется от исполнения своих обязанностей по приемке результата выполненных работ, — в случае неявки заказчика за получением результата выполненной работы или иного уклонения заказчика от его приемки подрядчик вправе, письменно предупредив заказчика, по истечении двух месяцев со дня такого предупреждения продать резуль-

тат работы за разумную цену, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК РФ.

Суть проблемы, на которую нам хотелось бы обратить внимание, заключается в том, что данные законоположения не находят своего практического применения. Судебная практика лишь констатирует наличие такой возможности у подрядчика в случае уклонения заказчика от приемки результата выполненных работ, но практического применения этих норм, к сожалению, почти не наблюдается¹. В этой связи возникает по меньшей мере два вопроса. Первый: зачем существуют эти мертвые нормы? Второй: в чем причина их окостенения, и как вывести их из этого состояния?

В этой связи на память приходит одна из последних статей Б.И. Пугинского, в которой автор указывает на не всегда продуманный подход законодателя при конструировании гражданско-правовых норм. Следует согласиться с мнением автора о том, что гражданско-правовые нормы должны представлять собой основу практико-ориентированного инструментария, а не напоминать учебник, содержащий основные теоретические положения. Соответственно этому должна складываться и методология правоприменения. Последняя должна представлять собой, по крайней мере, концептуально определенный путь². Так, в нашем случае в начале рассуждений нужно честно признаться — хотим мы или же не хотим, чтобы подрядчик имел эффективный способ защиты своих прав и охраняемых законом интересов — такой, как право

¹ Решение Арбитражного суда Ярославской области от 28 июля 2021 г. по делу № А82-970/2021; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 31 мая 2021 г. по делу № А40-70094/21-122-401; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 ГК РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

² Пугинский Б.И. Правоведение — одна из самых отсталых областей знания // Закон. 2021. № 3. С. 8–15.

на продажу результата выполненных работ. Если да, то нужно сделать этот способ применимым, если нет — нужно от него отказаться и признать указанные законоположения утратившими силу как неактуальные.

Обратимся к реально существующему положению дел. Начнем с того, что ни у кого не вызывает сомнений. Прежде всего это то, что право подрядчика на продажу результата выполненных работ возникает при наличии ряда условий: а) подтвержденное нежелание заказчика принять выполненные работы (уклонение заказчика) или, как отмечает В.В. Ровный, крайне небрежное отношение заказчика к заключенному договору подряда; б) соблюдение подрядчиком процедуры уведомления заказчика о намерении подрядчика продать результат выполненных работ³. Другой автор — С. В. Тычинин, комментируя положения ст. 738 ГК РФ, отмечает, что право подрядчика на продажу результата выполненных работ — вынужденная мера, продиктованная возникновением на стороне подрядчика неблагоприятных последствий, — затратами подрядчика — владельца результата выполненных работ на его содержание (хранение или охрану), а также неполученные денежные суммы за проделанную работу⁴. Уже в этой позиции просматривается связь или, лучше сказать, указание на еще одно необходимое условие реализации права подрядчика на продажу результата выполненной работы, на то, что он (подрядчик) должен быть непременно владельцем результата

³ Ровный В.В. Параграф 1 гл. 37 ГК РФ // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая : учебно-практический комментарий (постатейный) // Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.Н. Арсланов и др. ; под ред. А.П. Сергеева. М. : Проспект, 2010 ; Ершов В.А., Сулягин А.В., Кайль А.Н. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс». 2009.

⁴ Тычинин С.В. Параграф 2 гл. 37 ГК РФ // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая : учебно-практический комментарий (постатейный) // Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.Н. Арсланов и др. ; под ред. А.П. Сергеева. М. : Проспект, 2010.

выполненной работы. По всей видимости, целый ряд авторов придерживаются тех же взглядов. Так, например, В.Л. Хромов, комментируя положения исследуемых норм, отмечает, что: а) это право связано с возникновением затрат у подрядчика на хранение результата выполненных работ; б) вместо продажи результата выполненной работы подрядчик имеет право на удержание и право на взыскание убытков, связанных с хранением и поддержанием товарных свойств изготовленного изделия⁵. Л.Б. Шейнин в своих работах также ставит рядом удержание и право продажи результата выполненных работ, подразумевая, что между этими способами защиты существует неразрывная связь⁶.

С авторами, которые презюмируют наличие владения у подрядчика как необходимое условие реализации права продажи результата выполненных работ, в полной мере согласиться нельзя. Конечно, такая ситуация возможна, когда подрядчик держит изготовленную вещь во владении, и при уклонении заказчика от приемки подрядчик продает ее. То есть речь идет о движимых вещах, и по справедливому замечанию авторов комментария к Гражданскому кодексу РФ по редакцией А.Г. Карапетова, право подрядчика должно быть в этом случае реализовано безусловно⁷. Но и в отношении движимых вещей применение исследуемого права практически не встречается, не говоря уже о применении его к недвижимости. Ситуация часто усугубляется тем, что подрядчик

⁵ Хромов В.Л. Параграфы 1–3, 5 гл. 37 ГК РФ // Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй : в 3 т. (постатейный) // Т.А. Абова, Л.В. Андреева, А.Ю. Кабалкин. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт-издание, 2006. Т. 2.

⁶ Шейнин Л.Б. Самозащита прав: различие между имущественным и обязательственным правом лиц // Законодательство и экономика. 2015. № 11. С. 37–42.

⁷ Договорное и обязательственное право (общая часть) постатейный комментарий к статьям 307–453 ГК РФ / В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко, О.А. Беляева и др. ; отв. ред. А.Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2017.

может быть неправомерно лишен владения созданной им вещью (движимой) или вытеснен с объекта строительства (речь о недвижимости). Что же настораживает правоприменителей даже в самых простых ситуациях, касающихся реализации права подрядчика на продажу результата выполненных работ?

На наш взгляд, участников гражданского оборота останапливает тот туман, который окутал правовую природу права подрядчика на продажу результата выполненной работы. Известный спор о том, что это за право — вещно-правовое, обязательственное или иное, — производит эффект анестезии в отношении п. 6 ст. 720 и ст. 738 ГК РФ. В итоге нормы находятся в замороженном состоянии, а известные дискуссии не дают желаемого практически применимого результата⁸.

Пути выхода из данной ситуации, как направленные на реанимацию указанных законоположений, видятся следующие.

Во-первых, нужно отказаться от принятого по умолчанию требования наличия такого условия, как владение результатом работ, на стороне подрядчика, как общеобязательного условия реализации права подрядчика на продажу результата выполненных работ.

Во-вторых, необходимо определить, что право подрядчика на реализацию результата выполненных работ вытекает из закона и обусловлено исключительно теми требованиями, которые содержат п. 6 ст. 720 и 738 ГК РФ.

В-третьих, необходимо распространить это право на все возможные результаты выполненных работ (движимые вещи, объекты недвижимости, как завершенные, так и незавершенные строительством, как полностью, так и в части).

⁸ Склоцкий К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М. : Статут, 2010 ; Ершов О.Г. О праве подрядчика на результат работы при исполнении обязательства строительного подряда // Юрист. 2012. № 9. С. 33–39.

Главное требование к таковым — возможность индивидуализации (фиксации, учета) такого результата.

Особую сложность вызывает моделирование права продажи в отношении объектов недвижимости, как завершенных, так и незавершенных строительством. Прежде чем перейти к предположениям в этой части, обратимся к праву Германии. Разумеется, право указанной страны не является для нас указом и шаблоном, но принять во внимание опыт немецкого законодателя мы, надеюсь, в состоянии.

Начнем с того, что германская правоприменительная практика в последние десятилетия столкнулась с дефицитом средств защиты прав подрядчиков в случаях неисполнения заказчиком своих обязанностей. В качестве дополнительного средства защиты BGB был предусмотрен § 650e «Залоговая ипотека подрядчика-строителя»⁹. В соответствии с этим законоположением предприниматель может потребовать в обеспечение своих требований по договору строительного подряда предоставления залоговой ипотеки в отношении участка, предназначенного под застройку, принадлежащего заказчику. Если работа еще не завершена, он может потребовать предоставления залоговой ипотеки в соответствии с объемом выполненных работ, соответствующим части вознаграждения, и расходам, не включенным в вознаграждение.

По свидетельству немецких правоприменителей (практикующих юристов), залоговая ипотека — сложный и мало применяемый на практике правовой инструмент. Это обусловлено отдельно существующим заявительным порядком установления данного обеспечения, а также условиями, необходимыми для его возникновения. Кроме того, для применения механизма залоговой ипотеки необходим повышенный уровень юридической грамотности.

⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 650e Sicherungshypothek des Bauunternehmers. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_650e.html

Требование для предоставления залоговой ипотеки заключается в том, что (1) претендент является либо подрядчиком, либо архитектором; (2) подрядчик должен иметь претензию, вытекающую из контракта на строительство; (3) залоговым имуществом является только строительный участок, находящийся в собственности заказчика. Владелец участка под застройку также должен одновременно быть заказчиком. Строительный участок — это только строительный участок, на котором предоставляются конкретные строительные работы, а не другие земельные участки, находящиеся в собственности заказчика. Таким образом, должна быть конкретная связь строительных работ именно с этим участком; (4) кроме того, подрядчик, прибегнув к этому способу обеспечения исполнения обязанности, не может одновременно прибегать к другим способам обеспечения, предусмотренными в соответствии с § 650f BGB; (5) требование по договору строительного подряда подрядчиком уже должно быть предъявлено. Будущие претензии не являются приемлемыми, как в § 650 f BGB. Как правило, это должны быть работы, которые привели к созданию сооружения или его части, что неминуемо повлекло за собой повышение стоимости земельного участка. Не обязательно, чтобы требование было заявлено в судебном порядке. Вопрос о возможном его снижении не имеет значения. Таким образом, могут быть обеспечены все требования, которые имеют свою юридическую основу в договоре строительного подряда. Само по себе требование может включать в себя претензии по возмещению расходов и претензии по возмещению убытков, а также компенсации подрядчика, в том числе за вынужденный простой¹⁰.

¹⁰ Seeger Carsten — Herrn Rechtsanwalt. URL: <https://bgb.kommentar.de/Buch-2/Abschnitt-8/Titel-9/Untertitel-1/Kapitel-2/Sicherungshypothek-des-Bauunternehmers>; Hahn Natalie Rechtsanwältin. URL: <https://arge-baurecht.com/baurecht-wissen/expertentipps/artikel/sinnige-sicherungshypothek>

В данной работе мы не выступаем за то, чтобы привнести залоговую ипотеку в российское законодательство именно в подрядные отношения, хотя существующее сегодня в праве Российской Федерации удержание не более эффективно, чем право на продажу результата выполненных работ. Любопытно отметить то, что, во-первых, в случаях с производством строительных работ на земельном участке объектом залога (т.е. возможной будущей продажи) является сам земельный участок, во-вторых, таковым объектом он становится при возможном условии увеличения его стоимости за счет произведенных строительных работ, в-третьих, право на продажу может быть сформировано (а залоговая ипотека сложиться), если фактически выполнена даже часть строительных работ.

Полагаем, что существующее право на продажу результата выполненных работ непосредственно в действующем российском законодательстве может быть регламентировано аналогичным образом.

Если предположить, что воля российских предпринимателей (подрядчиков и строителей) в целом совпадает с вектором, определенным в данной работе, то предлагаемая законодателю конструкция права продажи результата выполненных подрядчиком работ в законодательном оформлении может выглядеть следующим образом.

Статья 720. Приемка заказчиком работы, выполненной подрядчиком

<...>

6. Если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму,

за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном статьей 327 настоящего Кодекса.

«6.1 Указанное в пункте 6 настоящей нормы право подрядчика в отношении движимых вещей возникает и реализуется вне зависимости от того, находится ли результат выполненных работ во владении подрядчика.

В отношении объектов недвижимости право подрядчика продать результат выполненных работ возникает и реализуется прежде всего в отношении земельного участка, на котором производится строительство. Данное право возникает вне зависимости от того, выполнены работы полностью или в части.

При отсутствии у заказчика права на земельный участок положения абзаца 2 пункта 6.1 настоящей статьи распространяются на объекты недвижимости, в отношении которых производятся подрядные работы».

Аналогичные правила следует, по мнению автора настоящей статьи, установить в рамках ст. 738 ГК РФ.

Литература

1. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 ГК РФ / В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко, О.А. Беляева [и др.] ; ответственный редактор А.Г. Карапетов. Москва : М-Логос, 2017.
2. Ершов В.А. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / В.А. Ершов, А.В. Сутягин, А.Н. Кайль // СПС «КонсультантПлюс». 2009.
3. Ершов О.Г. О праве подрядчика на результат работы при исполнении обязательства строительного подряда / О.Г. Ершов // Юрист. 2012. № 9. С. 33–39.

4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая : учебно-практический комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, К.Н. Арсланов [и др.] ; под редакцией А.П. Сергеева. Москва : Проспект, 2010.
5. Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). В 3 томах / Т.А. Абова, Л.В. Андреева, А.Ю. Кабалкин. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрайт, 2006. Т. 2.
6. Пугинский Б.И. Правоведение — одна из самых отсталых областей знания / Б.И. Пугинский // Закон. 2021. № 3. С. 8—15.
7. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. / К.И. Скловский. Москва : Статут, 2010.
8. Шейнин Л.Б. Самозащита прав: различие между имущественным и обязательственным правом лиц / Л.Б. Шейнин // Законодательство и экономика. 2015. № 11. С. 37—42.
9. Hahn Natalie Rechtsanwältin. URL: <https://arge-baurecht.com/baurecht-wissen/expertentipps/artikel/sinnige-sicherungshypothek>.
10. Seeger Carsten — Herrn Rechtsanwalt. URL: <https://bgb.kommentar.de/Buch-2/Abschnitt-8/Titel-9/Untertitel-1/Kapitel-2/Sicherungshypothek-des-Bauunternehmers/>

Борисова Кристина Владиславовна,
младший юрист в ООО «СмартФакт»
студентка 2-го курса магистратуры Юридического факультета
по направлению «Коммерческое и договорное право»
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
kristinaborisova99@gmail.com

МЕСТО ТИПОВЫХ ДОГОВОРОВ, РАЗРАБАТЫВАЕМЫХ ОРГАНИЗАЦИЯМИ КОММЕРСАНТОВ, В СИСТЕМЕ КАТЕГОРИЙ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

В статье анализируется правовой режим типовых договоров, разрабатываемых организациями коммерсантов. Производится квалификация типовых договоров с точки зрения российского законодательства, устанавливается их значение в процессе выработки условий торговых договоров и правового регулирования торговой деятельности.

Ключевые слова: типовые договоры, организации коммерсантов, примерные условия, обычай.

Borisova K.V.,
Junior Associate at SmartFact LLC
a 2nd year student of the Master's degree program in the Law Department,
Commercial and Contract Law, Lomonosov Moscow State University

THE PLACE OF STANDARD CONTRACTS DEVISED BY BUSINESS ASSOCIATIONS IN THE SYSTEM OF CATEGORIES OF COMMERCIAL LAW

The article analyzes the legal regime of standard contracts devised by business associations. Standard contracts are qualified based on the perspective of Russian legislation, their concept when forming terms of commercial contracts and in the legal regulation of commerce is justified.

Keywords: standard contracts, business associations, model terms, usage.

Единственный за всю историю коммерциалистики труд, посвященный типовым договорам, разрабатываемым организациями коммерсантов, был написан Я. Зеленовским

в середине XX в.¹ Такое невнимание исследователей явно не соответствует тому спросу, которым этот институт пользуется у коммерсантов. Так, на разработанных GAFTA² стандартных формах, которых на официальном сайте размещено около двухсот, основывается 80% мировых продаж зерна³. ICA⁴ объединяет более 550 членов по всему миру⁵. Договоры постоянно обновляются, переводятся на разные языки. Редакция ICA Bylaws & Rules 2020 г. представлена на английском, бенгальском, испанском, китайском и турецком языках. О распространении и популярности Типовых (Модельных)⁶ договоров Международной торговой палаты (далее — МТП)⁷ или Международного торгового центра (далее — МТЦ)⁸ нечего и говорить.

¹ Зеленецкий Я. Типовые контракты в международной торговле на мировом капиталистическом рынке. М., 1957. 302 с.

² Международная ассоциация торговли зерном и кормами (The Grain and Feed Trade Association).

³ URL: <https://www.gafta.com/All-Contracts>.

⁴ Международная хлопковая ассоциация (International Cotton Association).

⁵ URL: <https://ica-ltd.org/about-ica/>

⁶ Стоит оговорить, что МТП называет свои договоры «Модельными» (ICC Model contracts), но для целей настоящей статьи полагается возможным считать термины «модельный» и «типовой» синонимами и, говоря о «типовых договорах», подразумевать под ними, помимо прочих, и Модельные контракты МТП.

⁷ МТП — международное некоммерческое объединение участвующих в торговле коммерческих организаций и профессиональных некоммерческих объединений. Одно из направлений ее деятельности — разработка унифицированных норм рекомендательного характера. Самая известная публикация МТП — Incoterms. Также МТП известна своими актами в сфере банковского регулирования, среди которых такие, как Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (публикация МТП № 600), Унифицированные правила по договорным гарантиям (публикация № 325), Унифицированные правила по инкассо (публикация № 322). Интерес для настоящей статьи представляют разрабатываемые МТП Типовые (Модельные) договоры. Среди таких стоит выделить имеющие непосредственное отношение к коммерческому праву, а именно: международной купли-продажи изделий, предназначенных для перепродажи (публикация № 556), международной купли-продажи как таковой (публикация № 738), о дистрибьюторском контракте (№ 646), о договоре франчайзинга (№ 557), об агентском договоре (№ 644), о договоре случайного посредничества (№ 619).

⁸ МТЦ — межправительственная организация, подчиняющаяся одновременно ООН и ВТО. В МТЦ нет членства, в его составе члены ВТО и ООН.

Что же представляют собой типовые договоры в коммерческом праве? В каком качестве они в нем фигурируют и какое место в системе его категорий они занимают?

В литературе типовые договоры обычно рассматриваются в качестве *актов международной частноправовой унификации*⁹. Но в то же время отмечается, что их «вряд ли можно назвать актами международной частноправовой унификации в собственном смысле этого слова», хотя бы уже потому, что содержащиеся в них нормы не рассчитаны на «всеобщее, равное ко всем применение»¹⁰.

Также существует позиция, согласно которой типовые договоры представляют собой внешнюю форму выражения такого источника, как торговые обычаи, форму, в которой эти последние «находят свое отражение». Вышеупомянутый Я. Зеленецкий в своем труде рассматривал типовые договоры именно как «орудие “внедрения” и отражения существующих торговых обычаев»¹¹.

Рассматривая типовые договоры с точки зрения российского законодательства, можно прийти к выводу, что в соответствии со ст. 427 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ) они воплощают в себе *примерные условия договора*.

Впервые работа в направлении типовых договоров была проделана МТЦ в 1999 г., когда был издан Типовой договор международной купли-продажи скоропортящейся продукции с комментариями к нему. В 2010 г. издал сборник «Типовые договоры для малых предприятий: юридический путеводитель в ведении международного бизнеса». Для целей коммерческого права актуальны следующие из опубликованных в сборнике типовых договоров: международной коммерческой купли-продажи, международной долгосрочной поставки промышленных товаров, международной дистрибуции и международного коммерческого агентирования.

⁹ Белов В.А. Международное торговое право и право ВТО : в 3 кн. Книга 2. Частноунифицированное международное торговое право : учебник для вузов. М., 2020. С. 323, 375.

¹⁰ Там же. С. 323–324.

¹¹ Зеленецкий Я. Типовые контракты в международной торговле на мировом капиталистическом рынке. М., 1957. С. 14.

По общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 427 ГК РФ, «примерные условия, разработанные для договоров соответствующего вида и опубликованные в печати», могут стать обязательными для сторон *в случае их включения в конкретный договор*.

Но п. 2 ст. 427 ГК РФ предусмотрено исключение. Так, при отсутствии волеизъявления сторон примерные условия *применяются «в качестве обычаев» в случае их соответствия требованиям, предъявляемым к обычаям*. Это положение закреплено и в п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»¹²: «примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 ГК РФ». С точки зрения законодательной техники в этой норме, по всей видимости, использована правовая фикция: некоторые примерные условия (те, что соответствуют требованиям, предъявляемым к обычаям) как бы приравниваются ею к обычаям.

Несколько позднее и Пленум ВС РФ (в п. 2 Постановления от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ»¹³) подчеркнул, что *фиксация обычая в каком-либо документе* (в том числе, следовательно, и в типовых договорах, которые, несомненно, являются документами) *есть лишь одно из возможных доказательств его существования*. Главное не в самой фиксации, а *в соответствии правил, зафиксированных в документе* (в том числе в опубликованных примерных условиях договоров, и в частности договоров типовых), *требованиям ст. 5*

¹² Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

¹³ Российская газета. 2015. 30 июня.

и п. 5 ст. 421 ГК РФ. Поэтому можно сделать вывод, что примерные условия здесь уже не приравниваются к обычаям — они и есть сами обычаи, естественно, при условии, что отвечают требованиям, предъявляемым к обычаям.

Возникает вопрос: которая же из высказанных точек зрения является правильной? Действительно ли *все* условия *всех* типовых договоров, хотя бы и соответствующие требованиям, предъявляемым к обычаям, могут быть к ним отнесены?

Типовые договоры МТП и МТЦ или, другими словами, типовые договоры *универсальных* международных организаций коммерсантов, являются, можно сказать, вектором развития торговых договоров, своеобразным пособием для участников торговой деятельности. Их главные характеристики — «сбалансированность» и «свобода от конъюнктуры»¹⁴. Цель таких типовых договоров — *направить* коммерсантов, выработать правила, в равной мере общие если не для всех, то, по крайней мере, для большинства лиц и ситуаций. Для достижения этой цели организации — разработчицы типовых договоров консолидируют практику делового оборота и торговые обычаи¹⁵. Условия *таких* типовых договоров являются отражением практики международного коммерческого оборота, отражением «сложившихся» и «широко применяемых» правил поведения. Думается, по всем этим причинам можно заключить, что если и не во всем своем содержании, то в большей его части нормы типовых договоров универсальных международных организаций коммерсантов действительно соответствуют подходу, предложенному п. 2 ст. 427 ГК РФ, Поста-

¹⁴ Белов В.А. Указ. соч. С. 323.

¹⁵ Типовой договор МТП международной купли-продажи (готовые изделия), ред. 2013 г. Введение. URL: http://www.iccwbo.ru/contract/docs/introduction_page.html

новлением Пленума ВС РФ № 25 и характеристикам обычаев, установленным в ст. 5 ГК РФ.

Таким образом, для коммерциалиста важно понимать, что условия типовых договоров универсальных международных организаций коммерсантов являются не согласуемыми в индивидуальном порядке, но подразумеваемыми условиями всех торговых договоров или торговых договоров определенного типа; основание этой «подразумеваемости» — то, что данные условия «исходят» из обычаев (фиксируют таковые, опираются на и отталкиваются от них). Это обстоятельство необходимо учитывать при выработке условий всякого торгового договора, как и то, что в случае пробела в соглашении сторон суд может применить условия таких типовых договоров в качестве обычая *ex officio*.

Что касается вопроса юридической квалификации условий типовых договоров, разрабатываемых *профильными (специализированными) организациями коммерсантов* — т.е. такими организациями, как GAFTA, ICHSLTA¹⁶, ICA, SAL¹⁷, — то здесь дело обстоит несколько иначе. Так, типовые договоры GAFTA разработаны для такой отрасли торговли, как торговля зерном, а еще точнее — даже и не для всей отрасли, а только для коммерсантов — членов GAFTA. Такие договоры если и могут быть названы «широко применяемыми», то только в рамках этой организации коммерсантов. Думается, это означает, что составляющие их нормы могут и не отвечать критериям обычаев в полной мере. Об этом писал еще в конце XIX в. К.Я. Загорский, анализируя аналогичный вопрос о юридической природе постановлений популярных в то время крупных

¹⁶ Международный совет ассоциации торговцев шкурой, кожей и кожсырьем (International Council of Hides, Skins and Leather Traders Association).

¹⁷ Лондонская сахарная ассоциация (Sugar Association of London).

монополистических объединений (синдикатов): такие постановления, находил он, «не могут иметь никакой обязательной силы для посторонних лиц»¹⁸.

В типовых договорах купли-продажи¹⁹ GAFTA, например, содержатся единообразные условия о проверке качества (анализ и отбор проб), проверке количества, правилах взвешивания, о кондиции, ответственности за недостатки по формуле «*Reu terms*»²⁰, перевозке, индивидуализации товара, сроке, просрочке, нерабочих днях, страховании, расчетах, начислении процентов, неисполнении договора, форс-мажоре, изменении договора, извещениях, несостоятельности, арбитраже. Можно согласиться с тем, что и такие условия, подобно рассмотренным выше, тоже могут приобрести известное юридическое значение даже тогда, когда они и не будут воплощены в конкретный договор. Но значение это будет значением иным. Такого рода нормы представляют собой не столько зафиксированные обычаи, сколько правила, разработанные с целью обеспечения определенного стандарта регулирования, естественно, наивысшего и наилучшего. Если согласиться с пред-

¹⁸ Загорский К.Я. Торговые обычаи и биржевые правила, как один из элементов организации хлебной торговли: Доклад 3 Отделению Вольн. экон. общества 18 апр. 1892 г. СПб., 1893. С. 28.

¹⁹ Купля-продажа — основной договор в торговом праве, большинство сделок приходится на его долю; по этой причине мы полагаем возможным для получения универсальных выводов ограничиться материалом именно этого договора.

²⁰ «*Reu terms*» — формула ответственности продавца за недостатки товара. Так, если зерно повреждено в рамках «среднего хорошего качества» сезонного урожая («*the fair average quality*»), оно должно быть принято покупателем. Но в случае, если зерно прибыло в поврежденном состоянии, покупатель имеет право на скидку. То есть, согласно формуле, продавец отвечает за те недостатки товара, которые вызваны морскими повреждениями в процессе перевозки, но не за те, что возникли изначально, на суше. Покупатель в свою очередь обязан посодействовать продавцу в обращении с регрессным требованием к перевозчику. Наличие такого положения в типовых договорах GAFTA как раз-таки подтверждает тезис о том, что содержащиеся в типовых договорах специализированных организаций условия не отвечают требованиям, предъявляемым к обычаям, в полной мере (условие об ответственности по формуле «*Reu terms*» явно не «широко применяемое»).

положением о том, что *к соблюдению таких стандартов по общему правилу стремятся все добросовестные коммерсанты, работающие в рамках честной деловой практики*, независимо от того, являются ли они или не являются членами организаций — их разработчиков, то правила типовых договоров профильных (специализированных) организаций коммерсантов получают значение, близкое к *подразумеваемым гарантиям*, вытекающим из деловых обыкновений или заведенного порядка («implied warranty arising from course of dealing, course of performance») — категории, предусмотренной § 2-314 Единого образного торгового кодекса США²¹.

В российском праве институт, напоминающий такого рода подразумеваемые гарантии, воплощен в ст. 431.2 ГК РФ, трактующей о последствиях предоставления ложных заверений об обстоятельствах при заключении договора. Но, к сожалению, пределы применения этого института весьма узки; общего понятия подразумеваемых гарантий российскому законодательству не известно. В то же время законодательство — не единственный источник правопорядка; другим, не менее, а может быть, и более важным источником является сама жизнь, в нашем случае — коммерческая практика. А ей подразумеваемые гарантии, исходящие из деловых обыкновений и заведенного порядка, прекрасно знакомы; следовательно, и коммерциалистикой они также должны быть выделены наряду с подразумеваемыми условиями договора в качестве вида *условий, не согласуемых в индивидуальном порядке*. Подразумеваемые гарантии, исходящие из деловых обыкновений и заведенного порядка, также должны учитываться в процессе выработки договорных условий.

²¹ The Uniform Commercial Code, UCC. URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc>

Таким образом, типовые договоры, разрабатываемые организациями коммерсантов, — весьма интересный, неоднозначный и недооцененный коммерческим правом институт, приобретающий значительную ценность при выработке условий торговых договоров.

Литература

1. Белов В.А. Международное торговое право и право ВТО. В 3 книгах. Книга 2. Частноунифицированное международное торговое право : учебник для вузов / В.А. Белов. Москва, 2020. 426 с.
2. Загорский К.Я. Торговые обычаи и биржевые правила, как один из элементов организации хлебной торговли: Доклад 3 Отделению Вольн. экон. общества 18 апр. 1892 г. / К.Я. Загорский. Санкт-Петербург, 1893. 44 с.
3. Зеленевский Я. Типовые контракты в международной торговле на мировом капиталистическом рынке / Я. Зеленевский. Москва, 1957. 302 с.

Пензин Матвей Игоревич,
студент Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
mate_2001@mail.ru

КОММЕРЧЕСКИЕ ЦЕЛИ ТРАСТА

В работе рассматриваются коммерческие цели учреждения трастового фонда для разделения имущественных активов, когда сохранение правового титула становится нецелесообразным. Траст является правовым оформлением экономических отношений, когда доверительный собственник несет личную ответственность за долги и другие обязательства, связанные с владением трастовым имуществом. Кроме того, коммерческие структуры активно используют трастовую форму для минимизации потенциальных убытков, перенося риск владения финансовыми активами от учредителя на инвесторов. Например, использование трастов банками для диверсификации рисков или использование трастов компаниями в сделках структурированного финансирования. В работе также делается акцент на то, что траст может быть направлен на решение разных задач. Так, в Англии траст использовался как суррогат юридического лица, поскольку создание последнего было затруднительно, тогда как в США траст создавался, наоборот, для того, чтобы избежать коммерческих и финансовых рисков, неизбежно возникающих при создании юридического лица.

Ключевые слова: траст, трастовый фонд, коммерческая сделка, юридическое лицо, предпринимательский траст, инструмент коммерческого оборота, сделки структурированного финансирования, диверсификация коммерческих рисков, учредитель траста, бенефициар, финансовая операция, убытки, организационное право.

Penzin M.I.,
student of the Faculty of Law at Lomonosov Moscow State University
Lomonosov Moscow State University

COMMERCIAL PURPOSES OF THE TRUST

In the article, the author examines the commercial objectives of the establishment of a trust fund for the separation of property assets. This is necessary when the retention of title becomes impractical. Commercial entities use a trust form to minimize potential losses. The design of the trust transfers the risk of owning financial assets from the founder to investors. For example, large companies use a trust to manage individual financial flows. A trust is a legal formalization of economic relations when the trustee is personally responsible for the obligations that are associated with the ownership of trust property. Initially, the trust originated in English law as a surrogate of a legal entity, since the creation of the latter was difficult, but in American law, the trust was implemented as a way to avoid commercial and financial risks that arise when creating a legal entity.

Keywords: trust, trust fund, trustor, trustee, business trust, commercial contract, instrument of commercial turnover, structured finance transactions, diversification of commercial risks, special purpose vehicle, beneficiary, financial transaction, damages, organizational law, affirmative asset partitioning, defensive asset partitioning.

Каждый юридический институт возникает в связи с определенными потребностями, поэтому их деятельность направлена на удовлетворение потребностей в рамках существующих общественных отношений. Именно сложившимися общественными отношениями определяются приоритетные функции того или иного юридического института, что влияет на его содержание, развитие и функционирование.

Траст является одним из наиболее важных институтов английского права, поскольку его развитие напрямую коррелирует с изменением общественных отношений и развитием юридической техники английского права.

Некоторые современные ученые относят траст к организационному праву, поскольку появление траста как института связано с необходимостью регулировать экономические отношения, где мы можем проследить связь с появлением и развитием корпораций. Профессор Гарвардского университета Роберт Ситкофф, считает, что траст относится к организационному праву (*organizational law*), так как трастом регулируются имущественные и корпоративные отношения¹. Генри Хансманн и Рейнир Кракман также полагают, что трасты необходимы для регулирования корпоративных отношений. Они считают, что одной из функций организационного права является «защитное разделение активов»

¹ Sitkoff R.H. Trust Law as Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning. 2011. P. 429–434.

(*defensive asset partitioning*), включающее в себя защиту активов предприятия от кредиторов. Однако более важной функцией они мыслят «разделение позитивных активов» (*affirmative asset partitioning*), обеспечивающее эффективность в объединении и мониторинге, что имеет принципиальное значение для создания крупномасштабных организаций, характерных для современной экономики². То есть разделение непосредственно личных, индивидуальных активов лица и активов, связанных с имуществами в организации, позволяет организовать более эффективное управление корпорацией, поскольку это обеспечивает консолидацию ресурсов. Такое разделение облегчает производительные операции, снижает издержки на мониторинг, и организация как бы сама становится самостоятельной стороной сделки, отделяясь от бенефициарных владельцев. Организационное право выходит за пределы контрактного (договорного) права, определяя, в какой степени кредиторы организации могут прибегать к личным активам владельцев организации или других бенефициаров.

Основная функция разделения активов в организационном праве состоит в том, чтобы отделить личное имущество и обязательства инсайдеров организации от имущества и обязательств организации. Для организации, которая обладает правосубъектностью (например, корпорация), полное разделение активов возможно. Тогда потенциальный кредитор организации должен исследовать только финансы организации, действуя без учета платежеспособности бенефициарных владельцев. Для трастового фонда такое разделение активов невозможно.

² Hansmann H., Kraakman R. The Essential Role of Organizational Law. 2000. P. 14–18.

Юридически траст не является самостоятельным юридическим лицом, поскольку отсутствует правосубъектность, а трастовый фонд создается по соглашению частных лиц, без государственной регистрации. В Англии и США корпорации могут быть привлечены к уголовной ответственности, но трастовый фонд не может нести уголовную ответственность. Трастовый фонд не может совершать сделки от своего имени, все сделки свершаются доверительным собственником (trustee). На имя доверительного собственника подаются иски, потому что он владеет имуществом и совершает сделки. Следовательно, происходит то, что можно назвать семантическим сдвигом, доверительный управляющий несет личную ответственность за долги и другие обязательства, связанные с фактом владения трастовым имуществом. При этом доверительный собственник имеет право на возмещение расходов из трастового фонда, связанных с обслуживанием трастового имущества. Нужно обратить внимание, что личный кредитор доверительного собственника не обладает правом регрессного требования против трастового имущества. Трастовый фонд можно называть юридическим лицом по функциям, но не по форме, поскольку существует разделение личной собственности trustee и собственности, составляющий трастовый фонд.

В английском праве существуют две формы собственности: общая собственность (tenancy in common) и совместная собственность (joint tenancy). Первая форма похожа на форму собственности в романо-германском праве, хотя и имеет свои особенности. А вторая форма — это чисто английская модель права собственности. В такой форме не происходит наследование за предыдущим собственником, следовательно, субъектом права собственности остается более узкий круг соб-

ственников. Эта форма собственности важна для понимания института траста. В модели собственности joint tenancy может существовать несколько управляющих в пользу бенефицианта для создания дополнительных гарантий в пользу интересов последнего. Особенностью этой формы является то, что при выбытии одного управляющего имущество не переходит к его наследникам. Это необходимо для обеспечения сохранности имущества, поскольку наследники могут быть недостаточно компетентными. Доверительная собственность после выбытия одного из управляющих продолжает управляться другими управляющими, которые остались. Исключением могут быть только случаи, когда в соответствии с договором о доверительной собственности или по решению суда должен был быть назначен новый управляющий³.

Трасты используются для обеспечения коммерческих операций. Возникает вопрос: как при заключении коммерческого договора в зависимости от обстоятельств стороны приобретают или сохраняют право собственности на имущество, которое используется или передается для целей траста? Вступая в правоотношения с контрагентом, владелец имущества может сохранить право собственности на это имущество, даже если оно используется для целей договора. Иногда сохранение правового титула нецелесообразно, если это имущество смешивается с другим имуществом или используется в рамках партнерского соглашения. Правовая сторона дела усложняется, когда собственность смешивается с другой собственностью так, что невозможно идентифицировать эту собственность в ее первоначаль-

³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. 1967. С. 262.

ном виде. Ярким примером является дело *Goldcorp Exchange Limited* (1994). Это дело по английскому закону о трастах, вынесенное Судебным комитетом Тайного совета (Judicial Committee of the Privy Council) по апелляции Апелляционного суда Новой Зеландии в 1993 г. Компания *Goldcorp Exchange* занималась хранением золотых запасов в монетах и слитках для клиентов, желающих инвестировать в золото. Определенное количество золота предназначалось для покупателей, но его количество время от времени менялось. Сотрудники компании также сообщали клиентам, что компания будет поддерживать достаточные запасы каждого типа слитков для удовлетворения их потребностей, но на самом деле этого не произошло. Банк Новой Зеландии 11 июля 1988 г., как должник *Goldcorp Exchange*, подал заявление о ликвидации компании и заявил, что все клиенты компании являются необеспеченными кредиторами, а интерес банка имеет приоритет. Клиенты утверждали, что оставшееся на складе золото было в их доверительной собственности. У компании не было достаточно активов, чтобы погасить свои долги перед банком и всеми своими клиентами. Неурегулированный вопрос заключался в том, имели ли клиенты право собственности на полученное для них золото как бенефициары траста, или же они были просто необеспеченными кредиторами в результате нарушения контракта. Компания, торгующая золотом и другими драгоценными металлами, стала неплатежеспособной, и Банк Новой Зеландии назначил получателей по долговому обязательству в соответствии с контрактом. Судебный комитет посчитал, что должна существовать достаточная определенность предмета для формирования траста и идентификации имущества траста. Судебный комитет отменил решение

Апелляционного суда и восстановил решение Дж. Торопа от 17 октября 1990 г., отклоняющее требования большинства клиентов. Комитет сообщил, что у клиентов нет имущественной заинтересованности в золоте, и поэтому банк может использовать его для погашения своих долгов. По контрактам покупателей право собственности не передавалось, потому что еще не было определено, какое именно золото должно было быть продано. Несмотря на то что в брошюрах Goldcorp было обещано, доверительной собственности не возникло, потому что об этом не было объявлено. Золота не хватило для удовлетворения требований, хотя было обещано, что золото будет отложено. В данном случае неверно предполагать фидуциарную обязанность просто потому, что имело место нарушение договора⁴.

Так называемые безвозмездные трасты отличаются от трастов, используемых в коммерческих, финансовых и других деловых операциях. Наиболее очевидное различие заключается в компенсации за передачу права собственности, в то время как учредитель коммерческого траста обычно является корпорацией или финансовым учреждением, которое получает оплату за активы, переданные трасту. Учредитель безвозмездного траста может или не может сохранять остаточную долю «в активах траста», тогда как учредитель коммерческого траста почти всегда сохраняет остаточную долю в активах траста, которые остаются после деловой операции⁵. Иначе говоря, коммерческие трасты представляют собой экономические соглашения, в которых обращение к форме траста служит определенным коммерческим преимуществам.

⁴ Ramjohn M. Unlocking equity and trust. 2015. P. 92, 94.

⁵ Schwarcz S.L. Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery. 2003. P. 559–563.

Одно из наиболее распространенных применений коммерческих трастов — это компании специального назначения, или SPVS, в сделках структурированного финансирования. В этих сделках компании передают SPVS определенные активы, которые специально защищены от бизнес-рисков компании, включая риск банкротства. SPV получает финансирование для оплаты активов путем выпуска ценных бумаг на рынках капитала или заимствования. Трасты часто служат в качестве SPV, и в этом случае обычно выпускаемые ценные бумаги будут трастовыми сертификатами. Трасты, используемые в качестве SPVS в структурированном финансировании, обычно являются относительно статичными объектами. Обычно они не используются для ведения текущего бизнеса, наоборот, выдаются трастовые сертификаты с характеристиками долга, которые подлежат погашению за счет денежных средств, генерируемых активами, приобретенными SPV. Вторая особенность заключается в том, что любая остаточная стоимость трастовых активов возвращается компании после завершения коммерческой операции. Компания обычно сохраняет эту остаточную стоимость, сохраняя остаточный сертификат доверительного управления⁶. Стоит заметить, что отдельные юридические лица, как правило, облагаются налогом на доходы. Но если SPV подлежит отдельному налогу, сделка, в которой оно участвует, может стать слишком дорогостоящей. Однако трасты, созданные в соответствии с контрактами, не подлежат налогообложению на уровне организации, если их отдельное существование не признается законом. Соответственно, форма траста иногда используется для SPVS, которые должны избегать уплаты налога на уровне организации.

⁶ Schwarcz S.L. Op. cit. P. 565.

Коммерческие структуры активно используют трастовую форму для минимизации потенциальных убытков, например, банки традиционно диверсифицировали свой риск ссуды слишком большого количества денег одному заемщику, продавая другим банкам доли участия или неразделенные доли участия в своих займах. Однако часто банк желает диверсифицировать свой кредитный риск в отношении большого количества своих ссуд. Банк, выпускающий кредитные карты для потребителей, также может захотеть диверсифицировать свои кредитные ссуды, выдаваемые по этим картам. Это была бы дорогостоящая и обременительная с административной точки зрения продажа долей участия в каждой отдельной ссуде или авансе по кредитной карте различным банкам. Банкам проще диверсифицировать свои риски, переводя все ссуды или ссуды по кредитным картам на вновь созданный банк. Доверие, в свою очередь, выдает один или несколько классов доверительных сертификатов. Эти классы могут включать в себя старший класс проданных рыночных инвесторов, подчиненный класс, проданный инвесторам или удерживаемый банком, и остаточный класс, сохраняемый банком. Как и прежде, остаточный класс позволяет банку возместить стоимость любых трастовых активов, которые остаются после того, как старшим инвесторам выплачены в полном объеме. Остаточный и, если применимо, подчиненные классы также обеспечивают избыточное обеспечение сертификатов старшего класса. Кроме того, удержание остаточной процентной ставки обеспечивает финансовую мотивацию для банка контролировать финансовое состояние должника и соблюдение условий кредита, что приносит пользу инвесторам⁷.

⁷ Ibid. P. 584–585.

Таким образом, трасты, используемые банками для диверсификации рисков, аналогичны трастам, используемым компаниями в сделках структурированного финансирования, поскольку оба они способствуют переносу риска владения финансовыми активами от учредителя на инвесторов.

Коммерческие лица стремятся обеспечить безопасность транзакций и иных финансовых операций. Их цель всегда заключается в том, чтобы коммерческое лицо получило некоторые права или собственность, которые обеспечат адекватную компенсацию ему, если другая сторона контракта не выполняет свои обязательства по какой-то причине. Например, поставщик может потребовать, чтобы покупная цена была выплачена независимому доверительному управляющему до начала исполнения договора, чтобы покупатель подтвердил свои намерения, тогда деньги будут считаться хранящимися в доверительном управлении поставщика. Одна сторона соглашения может попросить другую сторону предоставить некоторое имущество, на которое эта сторона может получить абсолютный титул, если вторая сторона не сможет выполнить обязательство. Трасты предоставляют отличное средство обеспечения безопасности в коммерческих транзакциях, если они правильно структурированы. Трасты используются для обеспечения безопасности в сделках, в которых определенное имущество используется как часть транзакции. Например, транзакция, в которой специальная машина используется для производства товаров. В такой ситуации владелец машины позаботится о том, чтобы его право собственности на машину было защищено, даже если транзакция не удалась или один или другой участник уходит в банкротство. Если машина была приобретена договаривающимися сторонами в равных до-

лях исключительно для целей их сделки, тогда вопрос о праве собственности на эту машину будет более сложным. Траст будет определять права различных сторон.

В *Barclays Bank v Quistclose* (1970) был заключен кредитный договор, по которому Quistclose ограничивал деньги Rolls Razor Ltd исключительно для выплаты дивидендов своим акционерам. Эти деньги хранились на банковском счете дивидендов по акциям отдельно от всех других денег. В момент выдачи кредита Rolls Razor испытывал финансовые трудности и балансировал на грани банкротства. В свете этих трудностей кредитор Quistclose решил, что если он одолжит деньги компании, то сможет контролировать, как эти деньги используются. Поэтому в договоре займа было указано назначение денег: оно предусматривало, что компании разрешается использовать эти деньги только для выплаты дивидендов своим акционерам и ни для каких других целей. Quistclose утверждал, что деньги на счете дивидендов по акциям находились в доверительном управлении самого Quistclose. Палата лордов постановила, что ссудные деньги, находящиеся отдельно на банковском счете дивидендов по акциям, должны рассматриваться как находящиеся в доверительном управлении для Quistclose. Палата лордов единогласно постановила, что деньги на счете дивидендов по акциям хранятся в доверительном управлении Quistclose на том основании, что указанная цель займа не была выполнена. Лорд Wilberforce поддержал возникшее доверие в пользу Quistclose на том основании, что в договоре займа подразумевалось, что деньги должны быть возвращены банку в том случае, если они не были использованы для целей, для которых они были одолжены. Лорд Wilberforce обнаружил, что существует два траста:

первичный траст (который уполномочил Rolls Razor использовать деньги для выплаты дивидендов) и вторичный траст (который требовал, чтобы Rolls Razor возвращал деньги банку, если они не были использованы для выплаты дивидендов). В данном случае намерение создать вторичный траст в пользу кредитора, возникшее в том случае, если первичный траст, чтобы выплатить дивиденды, не мог быть осуществлен⁸. Интересно то, что траст Quistclose был навязан в обстоятельствах, в которых стороны кредитного договора не согласовали точную юридическую конструкцию, которая должна быть помещена в их контракт. Этот пример показывает, как трастовые структуры могут использоваться для достижения коммерчески желаемых целей.

Trust позволяет стороне коммерческого контракта сохранить свою справедливую долю в деньгах, авансированных в рамках кредитного соглашения. Такие типы трастов представляют собой разновидность результирующих трастов, которые возникают, когда имущество передается на условиях, которые не оставляют его в свободном распоряжении получателя. Это ограничение на его использование обычно создается соглашением о том, что деньги должны использоваться исключительно для заявленной цели или целей. То есть в договор добавляется условие, которое ограничивает цели, для которых заемщик может использовать деньги. Если средства используются для другой цели, вокруг денег создается траст в пользу лица, которое предоставило деньги. Это позволяет этому лицу отслеживать любые неправомерно расходуемые средства и, в случае неплатежеспособности заемщика, предотвращать изъятие денег кредиторами.

⁸ Hudson A. Understanding equity and trust. 2001. P. 163–165.

Принцип, примененный в деле *Quistclose*, вытекает из более раннего решения в *Hassall v Smither* (1806). Иначе говоря, если кредитор передает ссудные деньги при условии, что получатель имеет право использовать эти деньги только для определенных целей, получатель будет держать эти деньги в доверительном управлении для передающего, если они используются для каких-либо целей, отличных от тех, которые указаны в договоре займа. Важно отметить, что в случае, если получатель намеревается передать права какой-либо третьей стороне в нарушение этого договорного положения, передающее лицо будет считаться сохранившим свои права по трасту, который не позволит получателю приобрести права на это имущество. В настоящее время такой трастовый механизм применяется только к ссудным деньгам, но, как предполагает Эндрю Уортингтон, профессор бизнес-школы Гриффита, нет принципиальных причин, почему этот механизм должен применяться только к деньгам, а не к другим формам собственности.

Невозможно рассматривать институт траста в отрыве от исторического опыта, поэтому далее считаю необходимым рассмотреть, как развивалась коммерческая направленность траста. Отто фон Гирке в своей речи 1882 г. говорил, что позитивная юриспруденция стоит на принципиальном фундаменте, которым является «историческое восприятие права»⁹. Применение историко-правового анализа необходимо для понимания сущности траста.

В начале XVIII в. в Англии и в американских колониях появился особый вид траста, это предпринимательский

⁹ Речь по поводу вступления в должность ректора университета г. Бреслау, произнесенная Отто фон Гирке 15 октября 1882 г.

траст (business trust). Такой траст создавался для управления активами и имуществом корпорации. Для этого назначаются trustee, которые управляют имуществом и активами в интересах бенефициаров. Данный вид траста появился в Англии для защиты возникающих имущественных прав. Целями данного траста в XVIII в. могло быть объединение капиталов, ограничение коммерческого риска через обособление имущества¹⁰. Интересно, что в Англии не возникла романо-германская модель общества с особой правоспособностью, поскольку траст выполнял функцию, для которой создавались подобные организационные формы.

До принятия специального акционерного законодательства право не предусматривало возможности передачи имущества корпорации с целью получения прав на участие в управлении и получении дивидендов. Тогда возникла проблема, как судам определять правовой режим имущества акционерных компаний. В деле 1723 г. Чайлд против компании Гудзонова залива (*Child v Hudson's Bay Co (1723)*) эта проблема была решена с помощью юридической фикции траста. Мыслилось, что компания имеет титул common law на свое имущество, но она является держателем траста в пользу акционеров. То есть право восполняло неразвитость доктрины юридического лица с помощью фикции траста.

Фридрих Мэйтланд утверждал, что такое некорпорированное объединение могло обладать всеми признаками юридического лица, включая ограниченную ответственность, создание долей участия, право действовать через представителей, включая процессуальную правоспособность, наличие юридически обособленного имущества. Например, для возник-

¹⁰ Ramjohn M. Unlocking equity and trust. 2015. P. 30.

новения ограниченной ответственности участников объединения было достаточно включить соответствующую норму в акт об учреждении траста, которая не позволяла trustee вступать в обязательства, обременяющие лично участников объединения¹¹. Использование этой фикции прекратилось только в XIX в., когда в Англии и США было принято акционерное законодательство.

Также необходимость данного вида траста обуславливалась сложностью создания юридического лица из-за различного рода формальностей. В Англии создание юридического лица требовало индивидуального парламентского закона или хартии короля, а в США после достижения независимости требовался правовой акт Конгресса или законодательства штата, получение которых было довольно дорогостоящей процедурой. Э. Дженкс утверждал, что «корпорация может быть создана только с разрешения правительства, прямого или подразумеваемого»¹². Он также писал о *corporation by royal charter*, т.е. тех корпорациях, которые действуют на основании хартии короля. В другой своей работе Дженкс обращал внимание на то, что в XX в. прерогатива короля давать разрешение на учреждение корпорации принимает форму актов парламента¹³. Например, торгово-акционерные общества регистрировались и автоматически принимали характер корпорации при соблюдении Акта о компании (*Companies Act*).

В июне 1720 г. в Англии вступил в силу так называемый Акт о мыльных пузырях (*Bubble Act*), запрещающий учреждение акционерных обществ без официальной лицензии. За нарушение данной нормы предусматривались санкции

¹¹ Maitland F. *Trust and Corporation*. 1904. P. 1–3.

¹² Jenks E. *A Digest of English Civil Law*. 1921. P. 30–37.

¹³ Jenks E. *The book of English law*. 1935. P. 45–46.

в виде тюремного заключения или больших штрафов. Этот акт ограничил спекулятивную деятельность с акциями и ужесточил требования к созданию компаний. Он препятствовал созданию компаний с отчуждаемыми долями и компаний с ограниченной ответственностью, поскольку запрещалась деятельность организаций как самостоятельных корпоративных органов, а также выпуск акций в таких организациях без законных полномочий, утвержденных правовым актом парламента или хартии короля.

Корпорации в Англии и американских колониях стали исключительным явлением, и сложилась тенденция к монополизации. Статус корпораций имели в большинстве случаев крупные монополии, управлявшие целыми странами: Ост-Индская компания (по хартии 1600 г. и 1683 г.), Компания Гудзонова залива (согласно хартии 1670 г.) и Виргинская компания (согласно хартии 1629 г.), имевшие поддержку короля, широкие административные полномочия и иммунитет от судов. Для совместного ведения бизнеса английские предприниматели стали образовывать некорпорированные объединения, которым передавали средства. Таким образом, предприниматели становились бенефициарами, происходило соединение имущества и его обособление для предпринимательских целей. Эти объединения соединяли элементы товарищества без ограничения ответственности и траста, обладая при этом всеми предпочтительными чертами корпорации. Известный юрист Кристиан де Вульф писал, что подобные союзы «являлись механизмом, через который в XVIII в. в Англии реализовывалась основная часть промышленной деятельности»¹⁴. Суд справедливости из-за недоволь-

¹⁴ Wulf de C. The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law. 1966. P. 15.

ства предпринимателей был вынужден отойти от принципа, действовавшего ранее, согласно которому объединение граждан не может быть держателем траста из-за отсутствия совести. Так, Лондонская фондовая биржа была создана в форме траста и даже отвергла предложение королевской комиссии о инкорпорации.

В предпринимательских трастах учредители объединяют средства и доверяют их управление определенным trustee, а взамен получают специальные удостоверения, которые по своей сущности схожи с акциями акционерного общества, так как удостоверяют право на долю трастового фонда. Такие вкладчики являются одновременно бенефициарами траста. Однако в соответствии с общими правилами ответственность по обязательствам, связанным с управлением имуществом, несет trustee, а не учредители траста (вкладчики). С экономической точки зрения это объединение капиталов несколькими лицами в целях увеличения совокупного капитала, с юридической точки зрения такой траст создается в целях получения в свои руки контрольного пакета акций предприятий.

Цель предпринимательского траста в США изначально была другой. Она заключалась не в создании юридического лица, избегая лишних формальностей, а наоборот, в стремлении избежать его создания, поскольку на корпорации в США накладываются ограничения прав собственности на недвижимость. США со своего возникновения заимствовали в свою законодательную и судебную практику основную идею английского Акта о мыльных пузырях, в соответствии с которым каждая новая предпринимательская корпорация может быть организована только по особому акту соответствующего

государственного органа. Такими органами стали законодательные органы отдельных штатов.

С начала XVIII в. начал широко применяться business trust, который был необходим, поскольку акционерное законодательство не предусматривало возможность передачи имущества корпорации с получением права на участие в управлении и получение дивидендов. Траст помогал разрешить эти проблемы, а также упрощал создание юридического лица, так как для учреждения траста не требовалось специальных разрешений. Существование траста способствовало развитию промышленной деятельности в Англии.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать вывод, что причины создания траста могут обуславливаться коммерческими целями. Иногда сохранение правового титула нецелесообразно, поскольку наличие правового титула связано с определенным риском, тогда целесообразно передать финансовые активы в собственность другого лица. Коммерческие трасты выступают определенными экономическими соглашениями, в которых обращение к форме траста служит определенным коммерческим преимуществам. Траст является достаточно гибким институтом и финансовым инструментом. С помощью траста можно организовать контроль за использованием финансовых активов другого лица, учредив трастовый фонд с ограниченными целями, или можно использовать его для получения определенных прав, которые обеспечивали бы стороне соглашения право на компенсацию в случае неисполнения условий соглашения контрагентом.

Литература

1. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. 1967.
2. Hansmann H. The Essential Role of Organizational Law / H. Hansmann, R. Kraakman. 2000.
3. Hudson A. Understanding equity and trust / A. Hudson. 2001.
4. Jenks E. A Digest of English Civil Law / E. Jenks. 1921.
5. Jenks E. The book of English law / E. Jenks. 1935.
6. Maitland F. Trust and Corporation / F. Maitland. 1904.
7. Ramjohn M. Unlocking equity and trust / M. Ramjohn. 2015.
8. Schwarcz S.L. Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery / S.L. Schwarcz. 2003.
9. Sitkoff R.H. Trust Law as Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning / R.H. Sitkoff. 2011.
10. Wulf de C. The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law / C. de Wulf. 1966.

Оригинал-макет подготовлен ООО «Издательская группа «Юрист»

Адрес

Почтовый адрес: 115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

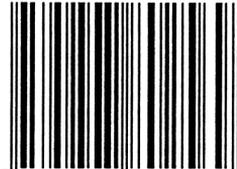
Печать

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа».
248031, г. Калуга, п. Северный, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37

Формат 70x100/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.
Общий тираж 250 экз. Цена свободная.

Номер подписан в печать: 15.01.2022. Номер вышел в свет: 15.02.2022.

ISBN 978-5-8078-0256-9



9 785807 802569